

Mutabilidade nos contratos de concessão

Mutability in concession agreements

Submetido(submitted): 22 December 2022

Parecer(reviewed): 4 July 2023

Revisado(revised): 5 July 2023

Aceito(accepted): 9 July 2023

Luis Fernando de Freitas Rosa *

<https://orcid.org/0000-0002-0265-4329>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *To describe the legal-regulatory system of the concession agreements and the operational mechanisms for integrating these contracts with possible circumstances and contingencies that materialize during the execution of these adjustments.*

[Methodology/approach/design] *Literature review exploring the interface between law and economics. We sought to present a contemporary view of Administrative Law, directly linked to its practical use and the results produced as an instrument for the realization of the public interest.*

[Findings] *Complex and long-term contracts, such as concession agreement and public-private partnership contracts, are incomplete normative structures, whose gaps cannot be previously integrated due to the prohibitive transaction costs required to perform this task and the environmental and behavioral uncertainties involved in these relationships. Complex contractual relationships that last over time are inevitably exposed to contingencies and risks not initially foreseen. In view of this, adaptive mechanisms and governance structures must be foreseen in advance in the contractual instruments that ensure, at the same time, the stability and flexibility required and necessary for this type of relationship.*

Keywords: *Financial-economic balance. Extraordinary event. Concession agreement. Contractual mutability. Regulation by contract.*

Resumo

[Propósito] *Descrever a sistemática jurídico-regulatória dos contratos de concessão e os mecanismos operacionais de integração desses contratos com circunstâncias e contingências possíveis de materialização durante a execução desses ajustes.*

[Metodologia/abordagem/design] *Revisão bibliográfica explorando a interface do direito com a ciência econômica. Buscou-se apresentar uma visão contemporânea do*

*Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e em Engenharia Civil pela Universidade de Uberaba (Unibe). E-mail: rosa.luisff@gmail.com.

Direito Administrativo, diretamente vinculada ao seu emprego prático e aos resultados produzidos enquanto instrumento para efetivação do interesse público.

[Resultados] Contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, são estruturas normativas incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações. Relações contratuais complexas que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente. Diante disso, deve-se prever antecipadamente nos instrumentos contratuais mecanismos adaptativos e estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

Palavras-chave: Equilíbrio econômico-financeiro. Álea extraordinária. Contrato de concessão. Mutabilidade contratual. Regulação contratual.

INTRODUÇÃO

A compreensão da mutabilidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão é necessária para se assegurar a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente as diferentes circunstâncias e contingências possíveis de materialização durante a execução desses contratos. Essa característica, em conjunto com o elemento de estabilidade constituído pela matriz de riscos contratual e pelas demais cláusulas essenciais previstas no artigo 23 da Lei Federal nº 8.987/95¹, atribui aos contratos de concessão racionalidade econômica e jurídica distinta dos contratos ordinários elaborados por meio da Lei Federal nº 8.666/93 e da Lei Federal nº 14.133/21, em especial à conformação da equação econômico-financeira.

Diante disso, além da matriz de risco contratual e das demais disposições contratuais essenciais, os contratos de concessão devem prever critérios e procedimentos gerais aplicáveis em situações de alterações abruptas e extraordinárias que impactem profunda e significativamente as bases objetivas e as circunstâncias que motivaram as partes a conformarem o negócio jurídico, com a finalidade de se assegurar às partes previsibilidade procedimental no caso de materialização desses eventos, de se garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes e de se evitar futuras renegociações indesejáveis, as quais podem gerar excessivos custos de transação *ex post* e estimular comportamentos oportunistas entre as partes.

Eventos extraordinários e/ou extracontratuais, como a pandemia de

¹ E das cláusulas essenciais previstas no artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/04 para os contratos de parceria público-privada.

Covid-19, são caracterizados por uma incerteza extrema, cujos impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão assumem magnitudes distintas a depender do setor econômico de cada negócio e podem afetar negativamente ambas as partes contratantes; sem que, no entanto, nenhuma delas tenha dado causa ao desequilíbrio.

Nesses casos, quando os mecanismos endocontratuais são insuficientes para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pode ser oportuno e conveniente a revisão dos termos contratuais para a conservação do negócio jurídico e para a preservação da equidade e da justiça contratual diante de alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo. Pode ser mais adequado ao interesse público a continuidade do contrato, ainda que em novas bases objetivas, do que sua extinção.

Nesse sentido, em regra, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro é preferível à sua resolução em face da valoração axiológica dos princípios da continuidade do serviço público e da conservação dos negócios jurídicos. Pode, no entanto, haver casos em que a extinção ou a rescisão do contrato seja jurídica e economicamente mais adequada à situação em concreto, conclusão que apenas pode ser alcançada a partir da análise individual de cada contrato à luz de suas particularidades.

Destaca-se que não se pretendeu investigar neste artigo todos os aspectos teóricos e práticos sobre a mutabilidade dos contratos de concessão em razão da complexidade do tema e da extensão limitada a esse tipo de publicação. Sempre que possível, buscou-se citar referências bibliográficas complementares para os casos em que o leitor tenha interesse em se aprofundar no tema.

Em relação à estrutura, este artigo foi dividido em duas partes. Na primeira parte apresentou-se, de forma sintética, os principais mecanismos endocontratuais envolvidos na mutabilidade dos contratos de concessão. Na segunda parte apresentou-se, também de forma sintética, os principais pressupostos e mecanismos envolvidos na mutabilidade desses contratos em face da materialização de eventos qualificados como álea extraordinária.

Por fim, ao final deste artigo, apresentou-se as considerações finais deste trabalho relacionando-se a eficácia dos contratos de concessão à previsão antecipada nos instrumentos contratuais de mecanismos adaptativos e de estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

MUTABILIDADE ENDOCONTRATUAL

Os contratos de concessão (contratos de delegação), ao contrário das contratações públicas ordinárias (contratos comutativos simples regidos pelas

leis federais nºs 8.666/93 e 14.133/21), são marcados pela incompletude e pela complexidade de seus objetos, pela racionalidade limitada dos agentes, pelos múltiplos interesses na relação jurídica (partes contratuais, usuários e partes relacionadas) e pelos prazos extensos de vigência contratual necessários para se amortizar os investimentos vultosos comumente requeridos ainda nas fases iniciais desses contratos e para se remunerar o custo do capital².

Constata-se, assim, a existência de distinções técnicas e jurídicas nítidas entre os contratos ordinários, regulados pela legislação geral de licitações e contratações públicas, e os contratos de delegação, regulados pela legislação geral de concessões (Lei Federal nº 8.987/95) e de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04). Nesse sentido, o artigo 3º da Lei Federal nº 11.079/04 reconhece essas distinções e disciplina³ as legislações aplicáveis aos contratos comuns, aos contratos de concessão e aos contratos de PPPs.

Diante disso, em sentido contrário à posição adotada por parte relevante

² Segundo Egon Moreira (2019, p. 25-26): “Ocorre que a concepção tradicional do equilíbrio econômico-financeiro foi cunhada em contratos razoavelmente singelos – seja devido ao fato de serem pactos de desembolso (pagos pela Administração-contratante), seja devido ao seu curto prazo de execução, seja devido ao fato de que as técnicas de administração financeira e projeções de longo prazo ainda não existiam. Por exemplo, a lógica da Lei nº 8.666/1993 é própria para contratos de curto prazo, tipicamente bilaterais, comutativos e sinalmáticos, que não podem se estender no tempo e cuja receita advém de pagamentos da Administração Pública. Eram tempos menos complexos, com os correspondentes contratos administrativos cujo equilíbrio guarda pouca semelhança com aquele dos negócios jurídicos deste século XXI. Atualmente, a lógica é outra ao se falar em equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos (sobretudo os de longo prazo). O raciocínio é próximo dos investimentos financeiros, com as respectivas avaliações de riscos e projeções de rentabilidade. As técnicas e metodologias são significativamente diversas e muitíssimo mais sofisticadas. Para enfrentar tais desafios, é indispensável conhecer critérios eficientes de alocação de riscos, bem como a racionalidade financeira da Taxa Interna de Retorno –TIR (dentre outros critérios). Não se está a tratar de contratos que se expliquem por meio de uma prestação a cargo do contratado (a execução da obra ou a prestação do serviço) e outra correspondente, sob responsabilidade da Administração contratante (o pagamento), num jogo de quantias exatas e prefixadas. Esses contratos, que remontam à empreitada, persistem vivos, mas a sua lógica não soluciona o desafio dos contratos de PPP, concessão e permissão. Hoje, o que existem são fluxos de caixa projetados para décadas futuras, a conviver com tarifas pagas pelos usuários num mundo de políticas públicas dinâmicas e incertezas socioeconômicas.”

³ Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p.13): “Essa ‘repartição de competências’ bastante precisa (apontando dispositivos específicos aplicáveis) espelha o apartamento antes noticiado, entre o art. 37, XXI, e o art. 175. Por não tratarem essas normas constitucionais do mesmo fenômeno, foram desenvolvidas por leis diferentes.”

da doutrina administrativista brasileira⁴ e em linha com Letícia Alencar (2019)⁵, Gustavo Loureiro (2020a e 2020b)⁶ e Ana Paula Souza (2021)⁷, entende-se que o trecho previsto no artigo 37, XXI, da Constituição de 1988 não se aplica às concessões de serviços públicos, uma vez que o constituinte dedicou regramento especial aos contratos de concessão no art. 175 da Constituição, por meio do qual se atribuiu à reserva de legislação ordinária a definição de aspectos essenciais aos contratos de concessão, inclusive o tratamento acerca do regime econômico-financeiro desses contratos⁸.

A Lei Federal nº 8.987/95, por sua vez, não disciplinou de forma exaustiva⁹ o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão, mas se

⁴ A título exemplificativo, cita-se: i) BANDEIRA DE MELLO, 1988, p. 21-29; ii) MEIRELLES, 2016, p. 244; iii) CARVALHO FILHO, 2017; iv) WALD, 2007, p. 5; v) GUIMARÃES, 2012, p. 248-249; vi) MAZZA, 2016; vii) FIGUEIREDO, 2006, p. 7-10; viii) AMARAL, 2012; ix) CELLA, 2012, p. 92; x) ANDRADE, 2015, p. 210; xi) JUSTEN FILHO, 2003, p. 390.

⁵ Segundo Letícia Alencar (2019, p. 70-71): “[...] a regra insculpida no art. 37, XXI, da CF/88 não se presta a tutelar os contratos de concessão, mas sim os contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, rígidos, essencialmente, pela Lei Federal n 8.666/1993. Isso porque, em vista das particularidades envolvidas nos contratos de concessão, o constituinte optou por dedicar regra específica ao tema (art. 175), o que afasta desta modalidade contratual a incidência do tratamento previsto no art. 37, XXI, da CF/88 – aplicável especificamente às hipóteses de contratação de obras, serviços, compras e alienações.”

⁶ Gustavo Loureiro (2020a, p. 9-10; 2020b, p. 9 e 30), a parir de uma análise hermenêutica da Constituição, conclui que inexistente fundamento constitucional que assegure o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão.

⁷ Ana Paula Souza (2021, p. 25), após análise da discussão ocorrida na Assembleia Constituinte para elaboração da redação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição, concluiu que esse dispositivo não abarca as concessões de serviços públicos, tampouco constitui fundamento constitucional do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

⁸ Segundo Letícia Alencar (2019, p. 64-66): “A solução encartada na CF/88 é adequada. Ela autoriza a adaptabilidade do tratamento normativo conferido ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos pela via da legislação ordinária. Ao mesmo tempo, confere certo grau de segurança jurídica às relações contratuais, pois impede que este importante aspecto das concessões seja exclusivamente tutelado no âmbito contratual e fique à mercê da conjuntura política e econômica do país, o que poderia comprometer a saúde financeira da concessão.”. No mesmo sentido, segundo Mauricio Ribeiro (2011): “E, que não se diga que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional e que pouco importa a sua tradução legal. Na verdade, a Constituição Federal não fala em equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas em *manutenção das condições efetivas da proposta* para prestação dos serviços objeto do contrato (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal). Evidentemente que os critérios e metodologia para a manutenção dessas condições da proposta são critérios infraconstitucionais, eventualmente previstos em lei, e geralmente previstos nos contratos.”.

⁹ Flávio Garcia (2017, p. 121-122), ao analisar a Lei Federal nº 8.987/95 e a Lei Federal

limitou a apenas delinear diretrizes gerais aplicáveis à modelagem, à política tarifária, à licitação e à gestão contratual.

O legislador ordinário, portanto, limitou-se, entre outros aspectos, a prescrever regra formal para aferir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, vinculando essa aferição ao atendimento das condições do contrato, conforme previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95.

Entende-se que essa técnica legislativa foi adequada e demonstra deferência¹⁰ do legislador ordinário às legislações setoriais¹¹, à regulação por agência e, sobretudo, à regulação contratual, por meio das quais se assegura o detalhamento mais adequado às particularidades e às complexidades de cada projeto concessório.

Nesse sentido, a noção de equilíbrio econômico-financeiro adotada pela Lei Federal nº 8.987/95 envolve, necessariamente, a compreensão sistemática

nº 11.079/04, conclui que a ausência de disciplina exaustiva dessas legislações acerca dos contratos de concessão decorre de “[...] uma opção legislativa que reconhece a natural indeterminação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e as suas múltiplas dimensões e variações que não poderiam ser captadas em normas gerais e abstratas. Equilíbrio econômico-financeiro, desequilíbrios e reequilíbrios são temas tipicamente contratuais, porquanto guardam direta relação com o projeto específico que se pretende implementar, não cabendo soluções uniformes, absolutas ou genéricas. A máxima de que ‘cada caso é um caso’ é a que vale nestas situações.”.

¹⁰ Segundo Benedicto Neto (1998, p. 39): “Não é comum que os serviços públicos sejam organizados diretamente por lei, mas sim por regulamentos editados com base nela. É que essa matéria acomoda-se mal ao tratamento legislativo, seja por envolver questões técnicas (para as quais o Congresso, com sua composição política, não está preparado), seja pela necessidade de constante adequação da organização dos serviços às necessidades públicas (incompatível com o tempo necessário para alteração legislativa). O Poder Executivo, no exercício da atividade regulamentar, revela-se muito mais preparado para essa tarefa.”.

¹¹ Segundo Dinorá Grotii (2007, p. 12): “Diante da diversificação dos serviços públicos, fruto de profundas alterações no processo econômico-social definido por vários fatores, entre os quais, a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos disciplinando setores específicos e determinados, como as Leis nº 9.427, de 26-12-96 e respectivas alterações, sobre energia elétrica; e as Leis nos 9.295, de 19-7-96, e 9.472, de 16-7-97 (alterada pela Lei 9.986/00), sobre telecomunicações. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica e assim por diante. Isso possibilitou a distinção entre regimes jurídicos acerca de licitações e contratos administrativos, refletindo a concepção de que as concessões de serviços públicos não podiam sujeitar-se a normas idênticas àquelas previstas para as contratações administrativas genéricas, tendo em conta as regras adequadas às circunstâncias e natureza correspondentes.”. Nesse sentido, a título exemplificativo, cita-se, na esfera da União, os marcos regulatórios setoriais de energia (Lei Federal nº 9.074/95 e 9.427/96), de telefonia (Lei Federal nº 9.472/97), de portos (Lei Federal nº 12.815/13), de transportes (Lei Federal nº 10.233/01), aeroportuário e aeronáutico (Lei Federal nº 7.565/86 e 11.182/05), entre outros.

da metodologia de distribuição de riscos, prevista tanto na própria legislação quanto no contrato, e das demais disposições contratuais¹².

Diante disso, além da matriz de risco contratual¹³, os contratos de concessão devem prever os critérios e os procedimentos aplicáveis ao reajuste e à revisão das tarifas, a fim de se garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, de se evitar futuras renegociações indesejáveis e de se garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes.

Nos tópicos seguintes serão expostos de forma mais detalhada aspectos essenciais à elaboração da matriz de risco contratual e à definição prévia de cláusulas de reajuste e de revisão contratual. Esses elementos são essenciais para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Também será objeto de análise neste artigo, entre outras hipóteses¹⁴, situações excepcionais em que, em razão da materialização de eventos

¹² Destaca-se alguns elementos relevantes para a conformação da equação econômico-financeira dos contratos de concessão previstos pela Lei Federal nº 8.987/95: formas de remuneração do concessionário (conforme previsto nos artigos 9º, 13, 11 e 17, por exemplo), prazo da concessão (artigo 23, inciso I), condições de prestação e parâmetro de qualidade do serviço (artigo 23, incisos II e III), direitos e obrigações das partes (artigo 23, inciso V), penalidades (artigo 23, inciso VIII), bens reversíveis (artigo 23, inciso X), entre outros. Segundo Mauricio Ribeiro (2011): “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.”. Em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, no entanto, limitou-se o escopo de análise deste artigo apenas aos principais mecanismos responsáveis pela mutabilidade nos contratos de concessão, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos seguintes deste artigo.

¹³ Ressalvadas as duas hipóteses previstas no artigo 9º, §§ 3º e 4º, da Lei Federal nº 8.987/95, impera-se as disposições contratuais acerca da distribuição de riscos entre as partes contratantes, conforme exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à elaboração da matriz de riscos.

¹⁴ As legislações setoriais e a modelagem contratual poderão prever outros mecanismos de revisão contratual com a finalidade de assegurar a manutenção e a adaptação da equação econômico-financeira desses contratos frente às contingências supervenientes ocorridas durante a execução contratual. Nessa linha, destaca-se, a título exemplificativo, a inclusão de novo mecanismo para preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos últimos contratos modelados pela ANAC. Esse mecanismo foi denominado de “proposta apoiada” e tem a finalidade de incentivar a negociação entre aeroportos e empresas aéreas na definição de aspectos tarifários, de parâmetros da concessão e de compromissos e de obrigações contratuais, conforme previsto no Contrato nº 003/ANAC/2019 – Sudeste. Em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, no entanto, limitou-se o escopo de análise deste artigo apenas aos principais mecanismos responsáveis pela mutabilidade nos contratos de concessão, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos seguintes deste artigo.

qualificados álea extraordinária, a continuidade da execução contratual se torne excessivamente onerosa ou mesmo impossível¹⁵.

Matriz de riscos

Os contratos administrativos em geral, incluso nessa categoria os contratos de concessão, adotavam tradicionalmente a Teoria das Áleas para solucionar desequilíbrios econômico-financeiros supervenientes decorrentes da materialização de eventos não atribuídos explicitamente à responsabilidade das partes contratuais.

No entanto, contemporaneamente¹⁶, uma das principais inovações adotadas nos contratos públicos, especialmente nos contratos de concessão, é a adoção de matrizes de riscos no bojo dos próprios contratos, por meio das quais são alocados previamente os riscos da atividade entre as partes do contrato. Essa técnica de alocação prévia de riscos, entre outros elementos, nos instrumentos contratuais é comumente designada por *regulation by contract*¹⁷.

¹⁵ Na primeira situação (onerosidade excessiva), o contrato poderá sofrer alteração em sua base objetiva com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço, conforme exposto mais detalhadamente no tópico acerca da mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária. Na segunda situação (impossibilidade na continuidade), o contrato poderá ser extinto, conforme será exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à extinção contratual.

¹⁶ A alocação de riscos é impulsionada a partir da modelagem das parcerias público-privadas no Reino Unido (*Private Finance Initiative*) a partir do compartilhamento de riscos com o setor privado. Segundo Alketa Peci e Filipe Sobral (2007), a partir de 1992, essas parcerias público-privadas apresentaram uma mudança estrutural na forma de financiar serviços de infraestrutura e gestão de serviços públicos por meio de recursos do setor privado.

¹⁷ Viana, Souza e Brandão (2016 p. 170-171) apresentam os modelos de regulação de infraestrutura comumente mais descritos na literatura, quais sejam: i) regulação discricionária, baseada em custos (*cost-based*), que engloba os regimes de taxa de retorno (*rate of return*) e de custo do serviço (*price cap*); e ii) regulação por contrato, não baseada em custos (*non-cost-based*). O primeiro modelo de regulação (regulação discricionária baseada em custos) foi adotado no Brasil com maior frequência no período anterior à entrada em vigor da Lei Federal nº 8.987/95, que dispôs sobre o regime de concessão de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição. A título exemplificativo, cita-se o caso da regulação no segmento de distribuição, conforme Lei nº 9.427/1996. O segundo modelo de regulação (regulação por contrato não baseada em custos) não considera os custos incorridos pela concessionária na formação da tarifa. A tarifa, nesse modelo, é fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na legislação, no edital e no contrato, conforme previsto no artigo 9º da Lei Federal nº 8.987/95. A literatura especializada também faz referência a um modelo híbrido que reúne características desses dois modelos supracitados, por meio do qual se define contratualmente diretrizes específicas ao objeto do contrato e normativamente (regulação discricionária) diretrizes gerais, complementares e padronizadas aplicáveis aos contratos regulados por determinada agência reguladora (GASIOLA, 2014, p. 248; OLIVEIRA, WERNECK e MACHADO, 2004, p. 21). A título

A alocação prévia de riscos nos contratos de concessão possibilita a definição de uma estrutura de incentivos entre as partes no contrato. Esse alinhamento de incentivos induz comportamentos cooperativos¹⁸ entre as partes e, principalmente, possibilita a caracterização objetiva das obrigações assumidas pelas partes. Apesar disso, em muitos casos concretos, a materialização de eventos não previstos nessas matrizes de riscos, em especial eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, ainda é tratada com auxílio da Teoria das Áleas, conforme será exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária.

Segundo Flávio Garcia (2019), a crescente complexidade na estruturação, na modelagem e na execução de contratos de concessão tornou a Teoria das Áleas insuficiente para a alocação dos riscos, em especial nos contratos incompletos e de longo prazo como os contratos de concessão. As previsões normativas e doutrinárias acerca de áleas ordinárias e extraordinárias não apresentam mais as virtudes de outrora. A crescente complexidade¹⁹ e o longo prazo de execução nos contratos de concessão reduziram significativamente a clareza na distinção entre áleas ordinárias e extraordinárias

de exemplo, cita-se o primeiro Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR1), consolidado na Resolução nº 5.950/2021, editado pela ANTT para remodelar o marco regulatório do setor na forma de um microsistema normativo. Na prática, no entanto, esses modelos teóricos de regulação econômica são localizados de forma conjugada, mesclando características de ambos os modelos. Essa divisão, portanto, não é rígida. Entende-se que apenas a análise concreta dos contornos tarifários adotados poderá distinguir com maior precisão o modelo de regulação aplicado. Os modelos de regulação de infraestrutura não serão objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: GÓMES-IBANEZ, 2006.

¹⁸ E, portanto, desincentiva comportamentos oportunistas e mitiga assimetrias informacionais entre as partes contratuais, contribuindo para redução e custos de transação. Em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, esses elementos não serão analisados mais detalhadamente neste artigo. Para mais informações sobre eles, consultar: ROSA, 2022.

¹⁹ Paula Forgioni (2019, p. 60) identifica que a complexidade dos contratos varia em conformidade com os seguintes fatores: “i) duração da relação; ii) iteração da contratação; iii) valores das prestações e contraprestações; iv) grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra; v) magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e vi) quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato.”. Ainda segundo a autora: “Vários são os indutores da simplicidade ou da complexidade contratual, tais como ambiente institucional, características da transação, expectativa sobre êxito em eventual renegociação e preenchimento de lacunas [‘*agreeing to agree*’], grau de assimetria informacional entre as partes, dificuldade ou facilidade de monitoramento do comportamento da outra parte, presença de confiança, boa ou má reputação da contraparte, custos que decorreriam de eventual litígio, relação contratual pretérita etc.” (FORGIONI, 2019, p. 60).

nesses contratos²⁰. Assim, a compreensão dos riscos e das incertezas e suas respectivas alocações entre as partes dos contratos pode ser encarrada como um desenvolvimento natural da própria Teoria das Áleas.

Esse aumento crescente de complexidades, típico da modernidade, exige uma nova concepção na regulação dos contratos de concessão; definições genéricas e abstratas previstas nas legislações deixam de ser suficientes para se regular adequadamente esses contratos, especialmente diante das incertezas intrínsecas à execução desses contratos.

Nesse sentido, importante destacar que as legislações brasileiras sobre concessões e parcerias público-privadas trouxeram definições abertas e gerais que possibilitam a modelagem de projetos nos mais variados setores²¹, com a possibilidade de colmatar eventuais lacunas existentes nessas legislações por meio de regulação contratual e/ou regulação setorial.

Embora a legislação geral de concessões comuns (Lei Federal nº 8.987/95) não faça referência explícita²² acerca da prévia alocação de riscos como diretriz e cláusula obrigatória desses contratos²³, a prática adotada nas

²⁰ A título exemplificativo, cita-se o caso hipotético de um determinado contrato de concessão no qual um dos principais insumos seja precificado em dólar. Em um cenário de forte desvalorização cambial, a ausência de critérios objetivos que definam, por exemplo, uma banda ou percentual de variação pela qual o concessionário seja responsável (álea ordinária do negócio) tem o potencial de gerar uma controvérsia de difícil resolução durante a execução do contrato. Nesse sentido, segundo Marcos Perez (2006), a aplicação da teoria das áleas nos contratos de concessão de serviço público não soluciona problemas jurídicos concretos, mas produz novos impasses, inseguranças e, em alguns casos, chega a criar novos problemas. Assim, soluções contratuais específicas são mais adequadas para a resolução de problemas pontuais já identificados em contratos similares. Nessa linha, para o caso do exemplo hipotético citado, constata-se que os contratos de concessão mais recentes estão prevendo mecanismos de proteção cambial, como, por exemplo, cláusulas inseridas nos editais de licitação elaborados no âmbito federal e pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp).

²¹ Cita-se, como exemplo, concessões de rodovias, de portos, de ferrovias, de aeroportos, de energia, de saneamento, de coleta de resíduos sólidos, de iluminação pública, de telecomunicações, de gestão de parques, entre outros serviços públicos passíveis de concessão.

²² A título exemplificativo, cita-se a Resolução nº 5.950/2021, editada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência, a alocação de riscos entre as partes deve integrar o contrato de concessão: “Art. 24. São cláusulas obrigatórias do contrato de concessão: [...] VII - a alocação de riscos entre as partes;”. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.950-de-20-de-julho-de-2021-333288662>>. Acesso em 30.12.2021.

²³ A prévia alocação de riscos foi prevista explicitamente na legislação brasileira de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04), por meio da qual se definiu como diretriz dessas contratações, entre outras, a repartição objetiva de riscos entre as partes e se estipulou como cláusula desses contratos a repartição de riscos entre as partes, inclusive os riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

principais contratações realizadas por meio dessa legislação consagrou sua adoção como elemento natural a esse tipo contratual²⁴.

Outro tema importante de ser destacado neste tópico refere-se aos limites dos riscos assumidos pelos concessionários em face da expressão “por sua conta e risco” prevista nos incisos II e III do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/95.

A doutrina²⁵ brasileira tem se afastado da simples interpretação literal dessa expressão para uma compreensão mais restritiva e adequada à racionalidade jurídica e econômica²⁶ dos contratos de concessão. Em síntese, entende-se contemporaneamente que os riscos transferidos ao concessionário são aqueles atribuídos, implícita ou explicitamente, pelo instrumento contratual.

Nesse sentido, importante destacar que a matriz de riscos²⁷ externaliza no instrumento convocatório a repartição dos riscos entre as partes elaborada

²⁴ A previsão de matriz de riscos nos contratos administrativos, apesar de não constituir novidade no ordenamento jurídico brasileiro, vem se consolidando no direito administrativo a partir da edição de legislações mais recentes. A Título exemplificativo, cita-se, além da legislação brasileira de parcerias público-privadas, a Lei Federal nº 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), e a Lei Federal nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas. Sobre esse ponto, destaca-se, ainda, as inovações trazidas pela nova legislação geral de licitações e contratos administrativos (Lei Federal nº 14.133/21) sobre a previsão de matriz de riscos nos contratos comutativos simples celebrados pelos entes públicos, conforme disposto nos artigos 6º, XXVII, 22, 92, IX, e 103 da Lei Federal nº 14.133/21.

²⁵ Segundo Marcos Perez (2006, p. 130-131), a Lei Federal nº 8.987/95, ao estabelecer que a concessão se dá “por conta e risco” do concessionário, “[...] na verdade não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas, tão-somente aqueles que o negócio (o contrato), expressa ou implicitamente e em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer.”.

²⁶ Como destaca Marcos Perez (2006), a modelagem dos contratos de concessão deve conciliar o risco e a modicidade tarifária, visto que, quanto maiores os riscos atribuídos ao concessionário, maior será a tarifa necessária para viabilizar o projeto concessório. Na mesma linha, Vera Monteiro (2010, p. 175): “[...] a classificação genérica entre álea ordinária e álea extraordinária é pouco útil na concessão. As áreas precisam ser previamente identificadas e detalhadas, sendo natural que o contrato faça a alocação dos riscos a partir de uma lógica econômica.”. Por fim, segundo Justen Filho (2003, p. 78): “O risco é ‘precificado’ não apenas na acepção de comportar uma avaliação financeira mas também no sentido de integrar-se ao valor a tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em custos de transação, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entranham sua atividade.”.

²⁷ Segundo Egon Bockmann Moreira (2010, p. 126-131), a repartição de riscos deve levar em conta as variáveis endógenas e exógenas do contrato. As primeiras “[...] dizem respeito ao objeto do contrato e ao seu conteúdo [...] a prestação adequada do serviço, a construção de infraestrutura pública, o bem-estar do usuário, o lucro dos investidores, etc.”. As variáveis exógenas “[...] dizem respeito àqueles itens em face dos quais o contrato de concessão não tem qualquer influência [...]”, como ocorre nas hipóteses de caso fortuito e força maior, por exemplo.

ainda na fase pré-contratual (fase interna da licitação)²⁸. Destaca-se que há relativo consenso na doutrina e na prática contratual acerca das diretrizes mais adequadas para se alocar objetivamente os riscos do negócio entre as partes contratantes. Não se trata, portanto, de metodologia discricionária submetida à mera conveniência do Poder Concedente²⁹.

Assim, a eventual materialização de evento alocado na matriz de riscos a uma das partes altera a conformação original do contrato sem a necessidade de se formalizar termo aditivo³⁰. O contrato é alterado a partir de sua própria

²⁸ Apesar de alguns doutrinadores compararem os contratos públicos com os “contratos de adesão”, como Marcos Nóbrega (2009) e Juliano Heinen (2022), destaca-se que, especialmente em relação aos contratos de concessão, atualmente há diversas fases anteriores à publicação do Edital que possibilitam às partes interessadas e à sociedade civil influenciarem na elaboração dos instrumentos convocatórios, como, por exemplo, por meio de audiências e consultas públicas, de procedimentos de manifestação de interesse (PMI), da nova modalidade de licitação denominada diálogo competitivo (nova modalidade introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Lei Federal nº 14.133/2021) e, inclusive, de instrumentos como *roadshow* para divulgação do projeto concessório. Esses procedimentos dialógicos e cooperativos entre a Administração Pública, potenciais interessados, eventuais usuários e a própria sociedade civil possibilitam a redução de assimetrias de informações em relação ao objeto licitado e a respectiva modelagem e estruturação desses projetos de forma mais consensual e mais adequada às necessidades e à racionalidade econômica do setor regulado.

²⁹ No entanto, em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, as boas práticas comumente adotadas na alocação de riscos entre as partes contratantes não serão objeto de análise mais detalhada neste artigo. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: AZEVEDO, 2008, p. 436; GUASCH, 2004, p. 121; CAJAL, 2021, p. 145-146; ARAGÃO, 2017, p. 487-488; GUIMARÃES, 2019, p. 108; RIBEIRO, 2011; GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB, 2016; GARCIA, 2019, p. 55; ALENCAR, 2020, p. 66; TERRA e BANDEIRA, 2015, p. 14; PINTO, 2006, p. 160; FARIAS, 2019, p. 8.

³⁰ Segundo Flávio Garcia (2019, p. 57): “[...] a ocorrência de determinado evento, atribuído como risco a uma das partes, pode provocar uma alteração significativa na conformação original do contrato, mas sem que, necessariamente, se torne indispensável a celebração de termo aditivo. Tal fato ocorre, pois, na matriz de risco já definiu de antemão que, na eventualidade daquela circunstância se concretizar, qual parte deverá assumir as suas consequências.”. A título exemplificativo, cita-se o art. 6º, XXVII, ‘a’, da Lei Federal nº 14.133/21: “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXVII - matriz de riscos: [...] a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;”, grifo nosso. Ressalva-se, no entanto, observação apresentada por Maurício Ribeiro (2011): “Imagine-se um contrato em que os riscos de caso fortuito e força maior sejam atribuídos ao Poder Concedente, e imagine-se que ocorram eventos de força maior que impeçam, por um período, a cobrança de tarifa pelo parceiro privado. Ora, neste caso, apesar do risco de força maior ser do Poder Concedente, a ocorrência gravosa a ele relacionada (impossibilidade de cobrança de tarifa) afeta diretamente o parceiro privado. Nesse tipo de circunstância, o sistema do equilíbrio econômico-financeiro é utilizado para indenizar ao parceiro privado o prejuízo decorrente do evento de força maior, de modo a cumprir a matriz de riscos contratual. A função, portanto, do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.”.

estrutura regulatória que incorpora a mutabilidade como característica intrínseca ao próprio contrato. Esse fenômeno é definido por alguns autores como mutabilidade endocontratual³¹.

Entre outras razões, entende-se que, em face dessa característica de mutabilidade endocontratual dos contratos de concessão, a garantia de equilíbrio econômico-financeiro desses contratos encontra-se amparada nas “condições do contrato”, conforme disposição prevista no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95.

A compreensão de mutabilidade dos contratos de concessão é necessária para assegurar a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente as diferentes circunstâncias e contingências possíveis de materialização durante a execução desses contratos³². Essa mutabilidade pode se materializar por meio de mecanismos internos ao próprio contrato, conforme exposto anteriormente, e por meio da natural incompletude dos contratos de concessão, conforme exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária.

A compreensão da incompletude contratual não afasta a necessidade de elaboração prévia de matriz de riscos e da previsão no instrumento contratual de mecanismos de integração de lacunas *ex post*. Pelo contrário, a partilha prévia dos riscos constitui elemento de estabilidade³³ e de previsibilidade da relação negocial, enquanto mecanismos de integração *ex post* de lacunas asseguram a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente às contingências possíveis de materialização durante a execução contratual.

A alocação de riscos em contratos incompletos pode fazer uso, portanto, dessas duas técnicas de regulação e de gestão de riscos: alocação prévia (matriz

³¹ Segundo Justen Filho (2005, p. 25): “As concessões envolvem serviços públicos, que se subordinam inerentemente ao princípio da mutabilidade. A mudança das condições da concessão é decorrência da alteração imposta quanto à execução dos serviços públicos.”. Na mesma linha, Hélène Hoepffner (2009, p. 350): “*Les contrats de partenariat reposent en outre sur une logique d’anticipation de ces risques puisque les stipulations contractuelles doivent nécessairement intégrer les possibilités et les nécessités d’évolution, ainsi que l’existence d’évènements exceptionnels. [...] Dans le cadre des contrats de partenariat, la modification est perçue comme un élément ordinaire de la vie du contrat [...]*”.

³² Segundo André Farias (2019, p. 15): “Um dos maiores desafios para a governança das concessões reside justamente em oferecer determinado grau de flexibilidade para que os contratos possam ser ajustados em virtude de eventos futuros de forte impacto sobre o projeto. Essa abertura, pode se dar tanto pela própria via contratual, o que no caso brasileiro reside na figura do acordo entre as partes, ou por via extracontratual [cita a Lei Federal nº 13.499/2017, que estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário, como exemplo].”.

³³ Segundo Anna Savioli e Floriano Marques Neto (2020, p. 44): “A concepção da matriz de riscos objetivou trazer maior grau de segurança jurídica aos contratos administrativos e muni-los de refinamento compatível com aquele exigido em termos de complexidade das disposições contratuais. Aí reside justamente o aspecto de sua estabilidade.”.

de riscos) e alocação superveniente (diferimento de determinados riscos ou obrigações para futura integração)³⁴.

A matriz de riscos deve, portanto, integrar o núcleo contratual dos contratos de concessão. Assim, o gestor público, sempre a partir de uma relação dialógica com as partes interessadas e com a sociedade civil, deve definir no instrumento convocatório a alocação objetiva de riscos adequada às peculiaridades e à racionalidade econômica de cada objeto, estipulando, inclusive, mecanismos ou procedimentos adotados no caso de superveniente materialização de eventos qualificados como álea extraordinária³⁵, conforme exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária.

³⁴ Sobre isso, cabe destacar a inviabilidade, se não a impossibilidade, de se levantar *ex ante* todos os riscos e todas as contingências possíveis de materialização durante a execução do contrato em razão da racionalidade limitada dos indivíduos e das incertezas ambientais. Os contratos de concessão caracterizam-se pelo longo prazo em sua prestação e, em geral, pela complexidade de seus objetos, características essas que os tornam incompletos e, portanto, mutáveis e passíveis de futuras alterações. Eventuais lacunas ou previsão de determinadas obrigações contratuais, como atribuição de determinado risco ou contingência, podem ser propositalmente postergados para futura deliberação como alternativa jurídica e/ou econômica (redução de custos de transação *ex ante* ou ausência de informações suficientes para se prever determinada obrigação, por exemplo). Essa postergação intencional, no entanto, deve ser adequadamente analisada para se evitar futuras renegociações indesejáveis, as quais podem gerar excessivos custos de transação *ex post* e estimular comportamentos oportunistas entre as partes. Há, portanto, uma racionalidade econômica nessa postergação. Frisa-se, no entanto, que se deve postergar apenas decisões cujos custos *ex post* não sejam superiores aos custos *ex ante* em se prever futura obrigação ou decisões, cujo conjunto de informações disponíveis *ex ante* não seja suficiente para se prever adequadamente determinada obrigação (há um ponto ótimo a ser alcançado na modelagem e na alocação de riscos nos contratos de concessão). Sobre esse último ponto, no caso de situações não inteiramente cognoscíveis *ex ante*, há técnicas de regulação contratual disponíveis para se assegurar certa previsibilidade a determinados eventos que não sejam inteiramente conhecidos *ex ante*. Cita, a título exemplificativo, o mecanismo de regulação contratual denominado como “trigger” ou “gatilho” que será acionado a partir do atingimento de determinado percentual ou de determinada demanda de serviço, por exemplo, para se prever *ex ante* determinada obrigação não inteiramente conhecida à época da modelagem do projeto. Disparado o gatilho, inicia-se o dever de o concessionário adimplir com a obrigação, por exemplo. Esse tipo de mecanismo é útil quando não se conhece *ex ante* a demanda para determinado projeto ou quando se atribui ao concessionário o risco por determinado percentual, como a variação cambial, a redução ou o acréscimo na demanda, entre outros. Em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, essas características supracitadas, intrínsecas aos contratos de concessão, não serão analisadas mais detalhadamente neste artigo. Para mais informações sobre essas características, consultar: ROSA, 2022.

³⁵ Conforme previsto no artigo 103 da Lei Federal nº 14.133/21 e no art. 9º, §2º, da Lei Federal 8.987/95.

Reajuste

Os critérios e os procedimentos para reajuste dos contratos de concessão são cláusulas essenciais para preservação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, conforme previsto no artigo 23, IV, da Lei Federal nº 8.987/95. Segundo Letícia Alencar (2019), as cláusulas que definem previamente os mecanismos de reajuste contratual asseguram o equilíbrio desses contratos em seu aspecto preventivo.

Essas cláusulas de reajuste buscam preservar os valores contratuais contra a variação da inflação por meio de índices gerais/setoriais ou de fórmulas previamente definidas nos instrumentos contratuais³⁶.

Destaca-se que a proteção da alteração dos valores contratuais por meio de cláusulas de reajuste pode se revelar problemática nesses contratos complexos e de longo prazo, visto que podem incentivar ineficiências das concessionárias em desfavor dos usuários (modicidade tarifária).

Em razão disso, diversos contratos preveem, atualmente, mecanismos endocontratuais denominados de “Fator X”³⁷, que buscam compartilhar com os usuários os ganhos de produtividade e de eficiência obtidos pela concessionária no decorrer da execução contratual. Nesses casos, determinado percentual é subtraído do índice de reajuste devido com a finalidade de representar esse ganho de produtividade.

Por fim, uma vez que a simples correção dos valores contratuais contra a variação inflacionária pode não ser suficiente para assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos no longo prazo, os contratos de concessão também podem prever mecanismos de revisão contratual com a finalidade de preservar o equilíbrio desses contratos às alterações cambiantes da realidade, conciliando incentivos para aumentar a eficiência empresarial e para assegurar o interesse dos usuários, conforme exposto no tópico seguinte deste artigo.

³⁶ Destaca-se o enunciado 34 da I Jornada de Direito Administrativo organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “Enunciado 34: Nos contratos de concessão e PPP, o reajuste contratual para reposição do valor da moeda no tempo é automático e deve ser aplicado independentemente de alegações do Poder Público sobre descumprimentos contratuais ou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, os quais devem ser apurados em processos administrativos próprios para este fim, nos quais garantir-se-ão ao parceiro privado os direitos ao contraditório e à ampla defesa.”

³⁷ Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 167): “Os contratos da quarta etapa suprimiram a incidência do Fator X. Conforme explicação da ANTT, os contratos da terceira etapa não previram os cálculos para incidência do Fator X, o que gerou insegurança jurídica. Ainda, a agência constatou que esse fator era incompatível com a regulação por contrato.”. Para mais detalhes sobre a utilização desse mecanismo nos contratos celebrados pela ANTT, consultar: SOUZA, 2021.

Revisão contratual

Os critérios e os procedimentos para revisão dos contratos de concessão são cláusulas essenciais para preservação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, conforme previsto no artigo 23, IV, da Lei Federal nº 8.987/95. Segundo Letícia Alencar (2019), as cláusulas que definem previamente os mecanismos de revisão contratual asseguram o equilíbrio desses contratos em seu aspecto preventivo.

A definição prévia de mecanismos de revisão tarifária assegura a manutenção e a adaptação da equação econômico-financeira desses contratos frente as contingências supervenientes ocorridas durante a execução contratual. A revisão contratual pode ser subdividida em revisão ordinária (ou periódica) e revisão extraordinária. Ambas as revisões serão expostas mais detalhadamente nos dois tópicos a seguir deste artigo.

Revisão ordinária

As revisões periódicas ou ordinárias, se adequadamente modeladas, constituem mecanismos com duplo benefício: incentivam a concessionária a aumentar sua eficiência na exploração do serviço ao mesmo tempo que asseguram os interesses dos usuários. Além disso, podem também garantir o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários, favorecendo a modicidade tarifária. Segundo Letícia Alencar (2019, p. 147-149):

Entre outros fatos que passam a ser considerados em meio aos critérios utilizados para o reajuste e para a revisão periódica, incluem-se os seguintes: (i) compartilhamento de ganhos de produtividade ou eficiência do concessionário (Fator X); (ii) atendimento, ou não, aos indicadores de qualidade pelo concessionário (Fator Q); (iii) atendimento, ou não, de parâmetros de desempenho, buscando assegurar a equivalência entre os serviços prestados e sua remuneração (Fator D); (iv) não destinação, pelo concessionário, de verbas para as finalidades previamente definidas no contrato; (v) compartilhamento de receitas extraordinárias.

Essas revisões são realizadas em períodos de tempo previamente definidos nos instrumentos contratuais, geralmente anual ou quinquenal. No caso de revisões anuais, cita-se o exemplo adotado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT)³⁸. Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 50):

A revisão ordinária anual ocorre no momento do reajuste tarifário. Nela, são contempladas as repercussões dos eventos ocorridos rotineiramente na concessão, como, por exemplo, a incorporação dos impactos das receitas extraordinárias e da diferença entre a receita estimada no ano anterior e a receita efetivamente concretizada decorrente do arredondamento tarifário.

³⁸ A Resolução nº 675/04, editada pela ANTT, disciplina as revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos das concessões rodoviárias federais.

Nos contratos em que há mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro que incidem anualmente (por exemplo, Desconto de Reequilíbrio), os impactos desses mecanismos são incorporados por ocasião da revisão ordinária anual.

Ainda, nos contratos da primeira e da segunda etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), celebrados pela ANTT, o atraso ou a inexecução de obras e serviços pode ensejar sanções e recomposição do econômico-financeiro contratual por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio (também denominado de “Fator D”)³⁹.

Já nos contratos da terceira etapa do PROCROFE, introduziu-se novos mecanismos⁴⁰ de preservação do equilíbrio econômico-financeiro: i) Acréscimo de Reequilíbrio (também denominado de “Fator A”), o qual pode majorar a tarifa básica contratual no caso de conclusão antecipada de determinadas obras e serviços previstos nos contratos; ii) Fator C, o qual se aplica quando o evento ensejar impacto exclusivamente na receita ou na verba da concessionária; iii) Fator Q, o qual se aplica à tarifa básica de pedágio, reduzindo-a ou aumentando-a a depender da qualidade dos serviços prestados pela concessionária aos usuários (indicadores de qualidade); e iv) Fator E, o qual se aplica aos casos de execução de obras do estoque de melhorias.

Nesse sentido, segundo Letícia Alencar (2019, p. 147-148):

A incorporação destes ou de alguns destes critérios em fórmulas de reajuste ou revisões periódicas acaba por permitir que a equação econômico-financeira seja, ao longo do tempo, maleável. A depender do modelo tarifário adotado, tais critérios são considerados tanto nas cláusulas que tratam sobre reajuste [conforme exposto no tópico anterior deste artigo], como, também, nas que tratam sobre revisões periódicas. Em outros, sua previsão fica restrita às cláusulas de reajuste ou às de revisão periódica. É possível que seus efeitos incidam sobre o valor da tarifa a ser praticada pelo concessionário ou, ainda, sobre o valor de outorga porventura devido pelo concessionário ao poder concedente. Dessa forma, verifica-se que há amplo espaço para a conformação destes elementos em meio às cláusulas de reajuste e de revisão periódica a serem incorporadas a cada contrato.

No caso das revisões quinquenais, cita-se, também, o exemplo adotado pela ANTT. Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 51):

Elas abarcam as repercussões decorrentes de modificações por alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, para compatibilizar o PER com “as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário”, conforme artigo 2-B da Resolução n.º 675, de 2004. “O objetivo aqui é racionalizar o acompanhamento contratual por parte da agência”, buscando concentrar as discussões sobre alterações no escopo da concessão em um único momento. A partir de 2016, a norma passou a estabelecer que a

³⁹ Para mais detalhes, consultar: SOUZA, 2021.

⁴⁰ Para mais detalhes, consultar: SOUZA, 2021.

revisão quinquenal contará com a participação social (artigo 2º-B, parágrafo único, da Resolução n.º 675, de 2004), prescrição essa que foi reproduzida pelos contratos mais recentes. Os contratos da terceira etapa não previram a revisão quinquenal, que voltou a ser prescrita contratualmente nas avenças da quarta etapa.

A inclusão de mecanismos que buscam compartilhar ganhos de eficiência, de produtividade e econômicos nos contratos de concessão foi incentivada por legislações setoriais⁴¹ e pela Lei Federal n.º 11.079/04⁴².

Destaca-se, por fim, que a regulação contratual pode dispor de critérios e procedimentos aplicáveis à alteração consensual entre as partes das cláusulas de reajuste⁴³ e de revisão nos casos em que elas se apresentem incompatíveis ou insuficientes à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁴⁴.

Diante do exposto, constata-se uma tendência na alteração do paradigma de reajuste e de revisão contratual baseado apenas na preservação dos custos dos serviços para um modelo de regulação tarifária baseado em incentivos, mais ou menos flexíveis a depender do setor analisado, cuja finalidade visa a conciliar o aumento de eficiência e de produtividade da concessionária na exploração do serviço e a modicidade tarifária a favor dos interesses dos usuários.

Revisão extraordinária

As revisões extraordinárias são mecanismos endocontratuais que possibilitam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato sempre que eventual risco alocado a uma das partes se materializar e desequilibrar o contrato em desfavor da outra parte⁴⁵. Segundo Leticia Alencar

⁴¹ A título exemplificativo, cita-se o artigo 14, IV, da Lei Federal n.º 9.247/96, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o artigo 108 da Lei Federal n.º 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, o artigo 35, §1º, “b”, da Lei Federal n.º 10.233/01, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, e o artigo 22, IV, da Lei Federal n.º 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

⁴² Cita-se o artigo 5º, IX, e o artigo 6º, 1º, ambos da Lei Federal n.º 11.079/04, assim como o artigo 6º da Lei Federal n.º 8.987/95.

⁴³ A título exemplificativo, cita-se item 15.2.2 do Contrato decorrente do Edital n.º 001/2008 celebrado pela ANTT, que trata sobre a negociação entre as partes no caso de extinção de índice de reajuste sem substituição automática por outro índice.

⁴⁴ Segundo Leticia Alencar (2019, p. 153): “[...] não me parece que o contrato deva sucumbir pelo fato de ter, infelizmente, cristalizado fórmulas que se mostram incompatíveis, ao longo dos anos, com a realização da justiça substancial subjetiva. O fato de a garantia do equilíbrio econômico-financeiro ser operacionalizada com base nos parâmetros estabelecidos contratualmente não impede que as partes, mediante mútuo acordo, modifiquem seus elementos, de forma a assegurar a hígida execução contratual.”.

⁴⁵ As principais agências reguladoras federais editaram normas infralegais para disciplinar supletivamente a revisão extraordinária nos contratos de concessão. A título de exemplo, cita-se a Resolução n.º 675/04 editada pela Agência Nacional de Transportes

(2019), a alocação prévia de risco entre as partes nos instrumentos contratuais assegura a garantia do equilíbrio econômico-financeiro em seu aspecto remediativo.

Em regra, a revisão extraordinária pode ser evocada a qualquer tempo pela parte prejudicada; basta que se demonstre a materialização de evento superveniente, qualificado juridicamente, que desequilibre o sinalagma constituído inicialmente entre as partes.

A materialização de eventos previstos na matriz de riscos não enseja maiores análises jurídicas acerca da responsabilidade das partes por suportar a obrigação prevista contratualmente. Basta-se verificar a quem foi atribuída a obrigação por gerir ou mitigar o risco da materialização de determinado evento para se apurar quem será responsável por suportá-lo. No caso de determinado risco alocado a uma das partes, cuja materialização impacte a outra parte, surge, para essa última parte, um direito de requerer que esse impacto seja neutralizado.

Terrestres (ANTT), a Resolução nº 3.220/14 editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e a Resolução nº 528/19 editada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Nessas três resoluções, embora haja critérios e procedimentos específicos a cada uma, as revisões extraordinárias podem ser realizadas a qualquer momento durante a execução do contrato. Destaca-se que algumas agências reguladoras preveem prazos para solicitação da revisão sob pena de preclusão do direito. A análise da legalidade destas previsões, no entanto, não integrou o escopo deste artigo. Por fim, as três resoluções dispõem que, se o contrato dispuser sobre a revisão extraordinária, aplica-se as disposições contratuais, em conformidade com o modelo de regulação por contrato (*regulation by contract*) exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo. Embora apenas a análise concreta das condições de contorno delimitadas nos instrumentos contratuais poderá distinguir com maior precisão o modelo de regulação adotado, esse modelo de regulação híbrido, no qual as agências reguladoras editam normas infralegais para suprir omissões contratuais ou para integrar lacunas contratuais, ainda que por disposição contratual explícita, é criticado pela doutrina jurídica (ALENCAR, 2019, p. 168; SUNDFELD, SOUZA E ROSILHO, 2015, p. 231-235; GUIMARÃES, 2019, p. 111-114). As críticas fundamentam-se na definição extracontratual de critérios conformativos da equação econômico-financeira dos contratos de concessão, uma vez que comprometem a segurança jurídica da relação e propiciam comportamentos oportunistas por parte do poder concedente. As críticas à definição extracontratual de critérios conformativos da equação econômico-financeira dos contratos de concessão são válidas e devem ser levadas em consideração pelas agências reguladoras, especialmente em relação aos critérios e aos procedimentos aplicáveis para a preservação do equilíbrio desses contratos. Nesse sentido, destaca-se a iniciativa da ANTT na elaboração do Regulamento das Concessões Rodoviárias, por meio da Resolução nº 5.950/21, para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência. Essa resolução apresenta diretrizes gerais à sua interpretação e à sua aplicação aos contratos de concessão rodoviários, com a finalidade de solucionar conflitos entre normas, reconhecendo a prevalência das disposições contratuais (quando existirem) sobre as regulamentações da ANTT, bem como a deferência pela celebração de termos aditivos aos contratos para adequação deles à regulamentação.

Entende-se que a revisão extraordinária se aplica tanto para a recomposição de desequilíbrios causados por riscos e por obrigações previstas nos instrumentos contratuais quanto para a recomposição de desequilíbrios causados por eventos qualificados como álea extraordinária, conforme exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária.

Destaca-se também a inclusão de novos serviços ou investimentos ao escopo do contrato. Nestes casos, as agências reguladoras federais têm adotado o fluxo de caixa marginal como parâmetro para reequilibrar o contrato⁴⁶.

O procedimento administrativo instaurado, de ofício ou mediante requerimento do concessionário, para apurar eventual desequilíbrio econômico-financeiro deve ser regido pelos princípios gerais do direito administrativo, assegurando a proteção dos direitos da concessionária e dos usuários do serviço público. Esse procedimento deve estar, preferencialmente, definido no instrumento contratual ou em regulamentação infralegal editada pelo poder concedente ou pelas agências reguladoras⁴⁷.

Uma vez analisado o pleito para apurar eventual desequilíbrio econômico-financeiro no prazo definido no instrumento contratual, o poder concedente ou a agência reguladora deverá apresentar os motivos que justificaram sua decisão e, no caso de reconhecimento do desequilíbrio, as formas adotadas para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁴⁸.

⁴⁶ Destaca-se ainda que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão pode ser realizada por meio da adoção do plano de negócio original do projeto ou por meio do fluxo de caixa marginal. A regulação contratual é determinante para a definição prévia desses mecanismos de reequilíbrio. Em razão das limitações típicas deste tipo de publicação, não se analisou mais detalhadamente as distinções na adoção do plano de negócio original do projeto ou do fluxo de caixa marginal no reequilíbrio de contratos de concessão.

⁴⁷ A disposição prévia dos procedimentos gerais aplicáveis às revisões ordinárias e extraordinárias no instrumento contratual assegura maior segurança jurídica aos contratados sobre o comportamento adotado pelo poder concedente em futuras revisões contratuais. Constata-se, no entanto, uma tendência contemporânea no deslocamento da regulação dessa matéria para a regulação extracontratual e infralegal editadas pelas agências reguladoras. Em razão da extensão limitada deste tipo de publicação, esse tema não será analisado mais detalhadamente neste artigo. Para mais detalhes, consultar: GARCIA, 2014.

⁴⁸ O mecanismo tradicional para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é a revisão tarifária. Apesar disso, a recomposição também pode ser realizada a partir de diversos mecanismos não tarifários, tais como a alteração do valor de outorga, a reprogramação de investimentos, a prorrogação de prazos, o pagamento de indenização, a autorização para obtenção de novas fontes de receitas, a alteração da contraprestação pública (se houver), o aporte de recursos públicos, entre outros. No tópico deste artigo referente à revisão autorizada por legislação específica ou por ato infralegal foram apresentados exemplos práticos utilizando esses mecanismos.

Extinção do contrato

Os contratos de concessão devem prever as hipóteses nas quais poderão ser extintos, conforme previsto no artigo 23, IX, da Lei Federal nº 8.987/95. Entende-se que os contratos também devam prever critérios e procedimentos aplicáveis no caso de extinção contratual.

Por meio de cláusulas procedimentais e de salvaguardas contratuais, busca-se proteger a continuidade da prestação dos serviços públicos, regulamentando as condições pelas quais os bens indispensáveis à continuidade do serviço serão transferidos à Administração Pública que assumirá a responsabilidade pela prestação dos serviços⁴⁹. Além disso, busca-se proteger o retorno do investimento do investidor, nas hipóteses em que a concessionária não tenha concorrido ou dado causa à extinção, e o pagamento das dívidas contraídas com a extinção prematura do contrato⁵⁰.

Conforme consta do artigo 35 da Lei Federal nº 8.987/95, o contrato de concessão poderá ser extinto nas seguintes hipóteses: i) advento do termo contratual (consiste no término da vigência contratual); ii) encampação (consiste na extinção prematura do contrato para atender ao interesse público); iii) caducidade (consiste na extinção prematura do contrato em razão de descumprimento contratual por parte da concessionária); iv) rescisão (consiste na extinção prematura do contrato em razão de descumprimento contratual por parte do poder concedente); v) anulação (decorre de vício de legalidade contratual); e vi) falência ou extinção da empresa concessionária.

Além dessas hipóteses legais, acrescenta-se, também, a relicitação⁵¹ e as situações de caso fortuito ou de força maior que impossibilitem totalmente a continuidade da execução contratual⁵². Nos casos em que os eventos

⁴⁹ Conforme previsto no artigo 35, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.987/95.

⁵⁰ Segundo Maurício Ribeiro (2011): “[...] é preciso proteger os investidores do parceiro privado (os detentores de participação acionária), no caso de encampação e rescisão do contrato. Nessas duas hipóteses a extinção se dá por decisão política ou por descumprimento do contrato pela Administração. É preciso, por isso, nestes casos, garantir não apenas o ressarcimento dos valores investidos e não amortizados, mas também as expectativas de retorno dos investidores, de maneira que eles não sejam penalizados pela inadimplência da Administração, ou pela antecipação do término do contrato por razões de natureza política.”. Ainda, segundo o mesmo autor: “Em casos de extinção prematura do contrato, com ou sem culpa do parceiro privado, é importante proteger o pagamento da dívida. [...] dos recursos necessários para o financiamento dos projetos [...]”.

⁵¹ Conforme previsto na Lei Federal nº 13.448/17, cuja análise mais detalhada foi apresentada no tópico deste artigo referente à mutabilidade contratual em face da materialização de evento qualificado como álea extraordinária.

⁵² Segundo Caio Tácito (1961, p. 10): “A imprevisão deve ser uma situação temporária. Se o equilíbrio da concessão estiver definitivamente comprometido, a solução será a rescisão do contrato. Não desaparece, ainda nessa hipótese, a obrigação de indenizar o

qualificados como caso fortuito ou como força maior impossibilitem parcialmente ou temporariamente a prestação do serviço (o cumprimento de determinadas obrigações se torne mais oneroso, por exemplo), o contrato poderá ser alterado em conformidade com as disposições previstas no acordo em relação às prestações cujo cumprimento tenha sido comprometido⁵³.

MUTABILIDADE CONTRATUAL EM FACE DA MATERIALIZAÇÃO DE EVENTO QUALIFICADO COMO ÁLEA EXTRAORDINÁRIA

Os contratos de concessão são estruturas normativas complexas, relacionais, de longa duração e incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações.

A alocação eficiente, objetiva e racional dos riscos entre as partes e a previsão *ex ante* de mecanismos de integração de lacunas nos contratos de concessão são condições necessárias, mas não suficientes, para assegurar o sucesso do empreendimento ao longo de sua execução, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo. Compreender o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão como imutável, estático e hermético em relação às contingências da realidade implicaria no esvaziamento e no reducionismo desses ajustes⁵⁴.

concessionário que permaneceu em serviço, malgrado as circunstâncias adversas.”. A título exemplificativo, cita-se o item 13.2 que trata sobre a extinção por ocorrência de caso fortuito ou força maior no Contrato 003/ANAC/2019 celebrado pela ANAC. Destaca-se, ainda, a teoria da frustração do fim do contrato como hipótese possível para extinção contratual em razão da perda da finalidade ou da utilidade na continuidade da relação, apesar das prestações serem plenamente exequíveis e não houver alteração no valor da prestação. Essa hipótese é relevante especialmente nos contratos de longo prazo, os quais estão sujeitos a alterações supervenientes que modifiquem as circunstâncias nas quais as partes celebraram o negócio. Nesse sentido, destaca-se o Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.”

⁵³ Segundo Diogo Amaral (2013, p. 649): “[...] a impossibilidade em causa pode ser temporária ou definitiva, e total ou parcial. Os casos de força maior levam, não à alteração do contrato, mas antes à suspensão da sua eficácia (nos casos de impossibilidade temporária) ou à extinção total do contrato (se a impossibilidade for definitiva ou levar ao desinteresse completo do credor). Os casos de força maior parcial podem ainda dar origem a modificações objectivas do contrato”.

⁵⁴ Segundo Floriano Marques Neto (2015, p. 192): “Devemos ter em conta, mormente em sede de concessão comum, que se trata de um contrato relacional, contínuo e de longo

Ao contrário dos riscos que podem ser mensurados previamente, as incertezas são imensuráveis em razão da inexistência de uma prévia distribuição de probabilidades adequada a essa finalidade. Nesse sentido, compreender o futuro como um processo não-ergódico (processo econômico se atualiza no tempo histórico – processo não estacionário) implicaria em reconhecer que o futuro não se encontra em um estado de controle estatístico⁵⁵. As incertezas decorrem, portanto, da natureza não-ergódica do mundo, característica essa que torna o futuro incerto⁵⁶.

Nesse sentido, constata-se que a própria racionalidade econômica e jurídica desses contratos impossibilita uma atribuição prévia e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na execução desses contratos. Segundo Flávio Garcia (2017), trata-se da imprevisão na previsão. Nessa linha, segundo Fernando Guimarães (2019, p. 101-102):

Num mundo ideal, em que os riscos pudessem ser todos identificados e alocados indubitavelmente à responsabilidade de cada uma das partes, a margem para disputas e litígios seria mínima, sendo que a valoração de suas ofertas estaria livre (ou quase livre) dos custos de transação associados a estas inseguranças. Mas é evidentemente impossível eliminar completamente a suscetibilidade do contrato à materialização de riscos não catalogados. Há não apenas um problema de cognoscibilidade dos riscos, sendo humanamente impossível atingir-se um grau de detalhamento absoluto em relação a isso, como um problema econômico, pois estudos de risco com nível avançado de detalhamento e especificação podem incrementar a tal ponto os custos de transação da contratação administrativa que a tornem ineficiente. Além disso, dentro do espectro de contingências possivelmente previsíveis, muitas opções alocativas podem simplesmente ser prejudicadas pelos limites de racionalidade. As partes de um contrato não são completamente racionais para realizar as melhores opções e estabelecer sua priorização ideal.

Relações contratuais que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente pelas partes. Em

prazo, e que está sempre sujeito às vicissitudes econômicas. Isso nos levou, em outra oportunidade, a referir o equilíbrio na concessão como um equilíbrio dinâmico, em contraste com o equilíbrio estático dos contratos administrativos em sentido estrito [...]”.

⁵⁵ Em razão da extensão limitada desse tipo de publicação, a distinção entre riscos e incertezas não será objeto de análise mais detalhada neste artigo. Para mais detalhes sobre esse tema, consulte: DAVIDSON, 1991; DAVIDSON, 1991b; DAVIDSON, 1999; NÓBREGA e LOUREIRO, 2020.

⁵⁶ Segundo Kleber Zanchim (2012, p. 184): “A incerteza espreita o programa contratual estabelecido nas PPPs e pode desconstruí-lo em um instante. Não tem limites nem admite controle. Atua como uma força da natureza. É o oculto para além do risco. Portanto, não integra o ‘pacto adjeto’ que equaliza as expectativas dos contratantes. Não convive com experiências do passado. Reside fundamentalmente no futuro. Enquanto o risco informa até onde pode-se enxergar na aleatoriedade, a incerteza posiciona-se fora do campo de visão das partes. Assim, apesar de terem a mesma origem caótica, risco e incerteza dão-se as costas. Aquele anda a passos controlados, tateando o pretérito. Esta corre, sem direção, flertando o porvir.”.

face disso, a previsão antecipada de mecanismos adaptativos e de estruturas de governança⁵⁷ nesses instrumentos contratuais asseguram ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas à continuidade desse tipo de relação⁵⁸.

Nesse sentido, a definição prévia de mecanismos contratuais que incentivem a cooperação entre as partes nessas relações contratuais com ativos específicos é determinante para a mitigação de comportamentos oportunistas⁵⁹, como, por exemplo, situações de *hold-up* em que uma das partes se torna vulnerável a ameaças da outra parte em face de disputas internas à relação para extração de quase-rendas⁶⁰.

Outro aspecto que se faz importante destacar refere-se à existência de assimetria informacional posterior à celebração do contrato, momento no qual o contratante (principal) busca maximizar sua utilidade a partir do adequado comportamento do contratado (agente), mas não possui informações completas para controlar perfeitamente as ações ou para monitorar a adequação dos comportamentos efetivamente praticados pelo agente. Essa situação é descrita pela literatura especializada como risco moral⁶¹.

A existência de assimetria nessas relações desequilibra as transações e pode alterar o comportamento das partes, impactando na eficiência e na própria estrutura do negócio. Em face disso, faz-se necessária a previsão de mecanismos

⁵⁷ A título exemplificativo, cita-se o parágrafo único do artigo 11 da Lei Federal nº 14.133/21.

⁵⁸ Segundo Licínio Martins (2015, p. 581): “[...] os contraentes, ao regularem a distribuição de riscos, podem igualmente prever os modos como deverão proceder em caso de não verificação das circunstâncias em que basearam a sua decisão de contratar ou de não verificação delas nos termos projectados, seja porque efectivamente não chegaram sequer a ocorrer, seja porque a sua ocorrência foi adulterada por acontecimentos supervenientes.”

⁵⁹ A Resolução nº 5.950/2021, editada pela ANTT para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência, prevê sanções a eventuais comportamentos oportunistas em seu artigo 7º.

⁶⁰ Para mais detalhes sobre essa situação, consultar: ROSA, 2022.

⁶¹ Segundo Tatiana Natal (2014, p. 12-13): “A assimetria de informação pode também referir-se às informações relativas a condutas das partes na direção do cumprimento progressivo (ou não) das obrigações contratuais. De modo geral, as partes envolvidas em um contrato complexo não conseguem observar as ações específicas que desejam disciplinar. Fazem-no então através de indicadores – que sinalizam o cumprimento ou o descumprimento da obrigação ou da conduta julgada desejável da outra parte. Todavia, caso ocorra um erro de desenho no sistema de incentivos contratuais (como, por exemplo, a adoção de indicadores de desempenho ambíguos), a intenção de premiar comportamentos desejáveis (ou punir indesejáveis) pode resultar em seu revés, ocorrendo o chamado ‘risco moral’.”. A teoria dos contratos sob informação assimétrica fornece um poderoso instrumental para a análise de contratos públicos, em especial para os contratos de concessão. No entanto, a teoria da assimetria informacional não será objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: MACHO-STADLER e PÉREZ-CASTRILLO, 2001.

contratuais que incentivem ou induzam a revelação e o compartilhamento de informações entre as partes do negócio e que possibilitem a construção de reputação entre as partes envolvidas na relação, reduzindo custos de transação e desincentivando práticas oportunistas entre as partes⁶².

O reconhecimento da previsibilidade das mudanças nos contratos de concessão e a contratualização de procedimentos aplicáveis no caso dessas mudanças se materializarem constituem elementos necessários para se assegurar a continuidade adequada na prestação dos serviços e a segurança jurídica requerida nesses contratos. Trata-se, portanto, de previsão da imprevisão.

Assim, caso mudanças abruptas nas condições sociais, econômicas, políticas, ambientais, regulatórias, técnicas ou tecnológicas, entre outras, alterem as bases e as circunstâncias que motivaram as partes a conformar o negócio jurídico, tornando a continuidade contratual excessivamente onerosa a uma das partes, tem-se a quebra da base objetiva do negócio⁶³.

⁶² Segundo Tatiana Natal (2014, p. 16): “A continuidade das interações entre as partes e a permanência no tempo do contrato original contribuem para o aumento da confiança entre os agentes, reduzindo custos de transação relativos a salvaguardas relacionadas ao risco moral (previsão de punições para condutas ilícitas da outra parte) e a busca da tutela jurisdicional. Por outro lado, a vigência mais dilatada sujeita a relação contratual a uma maior probabilidade de ocorrência de externalidades e desequilíbrios contratuais daí derivados.”

⁶³ Segundo Andreia Costa (2016, p. 83-84): “[...] o atual instituto da alteração das circunstâncias é fruto de uma complexa evolução histórica que procurou, essencialmente, a *conciliação entre, por um lado, a segurança da manutenção da força vinculativa do negócio jurídico e, por outro lado, os postulados dos princípios da justiça e da boa fé no contexto histórico e circunstancial em que o negócio jurídico é celebrado*. No fundo, a conciliação entre a regra *pacta sunt servanda* e os princípios da justiça e da boa fé na execução dos contratos, materializados na doutrina da cláusula *rebus sic standibus*. Sumariamente, a referida doutrina assenta na ideia de que a celebração dos contratos era sempre acompanhada de uma cláusula *rebus sic standibus*, nos termos da qual a respetiva vigência dependeria da manutenção do *status quo* próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos contratos ficava comprometida. [...] Considerando o exposto, o instituto da alteração das circunstâncias, partindo da referida doutrina da cláusula *rebus sic standibus*, consubstancia uma verdadeira válvula de escape do sistema jurídico, dando concretização ao princípio da boa fé, aqui na sua vertente de tutela da confiança. Perante um contrato, as partes aderem a um programa de atuação, procedendo, naturalmente, a investimentos de confiança. Como explica MENEZES CORDEIRO, perante um contrato público, e, em especial, *quando estejam em causa concessões complexas, que exijam múltiplos investimentos, estes aspetos são mais marcados. É justamente na base de uma confiança ampla que o particular aceita contrapartidas baixas e procede à mobilização das poupanças e dos créditos que se mostrem necessários. A confiança não se limita, assim, à não ocorrência de graves prejuízos: ela antes assenta em todo um programa contratual, a desenrolar no tempo, e que irá proporcionar o lucro mobilizador de toda a operação*. Quando uma alteração dos pressupostos em que as partes fundaram a decisão de contratar – assumindo determinado programa contratual, e não outro – determinar uma ofensa do investimento de confiança subjacente a essa mesma decisão, o cumprimento

Nesse sentido, Egon Moreira (2010, p. 403-404), a partir das lições de Karl Larenz, defende a necessidade de se adaptar as bases objetivas do negócio em face de alterações supervenientes⁶⁴, anormais e imprevisíveis à época da celebração do ajuste, conforme trecho destacado a seguir:

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 – aqui compreendida como a definiu Larenz: ‘o 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 da vontade), mas, sim, na base objetiva que veio a dar efetividade ao projeto do concessionário. O que não significa descartar eventos outrora qualificados de

das correspondentes obrigações contratuais não deverá ser exigível. Além dos ditames da boa fé, o instituto da alteração das circunstâncias serve, ainda, a própria exequibilidade da atividade económica. Naturalmente, *ninguém aceitaria iniciar uma relação contratual se soubesse que jamais dela se poderia desvincular, por mais graves, radicais ou danosas que fossem as circunstâncias que supervenientemente surgissem.*”, grifos do original.

⁶⁴ Segundo Egon Moreira (2010, p. 405): “Já, no que se refere às premissas exógenas, investiga-se se houve fato ao exterior do contrato em face do qual a construção da base objetiva foi irrelevante e impertinente [...] mas que, ainda assim, gerou efeitos endógenos ao equilíbrio económico-financeiro. Isto é, uma alteração significativa que, quando da consolidação do contrato (estatuto + edital + proposta = contrato), a ele não foi incorporada. Esse fato pode ou não ser oriundo da Natureza (terremotos, crises do petróleo ou aumentos de impostos), pois o importante está na comprovada impossibilidade de ter sido considerado nas projeções económico-financeiras do projeto concessionário. Caso tenha sido previsto, haverá a designação da parte responsável pela administração de seus efeitos (e o tema do desequilíbrio nem sequer se põe)”. Pedro Gonçalves (2016, p. 559): “Mas a circunstância de o cocontratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco. Assim, suponha-se a diminuição da procura resultante de um facto 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 da 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, nos termos do artigo 314, n.º 2.”.

imprevistos, 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.

Deve-se frisar que as alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo analisadas neste tópico não envolvem meras perturbações exógenas que sobreonerem transitoriamente uma das partes durante a execução contratual. Essas situações são intrínsecas à exploração do objeto concedido e integram o risco característico desse regime contratual.

Também não envolvem consequências gravosas decorrentes de riscos assumidos contratualmente pela parte sobreonerada, especialmente quando essas consequências decorram de ineficiências ou de desidias da parte prejudicada. Em razão disso, deve-se atentar para a adequada distribuição de riscos entre as partes contratantes, em conformidade com as melhores práticas recomendadas pela literatura especializada, evitando-se alocações genéricas de riscos ou alocações de riscos não passíveis de controle pelos particulares. Nesse sentido, Segundo Andreia Costa (2016, p. 95-100):

[...] o instituto da alteração das circunstâncias é supletivo face ao regime legal e contratual do risco. Assim, no caso do contrato de concessão de serviços públicos há que ter em conta a regra da significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário e, ao abrigo dela, os concretos riscos assumidos por cada uma das partes. [...] Nas elucidativas palavras de MARCELLO CAETANO, podem os cálculos da remuneração falhar em circunstâncias normais e o particular sofrer prejuízos, porventura totais: mas trata-se então de consequências naturais do risco assumido numa empresa económica e que não constituem injustiça pois resultam de defeito de previsão, ignorância do negócio ou má gestão, sempre da responsabilidade do contraente. Não pode, pois, confundir-se um mau estudo económico, ou uma errada projeção, com uma circunstância realmente imprevisível. Estando em causa um contrato de concessão de serviços públicos celebrado depois de 2008, no epicentro da crise financeira mundial, é seguro assumir que os respetivos impactos eram já do conhecimento do futuro concessionário, que, querendo, podia ter baseado a respetiva proposta em dados verosímeis. Neste contexto, se, por exemplo, a procura do serviço concessionado vier a revelar-se muito inferior à prevista, tal não deverá ser assacado a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes celebraram o referido contrato de concessão de serviços públicos, mas a uma errada projeção da procura. [...] Com efeito, a crise económica e financeira não constitui, por si só, causa de resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. No caso concreto, esta tem de provocar uma alteração efetiva, concreta, séria e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Nessa linha, busca-se analisar neste tópico apenas aquelas situações, supervenientes e alheias à vontade das partes, nas quais ocorrem abruptas alterações nas condições sociais, económicas, políticas, ambientais,

regulatórias, técnicas ou tecnológicas, entre outras, cujas consequências impactem profunda e significativamente as bases objetivas do negócio, onerando excessivamente uma das partes do ajuste.

Nessas situações excepcionais, a aplicação das disposições endocontratuais gerais de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, ainda que capaz de assegurar a noção formal de equilíbrio prevista no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95, tornaria a continuidade contratual excessivamente onerosa e implicaria em gravosa injustiça ou iniquidade a uma das partes contratantes, até o limite da ruína financeira⁶⁵, em desconformidade com as bases relacionais dos contratos de concessão⁶⁶.

Nesses casos, quando os mecanismos endocontratuais são insuficientes para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pode ser oportuno e conveniente a revisão dos termos contratuais para a conservação do negócio jurídico e para a preservação da equidade e da justiça contratual diante de alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo⁶⁷. Pode ser mais adequado ao interesse público a continuidade do contrato⁶⁸, ainda que em novas bases objetivas, do que sua extinção⁶⁹. Nesse sentido, segundo Andreia Costa (2016, p. 159-160):

⁶⁵ Segundo Egon Moreira (2010, p. 405): “Não é necessário o desequilíbrio absurdo, nem que o concessionário esteja à beira da falência, pois se está diante do dever estatutário de manutenção do equilíbrio, tal como objetivamente definido nas condições do contrato. A procura, aqui, é pela estabilidade da base do projeto concessionário, pela manutenção do respectivo equilíbrio econômico-financeiro.”

⁶⁶ Segundo Flávio Garcia (2017, p. 49): “Como serão inevitáveis as renegociações durante uma relação duradoura e complexa que envolve o atendimento de distintos e complexos interesses (públicos e privados), o comportamento e a conduta dos contratantes que se pautem na confiança, na boa-fé, na solidariedade e na cooperação, produzem benefícios recíprocos que favorecem a própria estabilidade contratual e o atendimento ao interesse público. Contratos concessionais são, na atual quadra, estruturas regulatórias que se encontram em permanente mutação, disciplinando relações multipolares nas quais convergem variados e legítimos interesses. Não são estáticos, mas dinâmicos por natureza. Não comportam soluções acabadas, definitivas e que os imunize da realidade cada vez mais cambiável.”

⁶⁷ Segundo Alexandre Aragão (2013, P. 55-56): “Impõe-se, no direito administrativo e na teoria geral dos contratos, a visão do contrato como processo, ou seja, como um plexo de relações jurídicas que podem e devem, muito além apenas da vetusta eoitocentista teoria da imprevisão, ser adequada ao longo do tempo diante das exigências dos problemas que forem sendo verificados, em suma, da experiência da sua execução.”

⁶⁸ Segundo Gaston Jèze (1930, p. 88): “*Em droit public français, les règles sur les contrats s’inspirent des idées générales qui justifient ces règles em droit privé; mais on combine ces idées avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics.*”

⁶⁹ Cita-se, a título exemplificativo, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu os desequilíbrios causados pela pandemia de Covid-19 e suspendeu os efeitos de medida liminar que determinou à concessionária de serviços de

[...] na medida em que as medidas de auxílio ao concessionário sejam, também, medidas de proteção da relação contratual, a modificação do contrato de concessão de serviços públicos tendente à implementação dessas medidas deverá ser admitida do ponto de vista da verificação do pressuposto e limite do interesse público. E isto porque a proteção do interesse público coincide, neste caso, com a proteção do contrato. Como refere, de forma elucidativa, PEDRO GONÇALVES, há, neste caso, uma espécie muito particular de 'motivo oportunista' a justificar a atitude colaborativa: a proteção do interesse público.

Eventual solução contratual que não acolhesse o núcleo da imprevisão importaria a uma das partes o dever de absorver integralmente os impactos excessivamente onerosos⁷⁰ impostos pela materialização de eventos extraordinários, os quais não estão sob o controle das partes contratantes. Essa hipótese reduziria a previsibilidade nessas relações contratuais complexas e de longa duração, aumentando substancialmente os custos na execução desses contratos, em desfavor dos usuários do serviço público, e, no limite, tornaria essas relações inviáveis diante da necessidade de se internalizar incertezas em contratos naturalmente incompletos e relacionais.

Nesse sentido, em regra, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro é preferível à sua resolução em face da valoração axiológica dos princípios da continuidade do serviço público e da conservação dos negócios jurídicos⁷¹. Pode, no entanto, haver casos em que a extinção ou a rescisão do contrato seja jurídica e economicamente mais adequada à situação

transporte coletivo de passageiros municipais a retomada na prestação integral dos percursos e dos horários previstos no instrumento contratual, sob pena de inviabilizar a continuidade de serviços públicos essenciais. (Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2696, proferida em 24.4.2020, pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça). Por fim, destaca-se o artigo 7º da Lei Municipal de São Paulo nº 17.335/20 que autorizou subvenção econômica às empresas de transporte urbano: “Art. 7º Em função das restrições de circulação de pessoas por força da situação de emergência e estado de calamidade pública em vigor no Município de São Paulo, fica o Poder Executivo autorizado a conceder subvenções econômicas, pelo período de até 4 (quatro) meses, para cobertura de despesas relativas ao pagamento de ajuda compensatória mensal e/ ou parte dos salários dos funcionários das empresas de transporte urbano de passageiros contratados pela prefeitura, em decorrência da diminuição da frota em circulação, na forma e condições estabelecidas em regulamento.”.

⁷⁰ Cita-se, a título exemplificativo, as disposições previstas nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil aplicáveis ao caso de onerosidade excessiva: Ainda, em relação ao art. 478 do Código Civil, vale transcrever o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.”

⁷¹ Segundo Caio Tácito (1961, p. 10): “O princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração, mesmo se for ruínosa. À administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extracontratuais, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato.”.

em concreto, conclusão que apenas pode ser alcançada a partir da análise individual de cada contrato à luz de suas particularidades, conforme exposto mais detalhadamente no tópico deste artigo referente à extinção do contrato.

Destaca-se que a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro, por razões de interesse público⁷², encontra-se limitada pelo respeito ao núcleo essencial do contrato (intangibilidade do objeto)⁷³ e ao princípio da concorrência⁷⁴, além do próprio princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos⁷⁵.

⁷² Segundo Andreia Costa (2016, p. 183-184): “51. Assim, se os efeitos da crise podem, verificados determinados pressupostos, consubstanciar uma causa de modificação do contrato por alteração das circunstâncias, por *fait du prince* ou até por caso de força maior, mais dificilmente poderão constituir uma causa de modificação do contrato por razões de interesse público, em especial, quando esta modificação seja perspectivada numa lógica de auxílio ao concessionário em situação económica difícil. 52. Reconhecendo, embora, o desafio associado à previsão de uma *boa* cláusula de modificação (suficientemente clara, precisa e inequívoca, mas também flexível), seria aconselhável que a entidade adjudicante fizesse constar do caderno de encargos do contrato de concessão de serviços públicos a celebrar uma ou mais cláusulas de modificação que permitissem às partes, num cenário de crise do concessionário, proceder a alterações ao contrato. 53. Porém, perante um contrato de concessão de serviços públicos já celebrado e em que não foi prevista nenhuma cláusula de modificação, e onde os regimes associados à imprevisão não tenham aplicação, o concedente, ou ambas as partes por acordo, terão de recorrer à modificação do contrato por razões de interesse público, sendo equacionáveis, entre outras, a prorrogação do prazo da concessão ou o aumento das tarifas a cobrar aos utentes.”

⁷³ Segundo Justen Filho (2005, p. 26): “Modificações nas condições contratuais estão admitidas desde que não desnatem a contratação originalmente pactuada. As condições essenciais, que deram ‘identidade’ à concessão, são insuscetíveis de modificação.”

⁷⁴ Segundo Andreia Costa (2016, p. 182): “47. O princípio da concorrência não é, todavia, absoluto, impondo-se a sua articulação com os demais princípios que regem a atividade contratual da Administração, desde logo, com o princípio da prossecução do interesse público. [...] sob pena de se coartar por completo qualquer possibilidade de aplicação de medidas de auxílio ao concessionário e proteção do contrato, com prejuízo para o interesse público que lhe está subjacente, devendo apenas rejeitar-se as modificações que, traduzindo uma verdadeira intenção das partes em renegociar os termos essenciais do contrato, sejam prejudiciais para a concorrência.”

⁷⁵ Diante da ausência de parâmetros legais bem definidos para caracterizar esses limites materiais à mutabilidade dos contratos de concessão, destaca-se decisão paradigmática proferida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na Decisão 215/1999 – Plenário definindo seis parâmetros que balizam a alteração contratual sem a necessidade de realizar novo procedimento licitatório: i) o primeiro parâmetro pondera entre o custo incorrido na alteração e os custos incorridos em eventual rescisão do contrato e respectiva elaboração de nova licitação; ii) o segundo parâmetro se relaciona à capacidade técnica do contratado, como pode ocorrer em eventual necessidade de incorporação de novas tecnologias alheias à capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; iii) o terceiro parâmetro se relaciona com eventos supervenientes e imprevisíveis; iv) o quarto parâmetro se relaciona com o princípio da intangibilidade do objeto; v) o quinto parâmetro se relaciona com a necessidade da alteração para execução adequada do objeto

No caso de materialização de evento não alocado previamente entre as partes⁷⁶ que perturbe significativamente o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro pode ser realizada por meio dos modos amigáveis de solução de divergências contratuais⁷⁷ ou dos mecanismos privados para resolução de disputas⁷⁸, sempre em conformidade com as disposições contratuais⁷⁹.

contratado e com o efetivo atendimento do interesse público; e vi) o sexto parâmetro se relaciona com a devida motivação do ato que autorizar a alteração, justificando que a adoção de medidas alternativas importaria em sacrifício insuportável ao interesse público. Ainda, identifica-se semelhança entre esses parâmetros definidos pelo TCU com os parâmetros definidos pelo artigo 43 n° 1 da Diretiva 2014/23/EU editada pelo Parlamento Europeu que define cinco hipóteses de alteração contratual sem a necessidade de realizar novo procedimento licitatório: i) modificações previstas nos documentos iniciais da concessão; ii) modificações decorrentes da necessidade de obras ou de serviços adicionais; iii) modificações decorrentes de alterações supervenientes e imprevisíveis; iv) modificações subjetivas do contratado; e v) modificações não substanciais. Já o artigo 43 n° 2 da Diretiva 2014/23/EU define critério de valor objetivo para modificações contratuais sem a necessidade de realizar novo procedimento licitatório, ainda que se trate de modificação substancial que requeresse novo procedimento licitatório. Por fim, o artigo 43, n° 4 da Diretiva 2014/23/EU define as modificações substanciais que obrigam a realização de novo procedimento licitatório. Constatou-se que as disposições previstas no artigo 43, n° 4, da Diretiva definem como modificações substanciais as alterações que tornem o contrato materialmente distinto daquele celebrado inicialmente, em conformidade com o princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto concedido. Cita-se a decisão do TCU e a diretiva editada pelo Parlamento Europeu em razão de sua capacidade de generalização e de sinalização de padrão de conduta replicável em situações semelhantes. Ademais, entende-se que alterações contratuais no início e no final da execução dos contratos de concessão deverão ser mais bem regulamentadas nos instrumentos contratuais, exigindo maior ônus argumentativo para justificar a alteração nesses momentos contratuais, em deferência ao princípio da concorrência.

⁷⁶ Segundo Andreia Costa (2016, p. 182-183): “50. As modificações que venham a ser introduzidas no contrato de concessão de serviços públicos e que se traduzam num incremento dos proveitos que o concessionário consegue retirar da concessão – como sucederá na maior parte dos casos de aplicação deste tipo de medidas – devem respeitar a partilha do risco no contrato, mantendo o risco de procura, tipicamente assumido por esta parte, na sua esfera jurídica. Não se trata aqui de assegurar que o concessionário recupera o seu investimento inicial mas, tão só, que este se *mantém de pé* e cumpre o contrato.”. Ainda, destaca-se a disposição do artigo 103, §4º, da Lei Federal nº 14.133/21.

⁷⁷ Conforme previsto no artigo 23, XV, da Lei Federal nº 8.987/95.

⁷⁸ Conforme previsto no artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95 e no artigo 11, III, da Lei Federal nº 11.079/04.

⁷⁹ A previsão nos instrumentos contratuais de mecanismos e de procedimentos (tais como negociação direta entre as partes, conciliação, mediação, *dispute board*, arbitragem, entre outros) para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão busca assegurar às partes previsibilidade procedimental no caso de surgimento de eventual controvérsia contratual e garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes que perturbem o equilíbrio dessas

A depender do caso, a adoção de mecanismos consensuais pode ser mais adequada pois as partes detêm melhor conhecimento sobre as particularidades do contrato⁸⁰. Além disso, esses mecanismos são naturalmente mais céleres, característica essa relevante especialmente em situações excepcionais como as ora analisadas, quando medidas urgentes podem ser necessárias para se mitigar danos potenciais⁸¹. Isso não afasta, no entanto, a possibilidade de a parte que se sentir prejudicada recorra à via judicial para resolução da controvérsia.

Soma-se a isso, ainda, a relevância da participação dos usuários dos serviços públicos nesses processos de revisão excepcional dos contratos de concessão, assegurando a esses usuários o direito de influírem ativamente na formação da decisão administrativa. A construção de soluções dialógicas, transparentes e consensualmente negociadas é determinante e indispensável ao atendimento do interesse público subjacente a esses contratos.

Ainda, no caso de se constatar a procedência do desequilíbrio causado pela materialização de evento qualificado como álea extraordinária, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser realizada em conformidade com os meios de recomposição previstos contratualmente⁸².

avenças. Em razão da extensão limitada deste tipo de publicação, no entanto, a análise mais detalhada desses mecanismos e desses procedimentos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão não integrou o objeto deste artigo.

⁸⁰ Destaca-se que no direito privado utiliza-se com frequência a expressão "contrato evolutivo" para se referir a mecanismos endocontratuais com a finalidade de assegurar a adequação e a continuidade de contratos de longa duração frente às contingências intrínsecas à realidade. Nesse sentido, a previsão de cláusula *hardship* nesses pactos impõe o dever de renegociação entre as partes no caso de alterações fáticas supervenientes que alterem as circunstâncias que determinaram o ajuste entre as partes (efeitos adversos da passagem do tempo). A inclusão dessas cláusulas obriga as partes a manifestarem nova vontade negocial, em conformidade com as novas circunstâncias fáticas. Para mais detalhes, consultar: COSTA, 2010; COSTA e NUSDEO, 1995; BANDEIRA, 2016a.

⁸¹ Segundo Andreia Costa (2016, p. 159-160): "No decurso de um contrato de concessão de serviços públicos, não podem, certamente, ignorar-se os efeitos prejudiciais que podem advir do facto de se abater uma situação de crise económica sobre concessionário. Como refere PEDRO GONÇALVES, *evitar todos estes pesados custos e prejuízos através de providências adotadas no momento certo, a um custo relativamente baixo, revela-se uma solução de proteção e de defesa do interesse público, e pode mesmo representar uma forma de boa governação pública fomentada ou estimulada pela crise.*".

⁸² Os mecanismos preferenciais para preservar e para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão são o reajuste e a revisão tarifária, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo. Apesar disso, esses mecanismos devem ser conciliados com o princípio da modicidade tarifária, previsto no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95. A depender do caso, portanto, a revisão tarifária, por exemplo, pode tornar a fruição do serviço público excessivamente onerosa ao usuário, situação na qual outros meios de recomposição do econômico-financeiro

Essas revisões excepcionais, conforme amplamente exposto neste tópico, devem ser analisadas sob rigoroso crivo técnico e jurídico, requerendo um ônus argumentativo mais denso e rigoroso por parte do técnico e do jurista que autorizá-las uma vez que essas revisões são realizadas em ambientes complexos, com incertezas, com ativos específicos, com racionalidade limitada dos agentes e com existência de comportamentos oportunistas dos indivíduos.

O adequado monitoramento, por parte do poder concedente, dos investimentos previstos no projeto concessório e da qualidade do serviço prestado pelo concessionário é determinante para distinguir pleitos de revisão contratual legítimos de pleitos oportunistas⁸³. Nesse sentido, por meio da inclusão dos mecanismos contratuais adaptativos e das estruturas de governança adequadas ao controle desses contratos, busca-se superar a ignorância informacional e afastar a manipulação estratégica pelas partes de assimetrias de

tornam-se mais adequados à recomposição do equilíbrio contratual e à continuidade do serviço. Assim, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nesses contratos pode ser realizada a partir de diversos mecanismos não tarifários, tais como a alteração do valor de outorga, a reprogramação de investimentos, a prorrogação de prazos, o pagamento de indenização, a autorização para obtenção de novas fontes de receitas, a alteração da contraprestação pública (se houver), o aporte de recursos públicos, entre outros. A título exemplificativo, destaca-se que os seguintes exemplos: i) a Lei Federal nº 14.034/2020 postergou o recolhimento de outorgas fixas e variáveis com vencimento no ano de 2020 até o dia 18 de dezembro de 2020 com a finalidade de mitigar os impactos da pandemia de Covid-19 na aviação civil brasileira e resguardar o fluxo de caixa das concessionárias de aeroportos; ii) na revisão extraordinária realizadas pela ANAC para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do Aeroporto de Salvador em razão dos impactos provocados pela pandemia de Covid-19, além dos valores devidos das outorgas, houve também a prorrogação da instalação de uma ponte de embarque (intervenção prevista nas obrigações de investimento da Fase I-C do contrato de concessão). Essa prorrogação foi aprovada pela ANAC, pois as outorgas devidas pela concessionária eram insuficientes para comportar as deduções do reequilíbrio previsto para este aeroporto; iii) na Espanha autorizou-se o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em razão dos impactos causados pela pandemia de Covid-19 por meio da prorrogação do prazo inicial até um máximo de 15% ou modificando as cláusulas de conteúdo econômico incluídas no contrato, conforme previsto no *Real Decreto-ley 8/2020*; iv) em Portugal, a *compensação ou reposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual somente poderá ser realizado por meio da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato*, conforme previsto no Decreto-Lei nº 19-A/2020; v) o artigo 7º da Lei Municipal de São Paulo nº 17.335/20 autorizou subvenção econômica às empresas de transporte urbano. Em razão da extensão limitada deste tipo de publicação, no entanto, esses mecanismos não serão analisados mais detalhadamente neste artigo.

⁸³ Lisandro Beck (2021, p. 114-116) realizou uma análise das revisões extraordinárias dos contratos de concessão de rodovias federais da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais e constatou que: “Do total de pleitos indeferidos [59 pleitos indeferidos, os quais constituíram 39% dos pleitos analisados pelo autor], ficou constatado que 46 pleitos foram identificados como de comportamento oportunista por parte das concessionárias, razão maior dos indeferimentos.”.

informações com a finalidade de auferir lucros que alterem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, afastando-se, por exemplo, pleitos oportunistas de revisões contratuais legítimas.

Requer-se, ademais, que a Administração assegure igualdade e isonomia a todos as partes que eventualmente sejam impactadas pela materialização de determinado evento extraordinário não alocado previamente entre as partes e que perturbe significativamente o equilíbrio econômico-financeiro contratual⁸⁴.

Por fim, nos próximos tópicos serão analisados a aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão e os casos de legislação específica autorizando a revisão desses contratos quando as bases objetivas desses negócios são significativamente impactadas por alterações supervenientes e alheias à vontade das partes.

Aplicabilidade subsidiária da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão

No caso da materialização de situações extraordinárias, cujas consequências impactem profunda e significativamente as bases objetivas do negócio, onerando excessivamente uma das partes do ajuste, deve-se analisar, inicialmente, se o contrato dispõe de procedimentos ou de metodologias aplicáveis à preservação do equilíbrio contratual nessas situações, conforme exposto nos tópicos anteriores deste artigo.

O regime econômico-financeiro dos contratos de concessão encontra estreita vinculação com a distribuição prévia de riscos entre as partes contratantes. Caso o evento desequilibrante tenha sido alocado previamente entre as partes, deve-se prestigiar as disposições previstas no contrato.

No entanto, pode ocorrer casos em que a alocação de riscos contratual tenha sido genérica ou omissa na alocação de determinados riscos ou tenha sido mal elaborada e desatenta às particularidades do objeto concedido. Nessa linha, segundo Letícia Alencar (2019, p. 197):

Uma matriz de riscos mal elaborada e desatenta às particularidades envolvidas no projeto será mais prejudicial à adequada execução dos contratos de concessão do que um contrato lacunoso, que possibilite a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, partindo da teoria das áleas, para a resolução de conflitos surgidos a posteriori. Isso se deve ao fato de que, caso o contrato aloque a uma das partes, de forma imprudente, risco que, na prática não pode ser atenuado ou neutralizado pela parte que

⁸⁴ Segundo Alexandre Aragão (2005, p. 303): “O que não deve se admitir é que a Administração Pública dê tratamento diverso aos co-contratantes que estejam passando pela mesma situação ou se porte com má-fé nas negociações, tentando impor condições mediante verdadeiras chantagens. Não seria, por exemplo, consentâneo com os Princípios da Moralidade e da Boa-fé que a Administração Pública condicionasse a prorrogação ao pagamento de valores atrasados a um contratado.”

deve suportá-lo, é possível que a contratação esteja fadada ao fracasso, porquanto, na hipótese de materialização do evento, a parte por ele responsável será impotente para equalizá-lo, de modo que a própria continuidade da prestação dos serviços estará comprometida.

Dessa forma, no caso de ausência de disposição contratual específica, ainda que remetendo a disposição sobre a matéria para regulação extracontratual, deve-se recorrer à aplicação subsidiária da Teoria das Áleas.

Frisa-se que essa aplicação subsidiária da Teoria das Áleas aos contratos de concessão somente deve ser realizada após uma análise sistemática das disposições previstas em cada contrato em concreto. A expressão “álea extraordinária” constitui conceito jurídico indeterminado, cuja interpretação deve ser realizada a partir de um processo de exclusão dos riscos previamente alocados entre as partes. Essa interpretação, portanto, deve ser realizada em conformidade com as particularidades de cada contrato, em especial à luz da matriz de riscos contratual⁸⁵.

Destaca-se, nesse sentido, entendimento recente exarado pela Advocacia Geral da União (AGU), por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU⁸⁶, no qual se qualificou a pandemia de covid-19 como evento de força maior ou de caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da Teoria da Imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão⁸⁷. Destaca-se que o reconhecimento da pandemia de Covid-19 como evento de força maior foi suficiente para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de vários contratos a partir da própria alocação de riscos contratual⁸⁸. Esse parecer, ademais, frisou a necessidade de se analisar

⁸⁵ Segundo Leticia Alencar (2019, p. 201): “É preciso destacar que essa redução do espectro da noção de álea extraordinária apenas se faz possível pelo fato de que os eventos nela enquadráveis constituem conceitos jurídicos indeterminados. Não é possível determinar, de forma apriorística, sem avaliar o teor de cada contrato de concessão específico, se determinado evento se enquadra, exemplificadamente, no conceito de teoria da imprevisão, caso fortuito ou força maior. É necessário avaliar a matriz de riscos contratual para que esse possa compreender se, à luz das particularidades envolvidas em concreto, determinado evento constitui um risco ou, do contrário, uma incerteza. Caso se trate de risco, será possível que o evento seja alocado a uma das partes do contrato, amoldando-se, assim, ao conceito de álea ordinária. Em se tratando de incerteza, será possível que, diante da impossibilidade de renegociação amigável do contrato entre as partes, haja espaço para a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro.”.

⁸⁶ Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>>. Acesso em 14.05.2022.

⁸⁷ Conforme conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU: “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.”.

⁸⁸ A título exemplificativo, nos contratos decorrentes dos editais n^{os} 001/2008 e 001/2011

antecipadamente e de se respeitar a repartição objetiva de riscos definida no contrato⁸⁹.

Ressalta-se que a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos encontra-se pacificada no ordenamento jurídico brasileiro⁹⁰.

– Parte VII, ambos elaborados pela ANTT, a concessionária é responsável pelos riscos de caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, enquanto o poder concedente responde pelos riscos de caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência (ver cláusulas 19.1.2 e 19.1.3 do Edital nº 001/2008 e 19.1.13 e 19.2.4 do Edital nº 001/2011 – Parte VII; contratos disponíveis em: <<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/9f365606-cdfc-731f-42dd-97f581afd59d>> e <<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2393328/Contrato.pdf/ba874a0f-23e8-9c62-ef21-2124bd5008d7?t=1613694466970>>, respectivamente). Assim, uma vez reconhecida a pandemia de Covid-19 como evento de força maior, a própria alocação de riscos contratual foi suficiente para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Destaca-se, por fim, que no Edital nº 02/2021 – Parte VII, elaborado pela ANTT após o reconhecimento da pandemia de Covid-19 como evento de força maior, houve maior detalhamento conferido à alocação de riscos contratual, especialmente em relação à subcláusula de alocação de riscos decorrentes de eventos de força maior e de caso fortuito, a qual se destaca a seguir: “19.1 [...] a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: [...] 19.1.18 caso fortuito e força maior, desde que o fator gerador seja segurável no Brasil por, no mínimo, duas seguradoras, considerando o prazo de um ano anterior à data da ocorrência, conforme registrado na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou órgão que venha a substituí-la; [...] 19.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, observando-se o disposto na subcláusula 20.5.4, (v): [...] 19.2.3 caso fortuito ou força maior, a exemplo dos eventos de guerras nacionais ou internacionais que envolvam diretamente a execução contratual, atos de terrorismo, contaminação nuclear, química ou biológica, salve se decorrentes de atos da Concessionária, embargo comercial de nação estrangeira ou pandemia, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil considerado o prazo de um ano anterior à data da ocorrência por, no mínimo, duas seguradoras, conforme registrado na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou órgão que venha a substituí-la; 19.2.4 alterações na legislação e regulamentação ou superveniência de jurisprudência vinculante, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;” (contrato disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/cadccb47-2455-9b75-4d64-6c0a796199ba>>).

⁸⁹ Conforme conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU: “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.”.

⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal já admitia a aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos administrativos desde 1968, conforme se verifica no RE 64.152/GB, Rel. Min.

Nessa linha, a doutrina administrativista brasileira majoritariamente apresenta as seguintes características necessárias à aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos⁹¹: i) o evento seja superveniente, imprevisível, alheio à vontade das partes e extracontratual ou extraordinário; (ii) as consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis, desequilibrando o contrato em razão de excessiva onerosidade para uma das partes; e (iii) o contrato seja de execução continuada ou de execução diferida.

Diante disso, embora seja notória a alteração paradigmática contemporânea do arbitramento *ex post* dos riscos nos contratos de concessão para o arbitramento *ex ante*, constata-se que, em razão da natureza não-ergódica da realidade, não se pode afastar a aplicabilidade subsidiária da Teoria das Áleas⁹² e da Teoria da Imprevisão nos contratos de concessão. Nessa linha, segundo Letícia Alencar (2019, p. 200):

[...] a tradicional teoria das áleas, que autoriza a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro diante da ocorrência de eventos subsumíveis ao conceito de álea extraordinária e que desestabilizem o sinalagma contratual, continua sendo aplicável, sobretudo em função da impossibilidade de equacionamento, no próprio contrato, de todas as incertezas envolvidas na contratação. Contudo, apenas será possível identificar os eventos que, em concreto, se enquadram nas noções de álea extraordinária (administrativa ou econômica) a partir da exclusão dos eventos especificamente repartidos entre as partes contratualmente e que, por essa razão, constituirão álea ordinária. Diante disso, entendo que a teoria das áleas pode conviver, harmonicamente, com cláusulas contratuais que aloquem riscos específicos a cada uma das partes envolvidas na contratação.

Eventual solução contratual que não acolhesse o núcleo da imprevisão importaria a uma das partes o dever de absorver integralmente os impactos excessivamente onerosos impostos pela materialização de eventos

Oswaldo Trigueiro, DJ 23/08/68 e no RE 64.231/SP, Rel. Min. Adauto Cardoso, DJ 26/09/69. Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça também reconhece a aplicação desta teoria, conforme se destaca os seguintes julgados: REsp 120.113/MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.2000, p. 14; REsp 216.018/DF, Rel. Min. Fraciuilli Neto, DJ 10/09/2001, p. 370; REsp 361.694/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 25/03/2002, p. 281.

⁹¹ Cita-se também decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.129.738/SP que apresenta os requisitos para aplicabilidade da Teoria da Imprevisão: “3. É requisito para a aplicação da **teoria da imprevisão**, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato.”, grifos nossos.

⁹² Destaca-se, no entanto, que há autores que discordam dessa hipótese. Cita-se, a título exemplificativo, Fernando Guimarães (2019, p. 101): “[...] as leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04/2004, embora estabeleçam o arbitramento de certos riscos, não acolheram a teoria das áleas, preceituando, alternativamente, a alocação eficiente dos riscos (incisos I e VI do art. 4º e inciso III do art. 5º da Lei nº 11.079/2004).”.

extraordinários, os quais não estão sob o controle das partes contratantes, e implicaria em gravosa injustiça ou iniquidade a uma das partes contratantes, em desconformidade com as bases relacionais dos contratos de concessão.

Quando os mecanismos endocontratuais são insuficientes para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pode ser oportuno e conveniente a revisão dos termos contratuais para a conservação do negócio jurídico e para a preservação da equidade e da justiça contratual diante de alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo. Pode ser mais adequado ao interesse público a continuidade do contrato, ainda que em novas bases objetivas, do que sua extinção, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo.

Frisa-se, ademais, que não se deve admitir solicitações de revisão fundamentadas genericamente na Teoria da Imprevisão para justificar qualquer desequilíbrio contratual ou para compensar fatos ou eventos decorrentes de ineficiência empresarial. No caso de alterações abruptas e alheias à vontade das partes que impactem substancialmente as bases objetivas do negócio e onerem excessivamente uma das partes, essa deverá, entre outros requisitos: i) identificar o fato ou o evento gerador do impacto (ou conjunto de fatos geradores); ii) demonstrar técnica e juridicamente o desequilíbrio econômico-financeiro causado no contrato, resultando em onerosidade excessiva; iii) demonstrar o nexo de causalidade entre o fato ou evento gerador e o desequilíbrio econômico-financeiro causado no contrato; iv) demonstrar que o fato ou o evento gerador foi alheio à vontade da parte sobreonerada; v) apresentar as medidas adotadas para mitigar o desequilíbrio econômico-financeiro alegado. Em geral, esses requisitos são requeridos pelas resoluções que regulam a revisão extraordinária nos contratos de concessão editadas pelas agências reguladoras federais, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo.

Destaca-se que a disposição prevista no artigo 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 124, II, “d”, da Lei Federal nº 14.133/21⁹³, apesar de reconhecer implicitamente a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos regidos por essas legislações, não atribuiu explicitamente à Administração a responsabilidade integral pelos danos

⁹³ Embora haja controvérsia acerca da aplicabilidade subsidiária do disposto no artigo 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 124, II, “d”, da Lei Federal nº 14.133/21 aos contratos de concessão, entende-se que, no caso de ausência de disposição contratual específica e de disposição legal (legislação setorial) e infralegal (regulamentação editada pelas agências reguladoras) específica e apta a solucionar a controvérsia, a solução prevista nesses dispositivos aplica-se subsidiariamente aos contratos de concessão e remete a resolução da controvérsia ao acordo entre as partes.

causados pelo evento gravoso⁹⁴, superveniente e imprevisível, limitando-se a estabelecer que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato deveria ser restabelecido por acordo entre as partes⁹⁵.

Assim, embora se admita o acordo entre as partes para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, constata-se a inexistência prévia de procedimentos ou de metodologia aplicáveis nessas situações. Entende-se que nesses casos, os procedimentos ou a metodologia utilizada para se recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão também devam ser definidos por meio de acordo⁹⁶ entre as partes ou definidos por meio de regulamentações editadas pelas agências reguladoras ou pelo poder concedente⁹⁷, desde que, nessa última hipótese, seja assegurada a participação dos interessados na definição dos procedimentos e da metodologia aplicável⁹⁸.

⁹⁴ Segundo Di Pietro (2020, p. 108-109): “No caso da teoria da imprevisão, em que o desequilíbrio não é imputável a nenhuma das partes, entendo possível que o prejuízo se reparta, tal como ocorre no direito francês, uma vez que na concessão de serviço público, pela própria natureza do contrato, o concessionário assume um empreendimento ‘por sua conta e risco’; não há que se invocar o art. 37, inciso XXI, da Constituição, que não faz qualquer referência a esse tipo de contrato, disciplinado por outro dispositivo da Constituição (art. 175).”

⁹⁵ Conforme defende Letícia Alencar (2019), a renegociação não se confunde com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro decorre do atendimento e da preservação das condições contratuais, conforme noção formal de equilíbrio disposta no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95. A observância dessa garantia pode, inclusive, dar-se de forma coercitiva a partir de recurso à via judicial pela parte prejudicada. A renegociação, por sua vez, decorre de procedimento deliberado e consensual entre as partes contratantes para a revisão das condições contratuais alteradas abrupta e substancialmente.

⁹⁶ Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 25): “a. A Administração Pública pode, ao confeccionar o contrato (e seu edital), realizar uma repartição dos riscos da álea econômica extraordinária que seja conforme às conveniências e características dos contratos regidos pela lei geral de licitações. Se isso ocorrer, a álea passará a ser ‘contratual’ e deixará de se submeter ao tratamento legal geral (infra). b. Caso não tenha havido alocação da álea econômica extraordinária (o que a torna ‘extracontratual’), ela receberá a disciplina presente no dispositivo de que se cuida, qual seja: seus impactos no contrato deverão ser objeto de negociação das partes, tendo por parâmetro (e limite) o equilíbrio econômico-financeiro original.”

⁹⁷ A opção por acordo entre as partes pode ser mais adequada em situações nas quais exista um número reduzido de partes interessadas, situação na qual essa metodologia se apresenta mais eficiente e célere à resolução da controvérsia. Já a opção por regulamentação editada pelo poder concedente ou pelas agências reguladoras pode ser mais adequada em situações que envolvam um número maior de partes interessadas, na qual essa metodologia assegura isonomia e racionalidade na definição de solução à controvérsia.

⁹⁸ Destaca-se que a elaboração da Resolução nº 5.954/21 pela ANTT para estabelecer a metodologia para o cálculo dos impactos causados pela pandemia de coronavírus e para

Ainda, destaca-se que, caso não se chegue a um consenso sobre a admissibilidade da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou caso uma das partes não aquiesça com os procedimentos ou com a metodologia definida para recomposição do contrato, a parte que se julgar prejudicada pode recorrer à via arbitral ou judicial para solução da controvérsia.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão assume papel subsidiário à alocação de riscos contratual, como elemento integrador, no caso de materialização de eventos não previstos nas matrizes de riscos e não disciplinados nos instrumentos contratuais.

Revisão autorizada por legislação específica ou por ato infralegal

A edição de legislações e de atos infralegais autorizando e disciplinando as renegociações em contratos de concessão decorre, entre outros fatores, da resistência de parte da doutrina e de órgãos de controle ao uso de procedimentos consensuais para a resolução de controvérsias. Essa resistência, em parte, deriva da desconfiança prévia dessas negociações entre concessionária e poder concedente em razão da existência de assimetrias informacionais e de comportamentos oportunistas entre as partes que podem comprometer o equilíbrio desses acordos em desfavor do usuário e do interesse público.

Essa desconfiança pode ser mitigada a partir da adequada disciplina nos instrumentos contratuais de mecanismos amigáveis ou privados de solução de divergências contratuais e de critérios e de procedimentos gerais aplicáveis em situações de alterações abruptas e extraordinárias que impactem profunda e significativamente as bases objetivas e as circunstâncias que motivaram as partes a conformar o negócio jurídico⁹⁹, com a finalidade de assegurar às partes previsibilidade procedimental no caso de materialização desses eventos, de

a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária possibilitou ampla participação das partes interessas no aprimoramento dessa metodologia.

⁹⁹ Segundo Andreia Costa (2016, p. 88-89): “Com efeito, os contratos de concessão de serviços públicos podem conter, no seu clausulado, disposições em matéria de adaptação do contrato em caso de alteração das circunstâncias – não raras vezes, traduzidas numa mera transcrição dos preceitos legais aplicáveis –, como podem conter disposições em matéria de distribuição do risco, fazendo repercutir as consequências de determinadas circunstâncias na esfera do concessionário. Porém, e na linha do que já ficou dito *supra*, estas cláusulas não podem afetar o núcleo essencial do instituto da alteração das circunstâncias, fazendo incidir sobre o particular as consequências de factos verdadeiramente imprevisíveis, sob pena de violação dos princípios da justiça e da boa fé, além do princípio da legalidade. Em tudo o resto, dentro dos limites legalmente estabelecidos, as referidas cláusulas de alteração das circunstâncias são admitidas e deverão, naturalmente, ser tidas em consideração aquando da ponderação da adaptação do contrato na sequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar.”

garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes que perturbem o equilíbrio dessas avenças e de evitar futuras renegociações indesejáveis, as quais podem gerar excessivos custos de transação *ex post* e estimular comportamentos oportunistas entre as partes. Nesse sentido, segundo Letícia Alencar (2019, 162-164):

[...] existem limites e pressupostos que devem ser observados para que tais modificações sejam realizadas. Neste sentido, não devem as partes, a pretexto de renegociar o ajuste, buscar, em verdade, implementar modificações despropositadas, isto é, que não sejam necessárias para a adequada prestação dos serviços, ou transfigurar o objeto do contrato, frustrando os objetivos da licitação. Além disso, a lisura no comportamento das partes é premissa que deve ser observada em tais processos de renegociação. Condutas oportunistas não se coadunam com o direito posto. Isso impõe que o poder público atue em conformidade com os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, sendo necessário que, no contexto de eventuais renegociações, de um lado, não negligencie o interesse dos usuários durante, devendo a Administração Pública se posicionar como curadora destes interesses e oportunizar espaço para a participação democrática, por meio, por exemplo, de audiências e consultas públicas voltadas à discussão das propostas de alteração aos instrumentos de outorga, e, de outro, não cerceie a autonomia da vontade dos concessionários, impondo que sua concepção de justiça substancial subjetiva prevaleça, independentemente da concordância do contratado. Da mesma forma, não deve o concessionário se valer de expedientes ímprobos ou lançar falsas justificativas para convencer a Administração Pública quanto à necessidade da modificação. A má-fé pode invalidar o ato, por tornar insubsistente o motivo subjacente à alteração, e não é apta a ser convalidada.

O reconhecimento da previsibilidade das mudanças nos contratos de concessão e a contratualização de procedimentos aplicáveis quando essas mudanças se materializarem constituem elementos necessários para se assegurar a continuidade na prestação adequada desses serviços e a segurança jurídica requerida nesses contratos.

Apesar disso, constata-se que a opção pela edição de legislações e de atos infralegais autorizando e disciplinando as renegociações em contratos de concessão ainda se apresenta como solução bastante utilizada para afastar eventuais questionamentos acerca da legalidade desse meio jurídico aplicável à revisão contratual¹⁰⁰.

Nesse sentido, destaca-se a edição da Lei Federal nº 13.448/17 que

¹⁰⁰ Segundo José Junior (2016, p. 139): “A autorização legislativa específica, em teoria, não é necessária, porém pode ser a opção tratada para um espectro restrito das prorrogações, notadamente as de cunho impróprio, para que reflita no pacto concessório. Nesse particular, temos que a autorização legislativa específica não depende, imperativamente, de ser proferida em período antecedente à formulação do contrato, podendo ser constituída, nessa situação particular de incidência posterior à celebração do contrato de concessão, como um fato do príncipe.”

estabelece diretrizes gerais para a negociação de prorrogações¹⁰¹ e de relições de contratos de concessão nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Na mesma linha, o Estado e o Município de São Paulo editaram as leis n^{os} 16.933/19 e 17.731/22, respectivamente, as quais também estabelecem diretrizes gerais para a negociação de prorrogações e de relições dos contratos de concessão estaduais e municipais de São Paulo¹⁰².

Ainda, a ANTT editou a Resolução n^o 5.860/19, que estabeleceu a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais, e a Resolução 5.926/21, que estabeleceu as diretrizes para encerramento, para relição e para extensão dos contratos de concessões rodoviárias federais.

Flávio Garcia (2017) e Fernando Guimarães¹⁰³ analisaram casos em que houve a celebração de contratos de concessão em cenários de estabilidade macroeconômica, mas que o início de suas execuções ocorrera em situações de abrupta mudança na conjuntura econômica do país¹⁰⁴.

Em razão dessas alterações na conjuntura política e econômica do Brasil, que resultaram em dificuldades das concessionárias em adimplir com essas obrigações, especialmente em relação à dificuldade em obter empréstimos de longo prazo e em efetuar o pagamento de outorga contratual, o Governo Federal editou a Medida Provisória n^o 779/17 (convertida na Lei Federal n^o 13.499/17)

¹⁰¹ Segundo disposições dessa legislação, admite-se a prorrogação antecipada em razão do término do ajuste, quando expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado com a finalidade de incorporar novas tecnologias e serviços e, conforme o caso, novos investimentos. Segundo José Júnior (2016, p. 142): “Outra hipótese de ativação da cláusula prorrogatória está tratada na possibilidade de empregar a prorrogação do prazo de vigência, nesse caso numa forma imprópria, a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, quando este for desnivelado, no aspecto econômico, por fato superveniente à celebração da concessão que atinja o adequado balanceamento das condições efetivas da proposta apresentada pelo concessionário.”.

¹⁰² Ambas preveem o uso da prorrogação contratual para mitigar desequilíbrios econômico-financeiros, conforme artigo 5^o da Lei Estadual n^o 16.933/19 e artigo 5^o da Lei Municipal n^o 17.731/22.

¹⁰³ GUIMARÃES, Fernando V. **Crise macroeconômica e reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.**

¹⁰⁴ Segundo Flávio Garcia (2017, p. 38): “O desafio que ora se enfrenta é lidar com a ocorrência de um evento superveniente (a notória crise da economia brasileira) e o seu impacto nas bases objetivas do contrato, acarretando onerosidade excessiva para uma das partes, bastante o suficiente para provocar abalos extraordinários nos riscos contratualmente assumidos e vergar o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido.”.

que estabeleceu critérios para a negociação entre as partes e para a celebração de aditivos alterando o cronograma de pagamentos das outorgas nos contratos de concessão do setor aeroportuário¹⁰⁵. Na mesma linha, também foi editada a Medida Provisória nº 800/17, que autorizou a ANTT a realizar, de comum acordo com as concessionárias, a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais cujos contratos prevejam concentração de investimentos em seu período inicial, uma única vez, observadas as diretrizes estabelecidas na medida provisória¹⁰⁶. Segundo José Júnior (2016, p. 110):

A prorrogação consensual é dependente da manifestação de vontade de ambas as partes, concessionário e Poder Concedente, para ser exteriorizada. Constitui a regra geral das prorrogações, estimulada pelo próprio caráter relacional extraído do contrato de concessão. O consenso prescreve a necessidade de observar um processo administrativo, funcional e dialogado, com plena audiência das partes interessadas, para que se colha tais manifestações de vontade, se faça a avaliação das especificidades das situações fáticas e dos cumprimentos das exigências contratuais e se efetive um acerto entre os pares, com ato conclusivo completo, a fim de autorizar a fluência do prazo prorrogado da concessão e disciplinar, e atualizar, os contornos de todas as obrigações que passarão a reger o período prorrogado.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de celebrar termo de compromisso para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, consagrando a consensualidade na resolução de questões administrativas contenciosas, conforme previsto no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Nessa linha, cita-se a Resolução nº 5.823/18, editada pela ANTT, que dispõe sobre requisitos e procedimentos para celebração e acompanhamento de Termos de Ajustamento de Conduta para a correção ou a compensação de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares.

Cita-se, também, a Resolução nº 5.954/21, editada pela ANTT, que

¹⁰⁵ Destaca-se que o artigo 2º, § 1º, desse diploma legal prevê que: “Art. 2º A alteração do cronograma observará as seguintes condições: [...] §1º A observância das condições dispostas nesta Lei não implica alteração das condições do contrato de parceria, considerando-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.”.

¹⁰⁶ A Medida Provisória nº 800/17, no entanto, não foi convertida em lei e perdeu sua eficácia por decurso de prazo. Segundo Gabriela Pinto: “Várias concessionárias de rodovias solicitaram, com base na MP, a reprogramação dos seus investimentos. Na prática, em vista dos diversos problemas que atingiram os contratos de concessão da 3ª Etapa do Programa Federal de Rodovias – os contratos de concessão celebrados entre 2012 e 2014 – essa reprogramação era uma questão de sobrevivência para várias dessas concessões. A melhor prova disso é que concessionárias que pleitearam a reprogramação – e cujos pedidos sequer foram apreciados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (‘ANTT’) – estão sendo na prática compelidas a pleitear a devolução das concessões para relicitação.”. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/a-medida-provisoria-80017-e-a-indenizacao-por-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em 24.05.2022.

estabelece a metodologia para o cálculo dos impactos causados pela pandemia de coronavírus e para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária.

Nesse sentido, ressalta-se ainda a inclusão nos últimos contratos modelados pela ANAC de cláusula de “proposta apoiada”¹⁰⁷ com a finalidade de incentivar a negociação entre aeroportos e empresas aéreas na definição de aspectos tarifários, de parâmetros da concessão e de compromissos e de obrigações contratuais¹⁰⁸.

Constata-se, portanto, que a renegociação em contratos de concessão não se trata de medida heterodoxa, mas impõe-se como mais um recurso à disposição das partes para garantir a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes, a continuidade adequada da prestação dos serviços públicos e a segurança jurídica requerida nessas relações¹⁰⁹.

CONCLUSÃO

A alocação eficiente, objetiva e racional dos riscos entre as partes e a previsão *ex ante* de mecanismos de integração de lacunas nos contratos de concessão são condições necessárias, mas não suficientes, para proteger esses contratos contra a incerteza do futuro e assegurar o sucesso do empreendimento ao longo de sua execução. Alterações tecnológicas, técnicas, sociais, econômicas, políticas, ambientais, regulatórias, entre outras, são intrínsecas à dinâmica dos contratos de concessão. Assim, a própria racionalidade econômica

¹⁰⁷ Conforme esclarecimentos apresentados no documento “Audiência pública nº 11/2018”, a ANAC informa que: “[...] a Proposta Apoiada abre a possibilidade de que as tarifas sejam estabelecidas por meio de negociação e acordo entre aeroporto e empresas aéreas, surgindo espaço para variarem ao longo do tempo em função de diversos fatores – inclusive dos custos. Outro ponto fundamental que esse mecanismo visa não impedir é a capacidade de inovação do mercado. Em contratos de longo prazo – tipicamente incompletos – é natural que muitos fatores não sejam totalmente previsíveis (alguns são de fato totalmente imprevisíveis).”. Documento disponível em: <<https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias/2018/aud-11/AnexoAPI12018AspectosdeRegulaoEconmica.pdf>>. Acesso em 20.05.2022.

¹⁰⁸ Destaca-se que a proposta apoiada foi inclusa na Seção III – Da Proposta Apoiada do Contrato nº 003/ANAC/2019 – Sudeste como mecanismo para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Contrato disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-sudeste/documentos-relacionados/contrato-assinado/contrato-003-anac-2019.pdf/view>>. Acesso em 23.05.2022.

¹⁰⁹ Segundo Leonardo Ribeiro (2016, p. 243-244): “[...] sem abandonar a lógica jurídica tradicional, muitas vezes reduzida apenas a uma avaliação de legalidade/ilegalidade das questões concretas que se põem, assimilar o direito administrativo como caixa de ferramentas importa também em perceber seu papel-chave na consistência dos arranjos jurídicos para instrumentalizar os objetivos esperados, à luz dos incentivos que são capazes de produzir.”.

e jurídica desses contratos impossibilita uma atribuição prévia e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na execução desses contratos.

Compreender o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão como imutável, estático e hermético em relação às contingências da realidade implicaria no esvaziamento e no reducionismo desses ajustes. Os contratos de concessão são estruturas normativas complexas, relacionais, de longa duração e incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações.

Nesse sentido, apesar da evolução na alocação de riscos nos contratos de concessão contemporâneos, a Teoria das Áleas Contratuais e a Teoria da Imprevisão ainda assumem papel subsidiário na alocação de riscos contratual, como elemento integrador, no caso de materialização de eventos não previstos nas matrizes de riscos e não disciplinados nos instrumentos contratuais

Eventual solução contratual que não acolhesse o núcleo da imprevisão impor a uma das partes o dever de absorver integralmente os impactos excessivamente onerosos impostos pela materialização de eventos extraordinários, os quais não estão sob o controle das partes contratantes. Essa hipótese reduziria a previsibilidade nessas relações contratuais complexas e de longa duração, aumentando substancialmente os custos na execução desses contratos, em desfavor dos usuários do serviço público, e, no limite, tornaria essas relações inviáveis diante da necessidade de se internalizar incertezas em contratos naturalmente incompletos e relacionais

Eventos extraordinários e/ou extracontratuais, como a pandemia de Covid-19, são caracterizados por uma incerteza extrema, cujos impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão assumem magnitudes distintas a depender do setor econômico de cada negócio e podem afetar negativamente ambas as partes contratantes; sem que, no entanto, nenhuma delas tenha dado causa ao desequilíbrio.

Nesses casos, quando os mecanismos endocontratuais são insuficientes para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pode ser oportuno e conveniente a revisão dos termos contratuais para a conservação do negócio jurídico e para a preservação da equidade e da justiça contratual diante de alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo. Pode ser mais adequado ao interesse público a continuidade do contrato, ainda que em novas bases objetivas, do que sua extinção.

Nesse sentido, em regra, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro é preferível à sua resolução em face da valoração

axiológica dos princípios da continuidade do serviço público e da conservação dos negócios jurídicos. Pode, no entanto, haver casos em que a extinção ou a rescisão do contrato seja jurídica e economicamente mais adequada à situação em concreto, conclusão que apenas pode ser alcançada a partir da análise individual de cada contrato à luz de suas particularidades.

A compreensão da mutabilidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão é necessária para se assegurar a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente as diferentes circunstâncias e contingências possíveis de materialização durante a execução desses contratos. Essa característica, em conjunto com o elemento de estabilidade constituído pela matriz de riscos contratual e pelas demais disposições contratuais, atribuem aos contratos de concessão racionalidade econômica e jurídica distinta dos contratos ordinários elaborados por meio da Lei Federal nº 8.666/93 e da Lei Federal nº 14.133/21, em especial à conformação da equação econômico-financeira.

Portanto, a eficácia dos contratos de concessão está diretamente relacionada com a qualidade da regulação e da governança desses contratos e com a capacidade de se conceber sistemas de incentivos eficientes que condicionem econômico e juridicamente a prestação desses contratos ao atendimento das finalidades públicas requeridas com a contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENCAR, Leticia Lins de; **Entre riscos e incertezas: onde se enquadra o COVID-19?** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). *Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV - contratos administrativos - controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 61-70. p. 66.
- ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. **Equilíbrio na Concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- AMARAL, A. C. Cintra. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- ANDRADE, Letícia Queiroz. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Marelhos, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo**. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias públicos-privadas: Instrumento de uma nova Governança**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 211, p. 21-29, jan./mar., 1988.
- BANDEIRA, Paula Greco. **As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos**. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 1031-1054, set./dez. 2016a.
- BECK, Lisandro Cogo. **Contratos de Concessões de Rodovias Federais: Análise dos pedidos de Revisões Extraordinárias com vistas ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro**. Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Profissional em Economia do Setor Público da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/41363/1/2021_LisandroCogoBeck.pdf>. Acesso em 20.05.2022.
- 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.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- CELLA, J. R. Gaziero. **Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2012.
- COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais**. In Revista de Direito Mercantil, nº 97. São Paulo: RT, Janeiro/Março 1995.
- COSTA, Judith Martins. **A cláusula hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração**. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, p. 15, abr./jun. 2010.
- DA COSTA, Andreia Duarte. **Modificações objetivas do contrato de concessão de serviços públicos num cenário de crise**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.
- DAVIDSON, Paul. *Inflation, Open Economies and Resources: The Collected Writings of Paul Davidson*. DAVIDSON, Louise (Ed.) Springer, 1991.
- DAVIDSON, Paul. *Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post Keynesian*
- ROSA, L. F. de F. *Mutabilidade nos contratos de concessão*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 9, nº 2, p. 92-143, outubro de 2023.

- Perspective*. Journal of Economic Perspectives, 5(1), 129–143, 1991b.
- DAVIDSON, Paul. *Uncertainty, International Money, Employment and Theory: Volume 3: The Collected Writings of Paul Davidson*. DAVIDSON, Louise (Ed.) Springer, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.
- FARIAS, André L. de A. **Cláusula de relevância em contratos de concessão: Um estudo de caso no setor aeroportuário**. Coletânea de Pós-Graduação [Governança e Controle da Regulação em infraestrutura], 2019. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/clausula-de-relevancia-em-contratos-de-concessao-um-estudo-de-caso-no-setor-aeroportoario.htm>>. Acesso em 28.12.21.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n. 7 ago./out., 2006.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. Revista dos Tribunais, 4.^a edição revista, 2019.
- GARCIA, Flávio Amaral. **A imprevisão na previsão e os contratos concessionais**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 109-124.
- GARCIA, Flávio Amaral. **A imprevisão na previsão e os contratos concessionais**. In: *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil / Organização Joísa Campanher Dutra, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio*. - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Coimbra, Ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. Universidade de Coimbra, 2019.
- GASIOLA, G. G. (2014). **Regulação de infraestrutura por contrato**. Revista Digital De Direito Administrativo, 2(1), 238-256, 2014.
- GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. *Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts*. Sydney, 2016.
- GÓMES-IBANEZ, José A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA,

- José Azevedo. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2016.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007.
- GUASCH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right**. Washington D.C: The World Bank, 2004.
- GUIMARÃES, Fernando V. **Crise macroeconômica e reequilíbrio econômico-financeiro da concessão**. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabrp.org.br/?artigo=crise-macroeconomica-e-reequilibrio-economico-financeiro-da-concessao&HTML#_ftn1>. Acesso em 25.05.2022.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-117.
- HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora JusPodivm, 3ª ed, 2022.
- HOEPPFNER, Hélène. **La Modification du contrat administratif**. Paris: LGDJ, 2009.
- JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. In: Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger. Paris: Marcel Giard, 1930.
- JUSTEN FILHO, Marçal Juste. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01.05.2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Imprevisão, equilíbrio econômico-financeiro e fato do príncipe nas concessões de serviços públicos**. 2020a. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-05/concessoes_e_imprevisao.pdf>. Acesso em 11.12.2021.
- LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público**. 2020b. Disponível em: <
- ROSA, L. F. de F. **Mutabilidade nos contratos de concessão**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 9, nº 2, p. 92-143, outubro de 2023.

<https://ceri.fgy.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-protége-o-eef-formatado.pdf>>. Acesso em 11.12.2021.

- MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Oxford University Press, 2001.
- MARQUES JUNIOR, José J. **Prorrogação de concessões de serviços públicos**. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SAVIOLI, Anna Beatriz. **Equilíbrio contratual na concessão em meio à pandemia. O extraordinário não pode ter tratamento ordinário**. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO; CARMEN SILVIA L. DE ARRUDA; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND (Coordenadores). *Direito em tempos de Crise – Covid 19 – Volume 4 – Contratos Administrativos – Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)**. Coimbra: Almedina, 2015.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº11.079/2004. 2009**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella P. **Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR)**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, 2014. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009

-17h08m.pdf>. Acesso em 24.12.2021.

- NOBREGA, Marcos. **Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.
- NÓBREGA, Marcos; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica**. 2020.
- OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.
- PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. **Parcerias Público-Privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira**. In: Cadernos EBAPE.BR, v.5, n.2, pp. 1-14, Jun 2007.
- PEREZ, Marcus Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, 2006.
- PINTO, Marcos Barbosa. **Repartição de riscos nas parcerias público-privadas**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.13, n.25, p. [155]-181, jun. 2006.
- PORTO NETO, Benedicto Pereira. **Concessão de Serviço Público no Regime da lei n. 8.987-95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1988.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. 2011. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>>. Acesso em 08.12.2021.
- ROSA, L. F. de F. **Contratos incompletos e infraestrutura: Uma perspectiva entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo**. Revista Simetria Do Tribunal De Contas Do Município De São Paulo, 2(10), 188-217, 2022. Disponível em: <<https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/153>>.
- SOUZA, Ana Paula P. de. **Mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões rodoviárias federais**. Dissertação apresentada à Universidade Católica de São Paulo, 2021.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. **As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

- TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. Revista De Direito Administrativo, 63, 1-15, 1961. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455/20209>>. Acesso em 15.12.2021.
- TERRA, A. M. V; BANDEIRA, P. G. **A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos**. Revista Brasileira de Direito Civil, v.6, out/dez 2015.
- VIANA, Felipe Benedito; SOUZA, Henrique Carvalho de; BRANDÃO, Renan. **A utilização de plano de negócios como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias**. Revista do BNDES, n. 46, 2016, p. 163-210.
- WALD, Aroldo. **O Direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro**. Revista dos Tribunais, v. 866, p. 11-23, dez. 2007.
- ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>