



MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
SECRETARIA DE FOMENTO, PLANEJAMENTO E PARCERIAS
DEPARTAMENTO DE ESTRUTURAÇÃO E ARTICULAÇÃO DE PARCERIAS

OFÍCIO Nº 3/2020/DEAP/SFPP

Brasília, 09 de abril de 2020.

À Senhora

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA

Consultora Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura

Ministério da Infraestrutura

Assunto: Efeitos da crise provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Senhora Consultora,

1. Ante a declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS) de que a disseminação global do novo coronavírus consistia em pandemia, realizada em 11/03/2020, uma série de medidas foram tomadas pelos países mundo afora, que registraram casos de contaminação pelo vírus, entre elas a chamada quarentena, que consiste no isolamento social da população, para diminuir e desacelerar o rápido contágio viral.
2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias.
3. Foi inclusive necessária a aprovação pelo congresso do DECRETO LEGISLATIVO Nº 6, DE 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública e que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibiliza às metas fiscais para custear ações de combate à pandemia.
4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas.
5. Segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas – ABEAR –, suas empresas afiliadas já registraram, em média, queda de 75% na demanda por voos domésticos e redução de 95% nas viagens internacionais, em relação ao mesmo período de 2019, diferença que foi associada ao avanço da pandemia de COVID-19^[1].
6. Essa Associação informou, ainda, que as companhias aéreas estão operando, desde o dia 28/03/2020, a malha essencial divulgada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC – de 1.241 voos semanais para as capitais dos 26 estados mais o Distrito Federal, além de outras 19 cidades, que corresponde a 8,4% da operação das empresas nacionais no mesmo período de 2019, quando a frequência por semana era de 14.781 voos. Na comparação com a semana de 20-jan-2020 (pré-crise), o número de assentos ofertados reduziu 85,9% no Brasil.
7. De acordo com levantamento realizado pela Confederação Nacional de Transportes – CNT –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte-COVID-19”^[2], 90% do setor de transporte foi afetado negativamente pela pandemia provocada pelo novo coronavírus, em decorrência da queda de demanda e de receita; 71,1% das transportadoras estão enfrentando problemas de caixa e severo comprometimento da capacidade de realizar os pagamentos correntes como, por exemplo, a folha de pagamentos e os fornecedores; 53,7% delas têm recursos para, no máximo, um mês de operação, sendo que 28,2% não suportam 30 dias sem apoio financeiro adicional; e para 69,6% os efeitos da crise serão percebidos por mais de quatro meses.
8. Para as concessionárias de rodovias federais associadas à Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR –, estimou-se uma queda de 57% no fluxo de veículos leves e de 29% de veículos pesados. Já o setor de transporte coletivo de passageiros registra queda de aproximadamente 85% na movimentação geral de passageiros.

9. Para as ferrovias, tem-se que houve queda de 9% na produção de TKUs – toneladas por quilômetro-útil. E indo na contramão dos outros setores, os portos registraram um aumento de aproximadamente 35% no total de embarques, sendo 8% em contêineres.

10. Sobre o transporte interestadual de passageiros, temos forte impacto, visto que os dados mostram 85% de queda na movimentação geral de passageiros.

11. Assim, inegável que os setores de infraestrutura de transportes estão sofrendo negativamente por conta da crise provocada pela pandemia do novo corona vírus (COVID-19).

12. Nesse contexto, certo de que este Ministério da Infraestrutura – MInfra –, em seu mister, deve acompanhar os efeitos negativos provocados pela aludida crise, para garantir a manutenção dos serviços públicos prestados pelos parceiros privados, mesmo em meio à diminuição de receita, faz-se necessária, mais que nunca, a fiel observância do devido equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão nos setores de sua competência.

13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto.

14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra:

a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão?

b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe?

Atenciosamente,

FÁBIO ROGÉRIO TEIXEIRA DIAS DE ALMEIDA CARVALHO

Diretor de Estruturação e Articulação de Parcerias

NATÁLIA MARCASSA DE SOUZA

Secretária de Fomento, Planejamento e Parcerias

[1] Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impacto-da-pandemia-do-novo-coronavirus/>. Dados de 03/04/2020.

[2] Disponível em: <https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f-0653bfd6b263.pdf>. Os dados da pesquisa foram coletados de 1º a 03/04/2020.



Documento assinado eletronicamente por **Fábio Rogério Teixeira Dias de Almeida Carvalho**, Diretor do Departamento de Estruturação e Articulação de Parcerias, em 09/04/2020, às 16:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Natália Marcassa de Souza**, Secretária de Fomento, Planejamento e Parcerias, em 09/04/2020, às 16:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.infraestrutura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2391629** e o código CRC **ED152CD4**.



Referência: Processo nº 50000.017282/2020-12



SEI nº 2391629



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507- CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL:

CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU

NUP: 50000.017282/2020-12

INTERESSADOS: SECRETARIA DE FOMENTO, PLANEJAMENTO E PARCERIAS

ASSUNTOS: Consulta em tese. Covid-19. Reequilíbrio de contratos de concessão. Força maior.

EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SETOR DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19.

I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas.

II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.

III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer.

1. Por meio do OFÍCIO Nº 3/2020/DEAP/SFPP (SEI-2391629), a Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias solicitou manifestação desta Consultoria Jurídica a respeito dos efeitos jurídicos da pandemia causada pela disseminação do novo coronavírus sobre os contratos de concessão de infraestrutura de transporte.

2. No referido documento, o Diretor de Estruturação e Articulação de Parcerias e a Secretária de Fomento, Planejamento e Parcerias informam: (i) que, diante da declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, diversos países adotaram medidas de isolamento social para desacelerar o contágio viral; (ii) que a pandemia tem causado efeitos negativos também sobre a economia mundial; (iii) que, em regra, o setor de infraestrutura de transportes vem sendo diretamente afetado, haja vista a redução do deslocamento de pessoas; (iv) que os dados apontam uma brusca queda na demanda por voos domésticos e internacionais e por transporte rodoviário de passageiros; (v) que houve sensível redução do fluxo de veículos nas rodovias; e (vi) que a Confederação Nacional de Transportes estima que noventa por cento do setor de transporte foi afetado negativamente pela pandemia. Diante disso, os signatários do OFÍCIO Nº 3/2020/DEAP/SFPP concluem que “os setores de infraestrutura de transportes estão sofrendo negativamente por conta da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus (Covid-19)”.

3. Por fim, as autoridades da Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias levantam a hipótese de que a crise provocada pela disseminação do novo coronavírus possa ser enquadrada como “força maior” para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e solicitam manifestação em tese desta Consultoria Jurídica a respeito dos seguintes quesitos:

a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão?

b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe?

4. Informo que a presente manifestação foi elaborada com base nos documentos disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Ministério da Infraestrutura. O único documento disponível quando da conclusão deste Parecer é o documento SEI-2391629.

5. É o relatório.

6. Esta manifestação está segmentada em três tópicos. Primeiro, trato dos aspectos mais gerais relacionados à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, particularmente dos contratos de concessão. Em seguida, passo a abordar especificamente a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Por fim avalio se, em tese, a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) pode ser caracterizada como evento de força maior ou outra causa equivalente capaz de justificar o reequilíbrio de contratos de concessão do setor de infraestrutura de transportes e os respectivos requisitos para que isso possa ocorrer.

o **Da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão**

7. A preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativos é uma garantia estabelecida pela própria Constituição. É possível extrair essa garantia do comando contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição^[1], na parte em que prevê que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta^[2]”. Marçal Justen Filho aponta como fundamentos constitucionais da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos: (i) a proteção ao interesse público; (ii) a isonomia; e (iii) a proteção à propriedade privada^[3]. Afirma Justen Filho:

Rigorosamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo. Não é nem direito nem dever de cada parte, mas uma característica do contrato. Pode-se aludir ao direito da parte à recomposição da equação econômico-financeira, sempre que se produzir sua quebra por evento que preencha certos requisitos^[4].

8. Sobre o tema, por ocasião do julgamento do REsp 1248237 (2014), a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “a manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI”.

9. O art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993^[5], permite a alteração dos contratos administrativos por acordo das partes para “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de

força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. O § 2º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995^[6], dispõe que os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro.

10. O § 2º do art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993^[7], prevê que, em casos de modificação unilateral dos contratos por determinação da Administração Pública para fins de melhor adequação ao interesse público, as cláusulas econômico-financeiras devem ser revistas de modo a manter o equilíbrio contratual. De forma semelhante, o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995^[8], estabelece que, no caso de alteração unilateral do contrato que afete o equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deve restabelecê-lo concomitantemente à alteração.

11. Segundo Alexandre Santos de Aragão^[9], a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Para Lúcia Valle Figueiredo^[10], a manutenção desse equilíbrio é essencial para a continuidade e a boa prestação do serviço público. Por sua vez, Marçal Justen Filho^[11] afirma que o princípio da intangibilidade econômico-financeira tem por objetivo garantir a preservação do interesse público, evitando que qualquer das partes contratantes obtenha um ganho ou sofra um prejuízo em razão de eventos extraordinários e garantindo que, em função da redução do risco ao particular, a Administração Pública possa contratar a preços mais baixos.

12. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, a equação econômico-financeira do contrato consiste na relação que se estabelece entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração Pública^[12]. Marçal Justen Filho assevera que “a equação econômico-financeira consiste na relação entre encargos e as vantagens que se produz para cada uma das partes por ocasião do aperfeiçoamento de uma contratação^[13]”. No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo afirma que “a manutenção da equação econômico-financeira do contrato, de maneira singela, traduz-se no equilíbrio entre as obrigações assumidas pelo concessionário, os encargos que serão suportados e a contraprestação devida pela concedente, a remuneração do concessionário^[14]”.

13. A equação econômico-financeira do contrato se estabelece com base na proposta apresentada pelo concessionário e considerando, além das vantagens, todos os encargos assumidos pelas partes, *incluindo os riscos*, e que devem estar descritos no instrumento convocatório. A respeito do tema, cabe citar o seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União:

O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo é definido a partir da elaboração do ato convocatório e se materializa com o oferecimento da proposta e assinatura do instrumento contratual. A partir desse momento a lei assegura a manutenção desse equilíbrio convencionado contra eventuais ocorrências futuras que descaracterizem a equação econômica estabelecida. (Parágrafo 118 do Voto no Acórdão nº 371/2006-P/TCU).

14. Sobre a abrangência da equação econômico-financeira dos contratos, Marçal Justen Filho afirma que:

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro abrange não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir. O mesmo se passa com a questão dos encargos. Integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração^[15].

15. Mas, cabe destacar, o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos que tratem da concessão de serviço público é mais complexo, uma vez que envolve mais variáveis do que os contratos administrativos comuns. É o que afirma Floriano de Azevedo Marques Neto:

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois,

enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc^[16].

16. A garantia de intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos torna obrigatória a manutenção dessa relação entre encargos e vantagens durante toda a vigência do contrato^[17]. Isso não significa que os encargos e vantagens estabelecidos originalmente no contrato sejam imutáveis; mas apenas que a alteração tanto de encargos como de vantagens requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso, Marçal Justen Filho afirma que “a relação entre encargos e vantagens deve manter-se, ao longo do período contratual, nos termos em que originalmente previstas^[18]”. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira e não das cláusulas que tenham expressão econômica, que podem ser alteradas desde que haja algum tipo de compensação^[19].

17. Conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição, trata-se de manter as “condições efetivas da proposta”. Disso decorre, primeiramente, que a equação econômico-financeira original do contrato está associada às *circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta* pelo licitante vencedor, ainda que o contrato venha a ser firmado algum tempo depois. Em segundo lugar, que é preciso que haja algum *fato superveniente à proposta* que justifique a necessidade de reequilíbrio. Em relação à quebra da equação econômico-financeira, Marçal Justen Filho afirma que:

A quebra da equação econômico-financeira pode ocorrer a qualquer instante e configurar-se-á sempre que se produzir alguma espécie de evento superveniente extraordinário, imprevisível ou de consequências incalculáveis, que amplie os encargos ou reduza as vantagens originalmente assumidas pela parte^[20].

18. Caso não ocorra esse fato justificador, a baixa lucratividade do empreendimento por si só não permite a adoção de qualquer medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. É preciso demonstrar que algum evento abalou a equação econômico-financeira original do contrato, considerando a proposta apresentada pelo licitante, os riscos assumidos por cada parte e as circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta. Por isso, o art. 10 da Lei nº 8.987, de 1995^[21], ressalva que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico financeiro”.

19. No caso de concessão, o serviço público é exercido por “conta e risco” do contratado (art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987, de 1995^[22]). O mesmo se aplica aos arrendamentos portuários^[23] (art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.815, de 2013^[24]). Porém, isso não significa que o concessionário ou o arrendatário de terminais portuários assumam o risco integral pela prestação do serviço. Como explica Marcos Augusto Perez^[25], o próprio objetivo da modicidade tarifária seria contraditório com a ideia de que o concessionário assumiria *todos* os riscos do empreendimento. Maiores riscos resultam em maiores custos a serem transferidos aos usuários. É o que sustenta Marçal Justen Filho:

O risco é “precificado” não apenas na aceção 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 entram sua atividade^[26].

20. Além disso, o insucesso do empreendimento não prejudica apenas o concessionário ou arrendatário, mas também os usuários do serviço público. Há então um interesse público na estabilidade dos contratos de concessão de serviço público, o que também se aplica aos arrendamentos portuários.

21. O contrato de concessão ou o de arrendamento portuário não transfere necessariamente ao particular todos os riscos do empreendimento. Há uma divisão dos riscos entre as partes. Em atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, considera-se que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes conforme sua natureza ordinária ou extraordinária. **Salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária)**^[27]^[28]. Nesse sentido, Tatiana Esteves Natal afirma o seguinte:

Baseada nessa ideia de que o concessionário explora o serviço público por sua conta e risco, a doutrina pátria desenvolveu a chamada “Teoria das Áleas”. De acordo com essa teoria, a expressão “por sua conta e risco” [nos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995] não significa assunção integral pelo particular dos riscos do contrato, mas apenas daqueles ordinários do negócio, ou seja: os riscos inerentes à atividade econômica. Isso porque, em qualquer outra atividade econômica na qual fosse investir seu capital, o empresário arcaria necessariamente com os riscos do negócio.

Os riscos ou áleas seriam, dessa forma, divididos em ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A Administração Pública assumiria os riscos extraordinários^[29].

22. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão explica que:

A álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado^[30].

23. Mas não precisa ser necessariamente assim. Como afirma Marcos Perez, “a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público^[31]”. Para o referido autor, a teoria das áleas ordinária e extraordinária implica uma divisão extremamente vaga dos riscos. Portanto, **o contrato de concessão pode discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso**. Dessa forma, reduz-se a insegurança jurídica e, conseqüentemente, os custos de transação. Afirma Perez:

O que defendemos, nesse sentido, é que “por sua conta e risco” não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir^[32].

24. Não é outra a posição de Alexandre Santos de Aragão, que ensina o seguinte:

Nas concessões de serviços públicos, ao contrário dos contratos administrativos em geral, o risco do negócio é, de acordo com a doutrina clássica, exclusivo da concessionária, inclusive como preceitua a definição de concessão de serviços públicos do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995 (“por sua conta e risco”), ressalvados os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais do contrato, em relação aos quais o particular está protegido pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

Todavia, dentro da evolução do que no tópico 12.10 chamamos de modelo clássico das concessões, muitos contratos de concessão vêm fazendo com que o poder concedente e os

usuários assumam parte da álea empresarial ordinária da concessão, o que nos afigura plausível face aos arts. 9º, § 2º, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995, que delegam aos contratos o estabelecimento de mecanismos de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro^[33].

25. Mais adiante em sua obra, Alexandre Santos de Aragão completa:

Em primeiro lugar, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro referido constitucionalmente é inferida apenas da exigência de manutenção das “condições efetivas da proposta” (art. 37, XII, CF), tornando admissível a repartição de riscos diversa dos parâmetros da doutrina clássica, seja para atribuir à concessionária riscos que normalmente eram considerados como sendo do poder concedente ou vice-versa, desde que prevista no ato convocatório da licitação e, conseqüentemente, ao menos de forma implícita, da proposta apresentada pelo concessionário. Em segundo lugar, os arts. 9º, § 2º, e 23, IV, Lei nº 8.987/1995, conferem espaço de modelagem das delegações de serviços públicos suficiente para que a Administração adote, no instrumento convocatório, diferentes modalidades de revisão tarifária e de compartilhamento de riscos^[34].

26. Fernando Vernalha Guimarães segue a mesma linha ao dizer que:

Não se extrai da Constituição o alcance mais abrangente do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, a ponto de eliminar o espaço de autorregulação das partes quanto a uma distribuição dos riscos (ordinários e extraordinários). Do enunciado do inciso XXI do art. 37 da Constituição tira-se apenas uma regra que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das “condições efetivas da proposta”. Tal não restringe, nesse particular, o espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato.^[35]

27. É importante destacar que, **quando as partes possuem capacidades diferenciadas de gerenciar os riscos ou de transferi-los a terceiros, a alocação adequada dos riscos é um fator importante para que o contrato seja eficiente.** Nesse sentido, cabe reproduzir outro trecho da obra de Fernando Vernalha Guimarães:

A alocação de riscos é um dos expedientes mais relevantes para a calibragem da eficiência na contratação administrativa – especialmente para contratos de longo prazo, como são as concessões. A finalidade fundamental da alocação de riscos é tornar o contrato de concessão mais econômico, definindo e alocando cada um dos riscos identificados à responsabilidade daquela parte que tem melhores condições para o seu gerenciamento.

Como dito acima, a alocação de riscos, inclusive daqueles extraordinários, não apenas é admitida pelo direito da contratação administrativa, como é desejada. A calibragem do nível de eficiência em contratos de longo prazo também se promove pelo expediente da distribuição racional dos riscos. A submissão da contratação administrativa aos princípios da eficiência e da economicidade impõe aos gestores encarregados de sua elaboração o dever de buscar as formações mais eficientes possíveis para a concessão.^[36]

28. Sobre o tema, assim afirma Marcos Nóbrega:

Na alocação de riscos sempre haverá tradeoffs, e a resposta convencional a esse dilema é que eles deverão ser alocados para a parte que tem melhor condição de gerenciá-los. A resposta parece correta, mas é simplista e vaga. Para ser mais preciso, cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (total project value), considerando a capacidade de cada parte para: a) influenciar o correspondente fator de risco; b) influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em

relação ao risco antecipando ou respondendo ao fator de risco; e c) absorvendo o risco^[37].

29. Em suma, a divisão de riscos estabelecida no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários^[38]. Como explica Fernando Vernalha Guimarães, “o princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência^[39]”. A eficiência do contrato é maximizada quando cada risco é alocado à parte que tenha as melhores condições de gerenciá-lo, seja para prevenir a sua ocorrência, quando essa for uma estratégia eficiente, ou para administrar as suas consequências caso o evento indesejado se concretize^[40]. Em outros termos, o risco deve ser alocado à parte mais capaz de administrá-lo^[41]. Deve-se então avaliar em cada caso qual a distribuição de riscos mais eficiente e adequada à política pública que se pretende implementar.

30. Por conseguinte, é preferível que haja uma alocação de riscos o mais exaustiva possível *ex ante*, por ocasião da elaboração da minuta de contrato que acompanhará o respectivo edital de licitação, evitando assim que a distribuição dos riscos do empreendimento ocorra *ex post* mediante um processo judicial e com base em premissas eminentemente jurídicas^[42]. A adequada distribuição de riscos entre concedente e concessionário é fundamental para assegurar a qualidade e estabilidade do serviço prestado diante da miríade de eventos que podem impactar o empreendimento.

31. Como adverte Floriano Marques Neto, é importante considerar que o desequilíbrio econômico em contratos de concessão pode decorrer de uma variedade muito maior de fatores do que ocorre num contrato administrativo comum. Diz ele:

Certo deve estar que a forma de desequilíbrio econômico em contratos de concessão pode se dar por uma gama muito maior de fatores do que ocorre com um contrato administrativo normal. Pode ele advir, entre outros fatores, da defasagem da tarifa cobrada, da imposição, direta ou indireta, de novos encargos para o concessionário, da alteração das condições de exploração do bem ou do serviço, ou de fatores externos que afetem as condições de realização do negócio, entendida aí a imbricação entre investimento, tempo de amortização, taxa de retorno, percentual de lucro, fluxo de caixa etc^[43].

32. Como bem sintetiza Maurício Portugal Ribeiro, “a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual^[44]”. No mesmo sentido, Fernando Vernalha Guimarães explica que “a tutela da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP visa a proteger tão somente a alocação de riscos contratada; ou melhor: o conteúdo econômico da matriz de riscos contratada^[45]”. **Ao estabelecer sua proposta por ocasião da licitação, presume-se que o concessionário levou em conta os riscos associados ao projeto, conforme a alocação prevista no instrumento convocatório. Então, para decidir sobre qualquer pedido de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro é imprescindível avaliar inicialmente a matriz de riscos do contrato.**

33. Mas, na falta de disposição contratual explícita ou implícita em sentido contrário, aplica-se a teoria das áleas ordinária e extraordinária. Portanto, *salvo disposição contratual diversa, apenas a concretização de evento relacionado à álea extraordinária que abale a equação econômico-financeira do contrato pode ser tida como causa geradora do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original*. Neste ponto, cabe citar mais uma vez Fernando Vernalha Guimarães, que assim se posiciona:

Na hipótese, contudo, de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete e ao juiz encontrar critérios secundários a oferecer uma solução à questão que possa estar harmonizada com o regime jurídico dos contratos de longo prazo.

Nesse particular, nem a Lei nº 8.987/95 nem a Lei nº 11.079/2004 trazem qualquer indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais. Já a Lei nº 8.666/93, que tem aplicação subsidiária aos contratos concessionários, contém uma disciplina expressa sobre a questão, inscrita na alínea “d” do inc. II do art. 65, deslocando-se à Administração Pública os riscos

atinentes à álea extraordinária e extracontratual.

Nesse particular, e como já anotei em outro estudo, o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93 para a tutela de riscos extracontratuais (alínea “d” do inc. II do art. 65) não parece inconciliável com o modelo concessionário: “Observe-se que essa regra visa a tutelar uma situação própria de risco extracontratual, desconsiderado pelo contratado ao tempo da contratação. O objetivo do legislador parece ter sido precisamente o de desestimular, nas propostas oferecidas na licitação, a precificação de situações de risco cujo controle pelos interessados é impossível ou bastante limitado. A finalidade é desonerar as propostas desses custos, transferindo-se a responsabilidade de gerenciamento desses riscos à Administração. Essa orientação está alinhada com a premissa fundamental costumeiramente utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos complexos e de longo prazo, como as concessões e as PPPs, a qual recomenda alocar o risco à parte que detém melhores condições para o seu gerenciamento, donde se extrai a exegese de que riscos que não possam ser adequadamente gerenciados pelo parceiro privado devem ser retidos pelo parceiro público. Como esses riscos serão aqueles considerados imprevisíveis (e extracontratuais), o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, fazendo sentido, portanto, que sejam eles alocados à responsabilidade do parceiro público”.

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

34. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que “fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário^[46]”.

35. A Portaria ANTAQ nº 3.220, de 2014, parece adotar esse entendimento ao determinar que:

Art. 8º A arrendatária ou o poder concedente poderão solicitar a revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes.

Art. 17. Não darão ensejo à recomposição do equilíbrio econômico financeiro eventos que decorram da álea empresarial, conforme estabelecido na alocação de riscos presentes no contrato.

36. Por sua vez, a Resolução ANTT nº 675, de 2004^[47], prevê o seguinte:

Art. 2º-A Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões:

I – decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou a ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;

II – que resultem, comprovadamente, em alterações dos encargos da concessionária, ou que comprometa ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.

37. A respeito da revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal, o art. 2º da Resolução ANAC nº 528, de 2019, dispõe que:

Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as

perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária, nas condições estabelecidas no Contrato.

38. O devido cumprimento da distribuição de riscos prevista nos contratos de concessão é extremamente importante não apenas para desestimular condutas oportunistas, mas também para que os demais concessionários e eventuais interessados em assumir empreendimentos concessionados se sintam seguros em contratar com o poder público. Sobre a relevância do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, convém reproduzir a seguinte passagem de artigo de Egon Bockmann Moreira:

Enfim, existe uma série de bens e serviços públicos que se valem de técnicas contratuais de longo prazo para serem prestados no nosso dia a dia. Estamos a falar de concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas (dentro outros negócios público-privados longevos). Como não poderia deixar de ser, tais contratos giram em torno do respectivo equilíbrio econômico-financeiro: sem que este exista, as obras não conseguem ser executadas, os serviços não podem ser prestados e nem os lucros auferidos[48].

39. Conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto^[49], a aferição do desequilíbrio em contratos de concessão passa por quatro etapas: (i) a constatação da ocorrência de algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo. Portanto, “além da verificação do evento desequilibrante, deve-se, em uma etapa subsequente, tomando em consideração a distribuição de encargos prevista no contrato, apurar qual parte assumiu os riscos associados ao evento^[50]”.

40. Por conseguinte, pode-se afirmar que os concessionários de infraestrutura de transportes, aí também compreendidos os arrendatários de instalações portuárias, têm direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente e que tenham impactado de forma significativa suas receitas ou despesas. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio, enquanto o poder público retém os riscos extraordinários para si. Porém, nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.

41. Apresentada essa conclusão de cunho mais geral a respeito do tema, passo a aprofundar a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, particularmente aos contratos de concessão.

o Da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão

42. Em clássico artigo sobre o tema^[51], Caio Tácito discorre sobre o “equilíbrio financeiro na concessão de serviço público” baseado na doutrina francesa sobre o tema, distinguindo a *álea ordinária* e a *álea extraordinária*, esta última subdividida em *álea administrativa* e em *álea econômica*. O professor carioca explica que o “princípio do equilíbrio econômico financeiro” surgiu como forma de compensar os particulares em face do reconhecimento de um outro princípio: o da mutabilidade dos contratos de concessão^[52]. A respeito da chamada “álea administrativa”, explicou Caio Tácito:

Podendo agravar os encargos do concessionário, à revelia de seu consentimento ou previsão, fica, no entanto, o poder concedente obrigado a indenizar integralmente o prejuízo causado. É constante, nesse sentido, a jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a teoria do fato do príncipe.

Sempre que a autoridade pública, mediante ato lícito e visando ao interesse público, modifica as condições de um contrato administrativo, já concluído, responde, objetivamente, pela álea administrativa.

43. Mas o princípio da estabilidade financeira dos contratos administrativos não se esgota aí. Além da “álea administrativa”, em princípio o concessionário também estaria protegido contra a “álea econômica”, baseada na *teoria da imprevisão*.

44. O *leading case* a respeito da aplicação da *teoria da imprevisão* no âmbito de contratos administrativos também se deu na França quando, iniciada a I Guerra Mundial, a *Compagnie Générale d’Eclairage de Bordeaux*, responsável pela produção e distribuição de gás de iluminação na cidade de Bordeaux, requereu ao Conselho de Estado francês a revisão do contrato que havia celebrado com o Município em razão do súbito aumento do preço do carvão diante da ocupação de regiões produtoras pelos alemães e da dificuldade de transporte do insumo como consequência da guerra. Valendo-se da teoria da imprevisão, em decisão de 1916 o Conselho de Estado fixou uma indenização em favor da companhia para compensá-la do desequilíbrio contratual[53].

45. Sobre o tema, esta foi a lição de Caio Tácito:

Embora aplicável a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interesse à manutenção dinâmica do contrato.

O estado de imprevisão indenizável deve ser anormal, imprevisto e intolerável.

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a grave e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato.

A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassem à razoável previsão humana.

46. Conforme explica Odete Medauar, a teoria da imprevisão encontra expressa previsão no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993[54]. A esse respeito, diz a autora:

A alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula rebus sic stantibus (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. Na linha clássica, a imprevisão abria ao contratado o direito à indenização, para remediar uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato[55].

47. Sobre o tema, assim afirma Marçal Justen Filho:

Ressalte-se que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira é aplicável não só nas hipóteses de alteração unilateral do contrato. Incide ainda quando a relação original entre vantagens e encargos for afetada por eventos supervenientes imprevisíveis ou, embora previsíveis, de consequências incalculáveis (Lei nº 8.666, art. 65, inc. II, al. “d”)[56].

48. No REsp 1798728 (2019), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicabilidade da teoria da imprevisão a contratos administrativos para o fim de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença. De igual modo, no REsp 1433434 (2018), a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que “a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93”.

49. Neste ponto, é importante ressaltar que os contratos de concessão possuem uma lógica diferente dos contratos administrativos comuns regidos pela Lei nº 8.666, de 1993. Em geral, os contratos de concessão atribuem mais liberdade ao contratado, cabendo-lhe em regra definir o melhor meio para atingir as finalidades almejadas pelo poder concedente. Essa característica dos contratos de concessão tem influência sobre a alocação de riscos que normalmente se estabelece em tais instrumentos. Contudo, respeitada a divisão de riscos que decorra expressa ou implicitamente de cada contrato, creio que esse fato não afasta a aplicabilidade da teoria da imprevisão a contratos de concessão. Porém, deve-se considerar que, num contrato de concessão, em geral o empreendedor assume uma parcela maior de riscos em comparação aos contratos administrativos comuns[57].

50. A propósito da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão, é pertinente transcrever o seguinte trecho de artigo de Alexandre Santos de Aragão:

Já nas concessões comuns, disciplinadas pela Lei no 8.987/1995, o risco é, pelo menos de acordo com a teoria tradicional, tendencialmente do concessionário privado. Se o serviço público concedido vai ser mais ou menos utilizado pelos destinatários finais, é em princípio considerado um risco inerente ao negócio. Apenas o risco por fatos imprevisíveis (ex.: racionamento de energia que gere uma inesperada redução de energia) ou de responsabilidade do próprio Estado (ex.: aumento de tributos, alteração unilateral do contrato) são assumidos pelo poder concedente por força do direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato[58].

51. Apenas *eventos excepcionais* justificariam a revisão de contratos com base na teoria da imprevisão. Para isso é imprescindível que se trate de: (i) evento superveniente e extraordinário; (ii) cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis; e (iii) que tenha gerado um desequilíbrio muito grande no contrato, ou seja, uma onerosidade excessiva para uma das partes.

52. Nesse sentido, julgando um pleito de reequilíbrio de contrato administrativo, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça esclareceu no REsp 1129738 (2010) que “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”.

53. Seguindo a mesma linha, em decisão relativa à revisão de contrato privado, no AgInt no REsp 1514093 (2016) a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça fez consignar na ementa de seu acórdão que a teoria da imprevisão autoriza a revisão das obrigações contratuais “quando há onerosidade excessiva decorrente da superveniência de um evento imprevisível, alterador da base econômica objetiva do contrato”. Em julgado ainda mais recente, no AgInt no AREsp 1309282 (2019), a Quarta Turma do STJ afirmou que “a Teoria da Imprevisão somente se aplica quando for demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes”. De igual modo, no REsp 1045951 (2017), a Quarta Turma concluiu:

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em que a Teoria da Imprevisão como justificativa para a revisão judicial de contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após o início da vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que diga respeito à contratação considerada e que onere excessivamente uma das partes contratantes.

54. Não é outra a posição da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que no REsp 1632842 (2017) esclareceu que “a teoria da imprevisão autoriza a revisão das obrigações contratuais apenas quando há onerosidade excessiva decorrente da superveniência de um evento imprevisível, alterador da base econômica objetiva do contrato”. No mesmo sentido, desta vez no AgInt no REsp 1543466 (2017), a Terceira Turma afirmou que:

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes nas circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva).

55. Por outro lado, no AgInt nos EDcl no REsp 1808110 (2019), a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça fez consignar em seu aresto que riscos inerentes ao negócio não podem ser considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários que autorizem a adoção da teoria da imprevisão:

1. Consoante jurisprudência desta Corte Superior, nos contratos agrícolas, o risco é inerente ao negócio, de forma que eventos como seca, pragas ou estiagem, dentre outros, não são considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários que autorizem a adoção da teoria da imprevisão. Precedentes.

56. Nessa mesma linha, a respeito do art. 478 do Código Civil^[59], vale transcrever o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal^[60]:

O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

57. Na Decisão nº 464/2000-Plenário (TC 009.634/1999-1) e no Acórdão nº 1595/2006-Plenário (TC 017.026/2005-3), aplicando a teoria da imprevisão, o Tribunal de Contas da União concluiu pela possibilidade de reequilíbrio contratual em virtude de desvalorização cambial severa. Porém, no Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário (TC 007.103/2007-7), a Corte de Contas decidiu que não se poderia cogitar aplicação da teoria da imprevisão “em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado^[61]”. Nessa decisão, o Ministro Augusto Nardes esclareceu o seguinte:

15. Vê-se que, para a aplicação da teoria da imprevisão, é necessário ficar caracterizada a imprevisibilidade do fator causador do desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato; serem extraordinários e inevitáveis os acontecimentos posteriores à contratação; e causarem onerosidade excessiva a uma das partes. Nesse contexto, acontecimento imprevisível deve ser entendido como não previsto pelo gestor médio quando da vinculação contratual, enquanto extraordinário consubstancia-se, basicamente, no que refoge à normalidade. Não me parece ter sido o que ocorreu com as variáveis econômicas durante a execução do contrato.

58. No Acórdão nº 1431/2017-Plenário (TC 034.272/2016-0), novamente chamado a se manifestar a respeito da aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em caso de variação cambial, o Tribunal de Contas da União decidiu que:

9.2.1. a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993;

(...)

9.2.5. cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada efetivamente contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial;

59. Por conseguinte, pode-se concluir pela possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, neste caso respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

○ **Da caracterização da pandemia do novo coronavírus como força maior**

60. Diante disso, ressaltando a necessidade de exame da alocação de riscos em cada contrato, bem como do efetivo impacto do evento sobre o fluxo de caixa do empreendimento, resta avaliar se em tese a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) poderia ser considerada como evento de força maior ou outra causa equivalente capaz de dar ensejo ao reequilíbrio de contratos de concessão do setor de infraestrutura de transportes.

61. Embora haja distinções doutrinárias entre “força maior” e “caso fortuito”^[62], suas consequências jurídicas em regra são as mesmas. Nesse cenário, não há muita utilidade em distinguir esses conceitos. O próprio Código Civil, no parágrafo único do seu art. 393, estabelece genericamente que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

62. Daí que, na opinião de Silvio Rodrigues, seria possível afirmar que o Código Civil considerou tais expressões como sinônimas^[63]. Sobre o tema, assim afirma Carlos Roberto Gonçalves:

O parágrafo único [do art. 393 do Código Civil] supratranscrito, como se observa, não faz distinção entre um e outro. Em geral, a expressão caso fortuito é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano ou ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa, como greve, motim, guerra, queda de viaduto ou ponte, defeito oculto em mercadoria produzida etc. E força maior para os acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, fato do príncipe (fait du prince) etc.

(...)

Há várias teorias que procuram distinguir as duas excludentes e realçar seus traços

peculiares. O legislador preferiu, no entanto, não fazer nenhuma distinção no aludido parágrafo único, mencionando as duas expressões como sinônimas. Efetivamente, se a eficácia de ambas é a mesma no campo do não-cumprimento das obrigações, os termos precisos da distinção entre elas deixam de ter relevância. Percebe-se que o traço característico das referidas excludentes é a inevitabilidade, é estar o fato acima das forças humanas.

Na lição da doutrina, exige-se, para a configuração do caso fortuito ou força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro; b) o fato deve ser superveniente e inevitável. Desse modo, se o contrato é celebrado durante a guerra, não pode o devedor alegar depois as dificuldades decorrentes dessa mesma guerra para furtar-se às suas obrigações; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano[64].

63. Sobre o caso fortuito e a força maior, Silvio de Salvo Venosa explica o seguinte:

O parágrafo único do artigo em questão [art. 393 do Código Civil] conceitua o caso fortuito e a força maior como o fato necessário, cujos efeitos não são possíveis evitar, ou impedir. A lei equipara, portanto, os dois fenômenos. Para o código, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o inadimplente que deve provar a ocorrência desses fatos. Há dois elementos a serem provados, um de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado[65].

64. Tomando as expressões como sinônimas, passo avaliar se a pandemia do novo coronavírus poderia ser caracterizada como “força maior” ou “caso fortuito”.

65. Conforme vem sendo incessantemente noticiado na imprensa nas últimas semanas, o novo coronavírus (SARS-CoV-2) provavelmente surgiu de uma mutação que permitiu ao vírus, originariamente presente em algum animal silvestre, provavelmente nos morcegos, passar a infectar seres humanos[66]. O início da pandemia se deu na região de Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Dada a facilidade de transmissão, em pouco tempo o patógeno se espalhou por quase todo o planeta e, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou situação de *pandemia global*.

66. Além da rápida disseminação do vírus entre humanos, a doença causada pelo SARS-CoV-2 – a Covid-19 – possui uma taxa de letalidade relativamente alta, especialmente em idosos e pessoas com baixa imunidade. Daí o grave risco que a pandemia representa para a saúde pública. As notícias vindas de alguns países europeus e dos Estados Unidos dão uma ideia da gravidade da rápida disseminação da doença. Segundo dados divulgados em 15 de abril de 2020, o total de casos confirmados passa de dois milhões e já são quase cento e trinta mil as vítimas fatais em todo o mundo.

67. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar uma situação de grave colapso do sistema de saúde, muitos países adotaram o que se tem denominado de *medidas de isolamento social*, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversos estabelecimentos comerciais e industriais e a proibição de eventos artísticos ou esportivos e outras formas de aglomeração de pessoas. Independentemente dessas medidas, muitos indivíduos têm evitado ao máximo viajar ou mesmo sair de casa. Esse quadro obviamente repercute sobre a atividade econômica. Nas últimas semanas houve uma rápida reversão das expectativas de crescimento econômico e já se espera que a maioria dos países atingidos pela pandemia entre em forte recessão.

68. Nesse sentido, consta do OFÍCIO N° 3/2020/DEAP/SFPP (SEI-2391629) que já foi observada forte queda de demanda em alguns setores de transporte, em especial o aeroviário e o rodoviário.

69. A última pandemia comparável ocorreu há mais de cem anos. No final da década de 1910, o vírus

“influenza” (tipo A H1N1) – causador do que se denominou de “gripe espanhola” – contaminou cerca de 500 milhões de pessoas, causando entre 17 e 50 milhões de mortes[67].

70. Evidentemente, a disseminação do vírus SARS-CoV-2 não poderia ter sido evitada pelos concessionários responsáveis pela exploração da infraestrutura de transportes no Brasil. De igual modo, não tinham como prever a pandemia, muito menos seus efeitos, tampouco condições de impedi-los. Mesmo agora, em meio à crise já instalada, não se tem clareza a respeito dos exatos efeitos que a pandemia terá sobre a economia nacional. Além disso, entendo que o atual estado de coisas decorrente da pandemia não configura evento cujo risco possa ser considerado comum ou normal ao negócio desempenhado pelos concessionários de infraestrutura de transportes. A situação que o mundo está vivenciando foge claramente a qualquer padrão de normalidade.

71. Por conseguinte, nos limites desta consulta, parece-me fora de dúvida de que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de “força maior” ou “caso fortuito”. É certo que, em resposta à disseminação da doença, foram adotadas medidas de restrição de mobilidade das pessoas e mesmo de suspensão de atividades econômicas. Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como “fato do príncipe”. Porém, há de se reconhecer que a sua causa foi exatamente o potencial de disseminação do vírus e seus impactos sobre a saúde pública. Além disso, a menos que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas.

72. O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

73. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.

CONCLUSÃO

74. Ante o exposto, em resposta à consulta que foi formulada, concluo:

a) Os concessionários de infraestrutura de transportes, aí também compreendidos os arrendatários de instalações portuárias, têm direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente e que tenham impactado de forma significativa suas receitas ou despesas. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio, enquanto o poder público retém os riscos extraordinários para si. Porém, nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.

b) A teoria da imprevisão é aplicável aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, neste caso respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

c) A pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) pode ser classificada como evento de “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, com as ressalvas indicadas no

parágrafo 73 deste Parecer.

75. À Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.

76. Não sendo outra a determinação da Consultora Jurídica, deem ciência da presente manifestação à Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais, ao Coordenador-Geral Jurídico de Transporte Aeroviário, à Coordenadora-Geral Jurídica de Transporte Aquaviário e ao Coordenador-Geral Jurídico de Transporte Terrestre. Em seguida, restitua o processo ao órgão consulente por intermédio da Secretaria Executiva.

Brasília, 15 de abril de 2020.

Assinado eletronicamente
FELIPE NOGUEIRA FERNANDES
ADVOGADO DA UNIÃO
Consultor Jurídico Adjunto

[1] Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[2] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 606. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 392-394.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391

[5] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[6] Art. 9º (...)§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[7] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...) § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

[8] Art. 9º (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[9] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

[10] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013. (p. 3)

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 393-394.

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256.

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

- [14] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013. (p. 3)
- [15] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.
- [16] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002, p. 107.
- [17] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 223.
- [18] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.
- [19] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 604.
- [20] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.
- [21] Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.
- [22] Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.
- [23] Sobre a natureza dos contratos de arrendamento portuário, vide o Parecer nº 262/2016/ASJUR-SEP (NUP 00045.003187/2016-52).
- [24] Art. 1º (...) § 3º As concessões, os arrendamentos e as autorizações de que trata esta Lei serão outorgados a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.
- [25] PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105-106.
- [26] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 78.
- [27] De acordo com Tatiana Natal (2013, p. 234-236), essa tradicional teoria da divisão dos riscos em contratos de concessão não é compatível com modelos tarifários mais atuais, como a regulação tarifária por incentivos, que pressupõe a divisão da álea ordinária entre o concessionário e o poder concedente, pois não vincula a revisão tarifária apenas à ocorrência de eventos extraordinários. Ela explica que em tal modelo há uma divisão objetiva de riscos prevista de forma detalhada no contrato de concessão, que é independente da classificação de tais riscos como ordinários ou extraordinários.
- [28] Nesse sentido, vide o § 25 do PARECER Nº 772/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (NUP: 50000.032200/2018-37) e o § 46 do PARECER Nº 707/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (NUP: 00045.002955/2016-51).
- [29] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 227.
- [30] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 610.
- [31] PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 115.
- [32] PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 130.
- [33] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum,

2017, p. 487-488.

[34] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 489-490.

[35] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 329.

[36] Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 333.

[37] NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010.

[38] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 229-230.

[39] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017, p. 47.

[40] RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80-81.

[41] ANKER, Tomas; TUROLLA, Frederico A. Desequilíbrio econômico-financeiro em contratos de participação privada de longo prazo. In SUNDEFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 241.

[42] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017, p. 43-44.

[43] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002, p. 106-107.

[44] RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79.

[45] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017, p. 49.

[46] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

[47] Dispositivo acrescentado pela Resolução ANTT nº 5.859, de 2019.

[48] MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parceiras público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79-88, p. 81.

[49] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.

[50] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 192.

[51] TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 63, p. 1-15, mai. 1961. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455/20209>>. Acesso em: 11 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v63.1961.21455>.

[52] Em decisão de 21 de março de 1910 no caso *Compagnie Générale Française des Tramways*, o Conselho de Estado francês admitiu o poder da Administração Pública em alterar unilateralmente as cláusulas de serviço de contratos de concessão, possuindo em contrapartida o dever de compensar o concessionário em face da agravação dos encargos iniciais.

[53] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226; DIAS, Antônio Pedro Medeiros. Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 30-31.

[54] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea

econômica extraordinária e extracontratual.

[55] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226

[56] JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 117-180, out./dez. 2004, p. 153-154.

[57] JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 117-180, out./dez. 2004, p. 158-160.

[58] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013

[59] Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

[60] Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>

[61] No mesmo sentido, vide o Acórdão nº 1568/2015-Plenário (TC 003.146/2015-4).

[62] É comum afirmar que o caso fortuito teria origem em fatos humanos, enquanto a força maior seria decorrente de forças naturais. Nesse sentido, vide: VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 254.

[63] RODRIGUES, Silvio. Direito civil, v.2 Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 238.

[64] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356-357.

[65] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 254.

[66] Vide : <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-pandemia-zoonose/> e <https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/02/06/analises-geneticas-indicam-morcegos-como-provavel-origem-do-novo-coronavirus/>

[67] <https://saude.abril.com.br/blog/tunel-do-tempo/semelhancas-covid-pandemias-passado/>

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50000017282202012 e da chave de acesso 1185faca

Documento assinado eletronicamente por FELIPE NOGUEIRA FERNANDES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 406894540 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE NOGUEIRA FERNANDES. Data e Hora: 15-04-2020 20:00. Número de Série: 17385261. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507- CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL:

CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

DESPACHO n. 00531/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU

NUP: 50000.017282/2020-12

**INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA-
CONJUR/MINFRA**

ASSUNTOS: Consulta em tese. Covid-19. Reequilíbrio de contratos de concessão. Força maior.

1. Aprovo o Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU
2. À Coordenação de Gestão Administrativa, para adoção das providências elencadas no item 76 do Parecer ora aprovado.

Brasília, 16 de abril de 2020.

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA
PROCURADORA FEDERAL
CONSULTORA JURÍDICA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50000017282202012 e da chave de acesso 1185faca

Documento assinado eletronicamente por NATALIA RESENDE ANDRADE AVILA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 409245663 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NATALIA RESENDE ANDRADE AVILA. Data e Hora: 16-04-2020 19:08. Número de Série: 53936401259207922010171389116. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
