



REVISÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM RAZÃO DA COVID-19: aspectos legais

Hudson Hipólito Ferreira Nunes

Pós-Graduado em Gestão Pública pela Faculdade Internacional Signorelli
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Jones de Azevedo Pelech Junior

Mestre em Engenharia de Transportes pela COPPE/UFRJ
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Leonardo Cesar Gomes

Pós-Graduado em Gestão Pública pela Faculdade Internacional Signorelli
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Resumo: O isolamento social impõe grande alteração na rotina da população e relevante modificação das bases estabelecidas nos contratos administrativos, especialmente aqueles de longo prazo. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar fundamentos legais e doutrinários para a realização de procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão (comuns ou PPPs), frente aos efeitos da pandemia de Covid-19. Nessa linha, são expostos os conceitos de repartição objetiva de riscos e áreas extraordinárias, a partir dos quais as situações que ocasionaram determinado desequilíbrio nos ajustes podem vir a ser enquadradas. Com base nisso, portanto, as partes de um contrato podem avaliar a pertinência ou não da solicitação de revisão contratual.

Palavras-chave: pandemia; equilíbrio; econômico-financeiro; revisão; repartição; riscos; matriz; extraordinária.

Abstract: *The objective of this paper is to present legal and doctrinal foundations for carrying out economic and financial rebalancing procedures in concession contracts (ordinary or PPPs), in view of the effects of the COVID-19 pandemic. In this line, the concepts of objective sharing of risks and extraordinary areas are exposed, from which the situations that caused a certain imbalance in the adjustments may come to be framed. Based on this, therefore, the parties to a contract can assess the relevance or otherwise of the request for contractual review.*

Keywords: *public-private partnership; concession; Covid-19; economical-financial.*

INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2019, o Decreto Estadual nº 46.973 reconheceu a situação de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro em razão da pandemia decorrente do novo coronavírus (Covid-19). A partir desta decisão do Governo do Estado, medidas foram adotadas para conter a propagação desse vírus, dentre elas a restrição à circulação de pessoas e o incentivo ao isolamento social.

Como efeitos desse isolamento, citam-se: a redução de utilização de transporte público; a redução de automóveis circulando pela cidade; o aumento de consumo de luz, água e gás encanado/botijão nas residências, bem como a sua consequente redução nos ambientes comerciais; aumento na produção de resíduos sólidos domiciliares nas áreas residenciais, com a sua consequente redução nas áreas comerciais; além de tantos outros impactos.

Devido a essas mudanças na dinâmica de funcionamento da sociedade, muitos contratos de concessão podem ter sido afetados, o que tem o condão de gerar impactos significativos que podem ir desde alterações profundas nos termos contratuais até a alterações que se restrinjam ao seu fluxo de caixa.

Sejam quais forem os impactos verificados nos contratos de concessão, tanto o poder concedente quanto a contratada devem dialogar, por meio de um processo transparente, com o intuito de encontrar o novo ponto de equilíbrio do contrato.

Neste sentido, este artigo aborda os aspectos legais da revisão extraordinária de contratos de concessão decorrentes da pandemia, objetivando auxiliar os gestores públicos em eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O equilíbrio econômico-financeiro retrata um cenário em que a remuneração pela realização de um objeto

(prestação de serviço, realização de obra ou fornecimento) é compatível e suficiente para cobrir as despesas e, também, para remunerar o capital. As metodologias para remuneração de capital são variadas e, geralmente, estão delineadas no Edital e no Contrato de Concessão.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, neles incluídos os de concessão de serviços públicos, é um de seus princípios basilares. Esta conclusão advém tanto da interpretação da Constituição Federal¹ quanto das normas infraconstitucionais:

O inc. XXI, art. 37, da Constituição Federal define o seguinte:

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. (Grifo nosso)

A Lei Federal nº 8.987/95 (lei geral das concessões) define o seguinte:

Art. 9º [...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[...]

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

A Lei Federal nº 8.666/93² (Lei de licitações e contratos da Administração Pública, aplicada na forma de seu art. 124³), define o seguinte:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (grifo nosso).

O art. 4º da Lei Federal nº 11.079/04 estabelece a necessidade de repartição de riscos entre as partes nos contratos de parcerias público-privadas. Isso permite que esses ajustes sejam administrados com menor grau de incerteza quanto aos responsáveis pelos ônus decorrentes dos acontecimentos ao longo de sua vigência, o que favorece a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

Verifica-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos deve pautar tanto a sua concepção inicial quanto a sua condução, sendo direito das partes buscar a sua manutenção.

Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe basicamente de três formas para a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro⁴, quais sejam: o reajuste, a repactuação e a revisão.

Considerando que o objetivo deste trabalho é tratar das situações de desequilíbrio nas concessões (comuns e PPPs) decorrentes da pandemia causada pela

Covid-19, tem-se uma situação extraordinária e, portanto, a maneira de reequilíbrio a ser discutida será a revisão. Por isso, quanto ao tema “direito ao reequilíbrio”, a exposição será centrada no direito de revisão dos contratos.

REVISÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

A revisão dos preços é um dos instrumentos utilizados para se recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicial quando este é afetado por ocorrências que não se refiram a variações inflacionárias normais dos custos de produção e, além disso, tenham impacto relevante na relação entre os encargos assumidos pela contratada e a contrapartida devida pela administração. Trata-se, portanto, de um procedimento de reavaliação dos preços envolvidos na prestação dos serviços, não se referindo à mera aplicação de índices específicos, setoriais ou gerais.

O procedimento de revisão, além de ser decorrente do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, também está previsto na Lei Geral das Concessões (§§ 2º e 4º, art. 9º, da Lei Federal 8.987/95) e na Lei de Licitações (alínea “d”, inc. II, art. 65, da Lei Federal 8.666/93⁵) e pode ser classificado, quanto ao seu momento de realização, como:

- Revisão Ordinária – refere-se à revisão que é realizada em períodos predefinidos no contrato; ou
- Revisão Extraordinária – refere-se à revisão que é realizada a qualquer tempo, em decorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato decorrente de situações extraordinárias.

A revisão extraordinária, como já dito, decorre de um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato que pode ter sido provocado por ações da administração ou por fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Quanto a esses eventos,

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 328: “No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”.

² Em que pese a entrada em vigor da recente Lei Federal 14.133/21, decidiu-se utilizar primordialmente a Lei Federal 8.666/93, uma vez que o presente trabalho foi elaborado a partir de metodologia que se utiliza tanto das Leis quanto da respectiva jurisprudência, que ainda é escassa para a nova Lei de Licitações. Além disso, por força do inc. II do art. 193 da Lei Federal 14.133/21 a Lei Federal 8.666/93 ainda se encontra em vigor. De toda forma, apontou-se o artigo da nova Lei correspondente a cada artigo da Lei 8.666/93 utilizado, como se vê na nota de rodapé nº 3.

³ O art. 186 da Lei Federal 14.133/21 é o correspondente ao art. 124 da Lei Federal 8.666/93.

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1021.

⁵ A alínea “d”, inc. II, do art. 124 da Lei Federal 14.133/21 é o correspondente a alínea “d”, inc. II, do art. 65 da Lei Federal 8.666/93.

a legislação e a doutrina os tratam conforme os conceitos de repartição dos riscos e/ou de áleas extraordinárias.

Antes de adentrarmos aos temas repartição dos riscos e áleas extraordinárias, cabe falar de outras ocorrências que podem desequilibrar um contrato de concessão, mas que não ensejariam a sua revisão. Esses eventos são classificados, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como áleas ordinárias ou empresariais. A referida autora fala, acerca desta álea, o seguinte⁵:

[...]está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária.

Desta forma, tem-se que os eventos autorizativos da solicitação de revisão contratual são, portanto, os extraordinários, que serão objeto de discussão na sequência.

REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS

A repartição objetiva de riscos é uma diretriz introduzida nos contratos concessionais por meio do art. 4º, inc. VI, da Lei Federal 11.079/04 e consiste na estimativa, precificação das ocorrências prejudiciais à regular execução do contrato e distribuição de cada risco entre as partes.

Segundo o autor Fernando Vernalha Guimarães⁷, cada risco deve ser atribuído: “àquela parte que tem aptidão para se prevenir dos riscos a custos mais baixos do que a outra ou para minorar os prejuízos na hipótese de materialização dos riscos”.

Portanto, a repartição dos riscos constitui-se uma forma de se estimar os possíveis sinistros e identificar os responsáveis por arcar os seus ônus, reduzindo-se, assim, os custos alocados para cobrir as incertezas contratuais.

O produto desta repartição é, principalmente, a matriz de risco, nela constam as ocorrências e os seus responsáveis. Nesse contexto, cabe transcrever o que diz o inc. III, art. 5º, da Lei Federal 11.079/04:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Verifica-se, na leitura do dispositivo acima, que mesmo as áleas extraordinárias devem constar dessa matriz nos contratos de PPPs, o que denota a intenção do legislador de trazer para o plano do contrato o tratamento dessas ocorrências. Desta maneira, torna-se forçosa a discussão dos custos de cada parcela de risco e, por conseguinte, possibilita-se a obtenção dos ganhos econômicos deste tratamento da imprevisibilidade (GUIMARÃES, 2016, p. 96).

Um exemplo prático da importância da matriz de riscos é o recente caso do conhecido Torneio de tênis de Wimbledon. Ao longo de 17 anos, organizadores da competição pagaram US\$ 2 milhões anuais em seguro para o caso de impossibilidade de ocorrência do torneio. Devido ao cancelamento em 2020, por conta da pandemia, haverá uma indenização de US\$ 141 milhões⁸.

Apesar de o comando legal acerca da necessidade de se prever a alocação de riscos se referir aos contratos de PPPs, este conceito vem sendo utilizado nas concessões comuns, conforme o autor Flávio Amaral Garcia⁹ acentua:

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 327.

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2016. p. 97.

⁸ Disponível em: https://www.espn.com.br/tenis/artigo/_/id/6837314/wimbledon-pagou-seguro-caso-pandemia-agora-recebera-r-722-milhoes-mesmo-torneio-cancelado. Acesso em 22 jun. 20.

⁹ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 114.



“Mesmo nas concessões comuns, cuja definição legal explícita que a sua execução “será por conta e risco do concessionário”, a doutrina tem se afastado de uma interpretação literal e compreendido, corretamente, que atende ao interesse público promover uma divisão racional de riscos entre as partes.”

Nesse sentido, existindo-se uma matriz de risco na concessão, o que foi pactuado deve ser obedecido, imputando-se a cada parte o ônus que lhe confere.

Como exemplo disso, pode-se citar uma situação na qual o risco de demanda seja atribuído à administração. Nesse caso, ocorrendo um evento que tenha forte impacto na demanda pelo serviço, a concessionária faria jus à revisão.

Em que pese a aparente clareza desse conceito, é importante trazer ao debate o que diz o autor Flávio Amaral Garcia (2016, p. 117-118) sobre o tema:

Supor que as partes devam manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece solução simplista dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a racionalidade da teoria da imprevisão.

[...]

A álea extracontratual (crise econômica) impacta diretamente a matriz de risco, não para justificar a modificação na sua alocação ou distribuição original, mas para motivar uma revisão do contrato que possa restabelecer a justiça comutativa maculada pela inesperada alteração da exógena conjuntura macroeconômica do país.

[...]

Quando as ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual.

Nesse sentido, deve-se ponderar a utilização da matriz de risco em decorrência da pandemia, pois essa situação pode afetar drasticamente as bases conjunturais



nas quais os riscos foram estimados. Nesse caso, supõe-se que a concessionária tenha assumido o risco da demanda, contudo o advento do isolamento social impõe uma realidade completamente distinta daquela na qual o contrato foi concebido, desequilibrando completamente o pacto a partir de uma situação que não poderia ser estimada, considerando o conceito econômico de alocação eficiente de risco. Sendo assim, uma interpretação literal da matriz de risco pode não ser a mais adequada.

Em situações análogas à supracitada, que versa sobre a ocorrência de uma situação extrema, a matriz de risco deveria ser analisada sob um ponto de vista mais amplo, considerando, inclusive, a possibilidade de estimativa racional do impacto da materialização do risco em comento.

Outro ponto a ser observado refere-se às situações para as quais não houver previsão na matriz de risco, ou por não existência desse pacto ou pela sua incompletude e, sobre esse caso, cabe transcrever o que diz o autor Fernando Vernalha Guimarães¹⁰:

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.

Neste 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.

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p 99-100.

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”.

Sendo assim:

- 1 – Para os casos previstos na matriz de risco, o ônus por uma ocorrência deverá ser imputado à parte responsável por esse risco. Porém, essa não é uma verdade absoluta, havendo casos nos quais a mudança da conjuntura econômica/social pode ser profunda a ponto de modificar as bases nas quais o contrato foi concebido, o que poderia justificar a revisão; e
- 2 – Para os casos não previstos na matriz de risco, o gestor poderá utilizar a teoria das áleas extraordinárias, apresentadas a seguir, para decidir sobre o cabimento ou não da revisão.

ÁLEA EXTRAORDINÁRIA

O particular, ao contratar com administração pública, está sujeito a riscos, além daqueles presentes nos contratos privados, que podem provocar o seu desequilíbrio econômico-financeiro. Esses riscos podem ser decorrentes da atuação do poder público ou inevitáveis e estranhos à vontade de ambas as partes, sendo denominados, em ambos os casos, de extraordinários (DI PIETRO, 2017, p 326-327).

Os riscos associados à atuação do poder público são denominados de áleas administrativas, que são divididas em três classificações: alteração unilateral do contrato, fato do príncipe e fato da administração; por outro lado, aqueles riscos inevitáveis e estranhos à vontade de ambas as partes são intitulados de áleas econômicas¹¹.

Na sequência, essas áleas serão detalhadas, apresentando-se os seus aspectos gerais e a sua aplicabilidade nos processos de revisão dos contratos.

Álea administrativa – Alteração unilateral do contrato

A alteração unilateral do contrato se refere às modificações realizadas pela administração nesse instrumento com base nas cláusulas exorbitantes. O objetivo desse procedimento é realizar adequações no objeto contratado com o intuito de melhor atender ao interesse público.

A previsão legal para a realização destas alterações consta do inc. I, do art. 58¹² e do art. 65, da Lei Federal 8.666/93¹³, nos quais se definem as possibilidades e limites para estas alterações.

Nesses casos, tanto a Lei Federal 8.666/93 (§ 6º¹⁴ do art. 65¹⁵) quanto a Lei Federal 8.987/95 (§ 4º do art. 9º¹⁶)

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 327-328. ¹² O inc. I, do art. 104, da Lei Federal 14.133/21 é o equivalente ao inc. I, do art. 58, da Lei Federal 8.666/93.

¹³ 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;

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração:

[...]

¹⁴ O art. 130, da Lei Federal 14.133/21, é o equivalente ao § 6º, do art. 65, da Lei Federal 8.666/93.

¹⁵ § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

¹⁶ § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

definem que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser recomposto pela administração. Portanto, em se verificando alterações unilaterais que desequilbrem o contrato, a contratada tem o direito de pleitear a revisão.

Álea administrativa – Fato do príncipe

O fato do príncipe consiste, segundo a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em: “medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”.¹⁷

A ocorrência desta álea se dá quando o Poder Concedente, no exercício de sua autoridade, adota medidas que impactem financeiramente a execução dos contratos em vigência, não se referindo às decisões relacionadas diretamente à execução contratual.

Como exemplo de fato do príncipe, pode-se citar a criação de algum tributo que onere determinado segmento empresarial, impactando reflexamente à execução de algum contrato.

Quanto ao tratamento desta álea extraordinária nos contratos de concessão, cabe transcrever o que consta da alínea d, inc. II, do art. 65 da Lei Federal 8.666/93 – lembrando-se sempre de que o art. 124 desta mesma lei autoriza sua aplicação a contratos de concessão, quando não conflitante com a legislação específica:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou **fato do príncipe, configura-**

ando álea econômica extraordinária e extracontratual.” (grifo nosso)

Depreende-se da leitura do referido dispositivo que o fato do príncipe é motivo para a solicitação de revisão contratual, bem como é considerado como álea extraordinária.

Desta forma, em se verificando a ocorrência do fato do príncipe, será cabível o procedimento de revisão, caso tenha se verificado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo-se o pleito: estar devidamente fundamentado juridicamente; e demonstrado de forma detalhada, inclusive com a apresentação de cenários comparativos, o impacto econômico-financeiro do evento extraordinário no contrato.

Álea administrativa – Fato da administração

Conforme já visto nos tópicos anteriores, a atuação da administração pode impactar diretamente o contrato por meio de alterações unilaterais ou reflexamente através do exercício de sua autoridade (fato do príncipe). Nessas duas hipóteses, verifica-se o comportamento regular do poder público, agindo de acordo com o pactuado ou dentro de suas competências legais, todavia há uma outra conduta da administração, marcada por sua irregularidade, que pode impactar o contrato (DI PIETRO, 2017, p. 330).

Como exemplos desse comportamento irregular e nocivo à boa execução contratual, podem-se citar os atrasos de pagamento ou a não liberação de áreas para a execução de determinada obra. Desta forma, um fato da administração pode provocar um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e ensejar o direito a sua recomposição (DI PIETRO, 2017, p. 330).

Dessa forma, em se verificando a ocorrência do fato da administração, a contratada poderá solicitar a revisão do contrato, em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, devendo esse pedido estar devidamente fundamentado juridicamente e demonstrar de forma detalhada, inclusive com a apresentação de cenários comparativos, o impacto econômico-financeiro do evento extraordinário no contrato.

Álea econômica - Teoria da imprevisão

A álea descrita anteriormente, que justificaria a realização de revisão no contrato, se refere a situações provocadas pela vontade da administração, diante das quais a contratada poderia requerer o reequilíbrio do contrato, caso pertinente, visto que não tinha como prever ou controlar a ocorrência destes eventos. Por isso, são áleas extraordinárias administrativas, ou seja, provocadas pela administração.

Além dessas situações, podem ocorrer eventos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, bem como os inevitáveis, que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas que

sejam estranhos à vontade de ambas as partes (Poder Concedente e Concessionária). Neste caso, deve-se verificar se a teoria da imprevisão pode ser aplicada para justificar o pleito de reequilíbrio do contrato.

Preliminarmente, deve-se frisar que nem todo evento que desequilibre um contrato pode ser motivo de revisão, visto que a administração não pode arcar com o ônus de propostas mal elaboradas por licitantes que não previram situações ordinárias. Sobre este ponto, o autor Lucas Rocha Furtado diz o seguinte:

Segundo a definição legal, fatos previsíveis, de consequências que se possam razoavelmente estimar, não podem servir de fundamento à pretensão de recomposição de preços. A lei não visa suprir a imprevidência do particular ou sua imperícia em calcular o comportamento da curva inflacionária, por exemplo. Apenas o resguardo de situações extraordinárias, fora do risco normal da economia de seus negócios.

De fato, admitir a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos fora das circunstâncias definidas em lei, vale dizer, aceitar a composição de preços nos contra-



¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 329.

tos a todo tempo e modo, na hipótese de o contratante apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira, seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia empresarial, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica.¹⁸

Diante disso, resta necessário verificar quais eventos poderiam ser enquadrados dentro da teoria da imprevisão. Nesse sentido, a alínea “d”, inc. II, art. 65, da Lei Federal 8.666/93, no trecho que define as hipóteses de alteração contratual por acordo entre as partes, traz luz ao tema, conforme transcrição a seguir:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na **hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (grifo nosso)

O trecho grifado se refere àquelas situações nas quais se aplicaria a teoria da imprevisão – o restante do texto trata de álea da administração, caso fortuito e força maior –, do qual se depreende que os eventos ensejadores de revisão devem ser não passíveis de estimativa à época da licitação e materialmente impactante (retardadores ou impeditivos da execução do ajustado). Quanto a estas características, cabe transcrever os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão formulados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹.

Aliada essa norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;



2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração.

Cabe aqui uma ressalva relacionada ao causador do desequilíbrio. Se o evento gerador for causado pela contratada, não sendo, portanto, estranho a sua vontade, deverá ser suportado pela própria. Já se for decorrente da vontade da administração, se enquadrará na álea administrativa. Portanto, eventos causadores

de desequilíbrio, que não sejam estranhos à vontade de ambas as partes envolvidas no contrato, não ensejarão a aplicação da teoria da imprevisão.

Face ao exposto, verifica-se que a aplicação da teoria da imprevisão será adequada aos eventos que sejam:

1. Imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; ou inevitáveis;
2. Estranhos à vontade das partes envolvidas no contrato;
3. Causadores de um desequilíbrio relevante, a ponto de retardarem ou impedirem o prosseguimento do contrato.

Avaliadas estas questões, as partes poderão concluir pelo cabimento ou não da

revisão. Caso seja pertinente a solicitação de revisão, este pleito deve estar devidamente fundamentado juridicamente e demonstrar, de forma detalhada, inclusive com a apresentação de cenários comparativos, o impacto econômico-financeiro do evento extraordinário no contrato.

Força maior ou caso fortuito

Preliminarmente, cabe distinguir o que seriam ocorrências caracterizadas como de força maior ou caso fortuito. No primeiro caso, temos a ação humana como a promotora do evento; já no segundo; é a natureza que gera o fato²⁰.

Ambos os casos são imprevisíveis, inevitáveis e estranhos à vontade das partes, porém, diferentemente das situações para as quais se aplica a teoria da imprevisão, a ocorrência de força maior ou caso fortuito provoca não somente o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas também a sua impossibilidade de exe-

cução²¹. Um exemplo dessa situação é a ocorrência de uma greve que não permita a prestação dos serviços contratados por ausência de trabalhadores, logo, vislumbra-se aqui a impossibilidade de execução e, não somente, o aumento de seu custo.

Quanto à possibilidade de revisão em decorrência de caso fortuito ou força maior, a Lei Federal 8.666/93 diz o seguinte:

Possibilidade de revisão

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (grifo nosso)

Portanto, mesmo diante de distinções teóricas acerca do enquadramento de um evento como caso fortuito, força maior ou passível de aplicação da teoria da imprevisão, a lei de licitações os agrupou em um mesmo dispositivo e definiu que são situações que possibilitam a revisão contratual.

Desta forma, em se verificando a ocorrência de caso fortuito ou força maior, a revisão contratual será uma alternativa possível – ressalvando-se, sempre, que deve ser observada a repartição de riscos pactuada –, devendo o pleito de reequilíbrio: estar devidamente fundamentado juridicamente e demonstrado de forma detalhada, inclusive com a apresentação de cenários comparativos, o impacto econômico-financeiro do evento extraordinário no contrato.

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 321.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 334.

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 1084. “O caso fortuito, na lição de Hely Lopes Meirelles, desenha evento da natureza, ao passo que a força maior consubstancia-se em evento humano.1 De toda forma, ambos são eventos imprevisíveis, necessários, que os contratantes não poderiam evitar, como, por exemplo, desastres naturais, greves, interdição de estradas, paralisação de portos etc.”

²¹ Maria Sylvia Zanella destaca que a ocorrência de caso fortuito ou força maior gera a impossibilidade de execução do contrato (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 335)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica de funcionamento da sociedade sofreu importantes alterações decorrentes da pandemia do coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), com reflexos observados em diversas atividades econômicas, visto que uma parte significativa da população do Estado do Rio de Janeiro entrou em quarentena. Nesse sentido, diversos contratos de concessão podem ter sofrido forte impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, a revisão contratual pode ser um instrumento utilizado para se recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos de concessão, no caso de ocorrências que não se refiram à variação inflacionária, dentro de situações normais, dos custos de produção e tenham impacto relevante na relação entre os encargos assumidos pela contratada e contrapartida devida pela administração.

Dessa forma, ao se verificar que a pandemia de Covid-19 gerou uma situação que afetou o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão, as partes devem analisar essa ocorrência à luz da repartição objetiva de riscos pactuada ou segundo a teoria das áleas extraordinárias, para, na sequência, concluir pela possibilidade e fundamento de um pleito de revisão contratual.

Tendo em vista o grande impacto da pandemia na atividade econômica do país, com considerável repercussão nos contratos de concessão, buscou-se, até aqui, apresentar os principais aspectos legais relacionados à revisão extraordinária, com o propósito principal de colaborar com os administradores públicos fluminenses na desafiadora tarefa de gerir tais contratos.

Planejamos, em uma próxima oportunidade, continuar a pesquisa no que tange aos aspectos práticos da revisão de contratos de concessão em razão da Covid-19, tratando dos parâmetros que podem ser utilizados para aferição do equilíbrio econômico-financeiro, como: a Taxa Interna de Retorno - TIR, a TIR Modificada - TIRM, o Valor Presente Líquido - VPL, o Payback e a Exposição Máxima de Caixa.

Pretende-se, ainda, apresentar as principais características, sob o viés de impacto no usuário ou no Poder Concedente, das formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mais tradicionais, como alteração do valor das tarifas, indenização pelo Poder Concedente, alteração de encargos, dilação do prazo de concessão e alteração do plano de investimentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 14.133, de 01 de abril de 2021**. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2016. p. 109-124.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2016. p. 89-108.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

