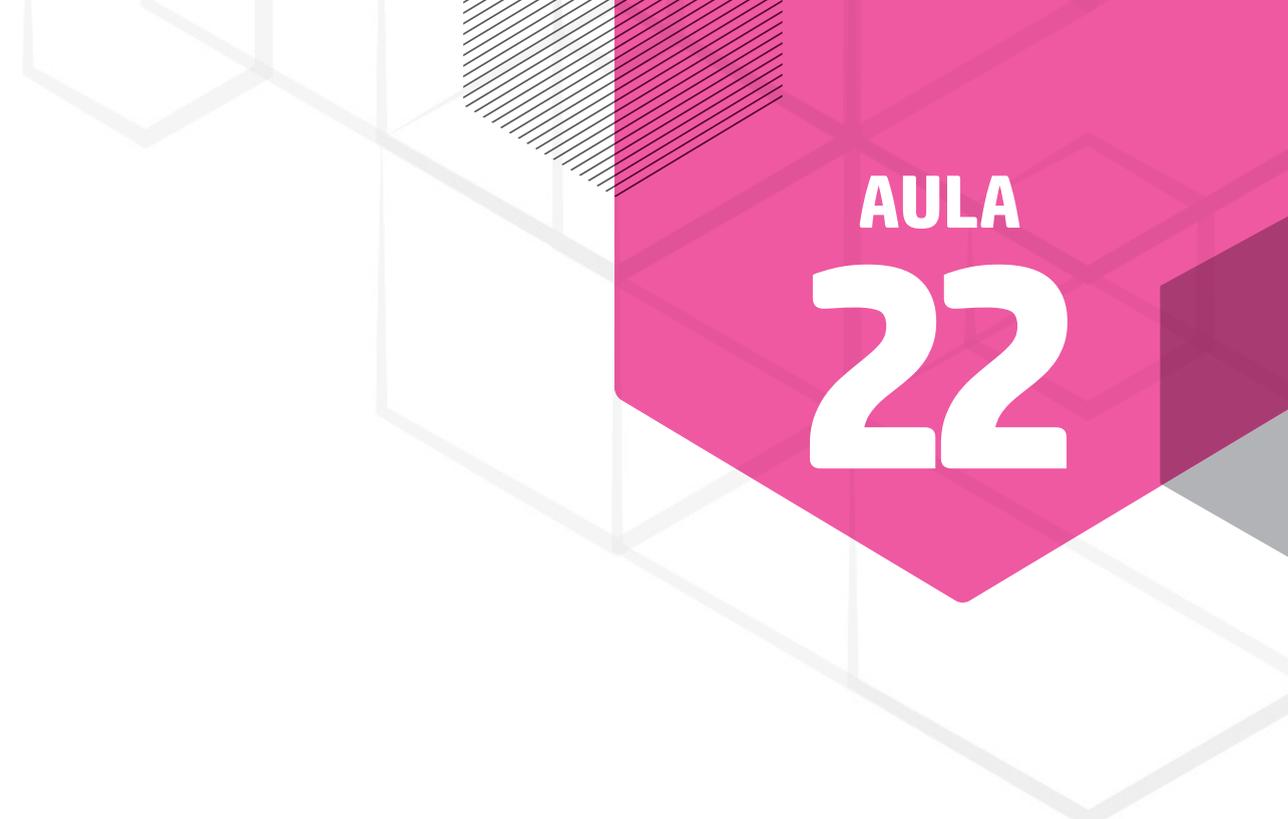


CARLOS ARI SUNDFELD • EDUARDO JORDÃO • EGON BOCKMANN MOREIRA
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO • GUSTAVO BINENBOJM
JACINTHO ARRUDA CÂMARA • JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA
MARÇAL JUSTEN FILHO • MARIANA MOTA PRADO • VERA MONTEIRO

CURSO DE **DIREITO**
ADMINISTRATIVO
EM AÇÃO

Casos e leituras para debates

2025



AULA
22

QUANDO AS CONCESSÕES MUDAM?

Incompletudes e superveniências
em contratos de longo prazo

por *Egon Bockmann Moreira*

1.

CONHECENDO O BÁSICO

As concessões de serviço público são um tipo especial de contrato administrativo. Por meio delas, o Estado-Administração convida pessoas privadas não só a assumir a gestão eficiente de obras e/ou serviços públicos, mas especialmente a fazer investimentos cuja rentabilidade precisa conviver com o longo prazo. Ao contrário dos contratos administrativos tradicionais (compra e venda, empreitada de obras e serviços etc.), que são de curto prazo e nos quais o preço é desembolsado pelo orçamento público, nas concessões os aportes financeiros são oriundos de investidores privados. Estes examinam os dados da oferta pública, angariam o capital necessário, concorrem nas licitações e celebram contratos com vistas a gerir bens e serviços por décadas, a fim de gerar a rentabilidade esperada.

Em termos gerais, as concessões são normativamente classificadas em “comuns” (Lei nº 8.987/1995), “patrocinadas” e “administrativas” (Lei nº 11.079/2004). A diferença básica entre elas está no grau de comprometimento das finanças públicas para a geração da futura rentabilidade do projeto concessionário: nas comuns, a receita futura é paga pelos usuários dos bens e/ou serviços; nas patrocinadas, elas são partilhadas entre o Poder Concedente e os usuários; nas administrativas, quem desembolsa é só o Poder Concedente. Todas unidas por três fatos: por um lado, são projetos de interesse público, tornado concreto no edital e contrato; por outro, quem arca com a robusta verba inicial para executar as obras e prestar os serviços é o empresário que celebrou o contrato administrativo; por fim, a rentabilidade é paulatinamente realizada durante as décadas futuras.

Na vida prática, portanto, as concessões revelam-se como projetos exigentes de aportes financeiros privados em bens e serviços de titularidade pública. São contratos de capital intensivo, a demandar grande volume de dinheiro para sua implementação, sem que seja possível a lucratividade no curto prazo (não há como cobrar, de partida, bilhões de reais de um grupo de usuários; é preciso diferir essa cobrança ao longo do tempo). Daí porque são extensos os prazos de tais contratos, com execução e rentabilidade projetadas para o futuro com lastro em informações e estimativas presentes. O empresário analisa o projeto estampado no edital, confia nos dados fornecidos pela Administração Pública, faz as contas e efetiva a sua oferta na licitação, que muitas vezes alcança cifras extraordinárias.

Vendo-se dessa forma, e exemplificativamente, as ferrovias, os portos ou as telecomunicações são ativos que podem ser explorados diretamente

pela União ou por meio de concessões (além das autorizações e permissões).

A esta altura da nossa conversa, você já deve ter notado que os contratos de concessões de obras e serviços públicos são bastante distintos dos contratos administrativos de obras e/ou serviços, doravante chamados de “contratos de desembolso” (regidos pelo art. 37, inc. XXI, da Constituição, ao qual a Lei nº 14.133/2021 dá aplicabilidade). As concessões são “contratos de investimento”, cuja rentabilidade será posta a teste no longo prazo (elas são regidas pelo art. 175 da Constituição, ao qual a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004 dão aplicabilidade). Por isso, é de se afastar o lamentável equívoco de serem aplicadas, sem maiores reflexões, as soluções construídas para as contratações administrativas de desembolso aos contratos de investimento. Aqueles contratos, estáticos e de curto prazo (bilaterais, comutativos e sinalagmáticos), têm natureza e regime jurídico estranhos às concessões, que são dinâmicas e de prazo extenso (gestão de obras e serviços públicos por sociedades empresariais privadas). A compreensão das concessões há de ter em vista o “caráter especial de seu contrato” (Constituição, art. 175, par. ún., inc. I).

Ou seja, os contratos de concessão ostentam condições diferenciadas, inclusive em termos de normatividade constitucional e políticas públicas. Estamos diante da *privatização formal* (ou *contratual*, ou *organizatória*, ou *de gestão*) de atividades estatais, nas quais persiste íntegra a titularidade pública dos bens e serviços. A desestatização dá-se na superfície do serviço a ser prestado e/ou da obra a ser executada. A depender do objeto contratual (a prestação a que se obriga a parte), a maioria dos bens permanece no setor público dos bens e fatores de produção (v.g., rodovias, ferrovias e usinas hidrelétricas). A gestão e o domínio imediato dos bens a ela necessários são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. Tudo isso com a publicização de algumas facetas das atividades do empresário (por exemplo, a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição).

O que autoriza o alerta de que, muito embora o concessionário não faça parte da estrutura orgânica da Administração Pública, fato é que ele passa a exercer algumas atividades de interesse público (prioritariamente sob regime jurídico de direito privado). Essa privatização formal, portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado (com todos os aspectos ativos e passivos daí decorrentes), ao lado da obrigação, legal e contratualmente imputada a ambas as partes, de preservar o projeto concessionário.

Devido ao fato de o contrato de concessão delegar ao concessionário a gestão de certos bens e serviços públicos, ele tem efeito dúplice diante das partes signatárias, com repercussões em face de terceiros (não só os usuários, mas também os proprietários de áreas lindeiras, os colaboradores do concessionário, as instituições financeiras que emprestam valores, as seguradoras etc.). Qual seria esse efeito dúplice? Ao mesmo tempo em que *constitui o concessionário*, e amplia sua esfera jurídica por meio da outorga de títulos, competências e direitos, também *diminui o feixe de competências do Poder Concedente*, que deixará de administrar os bens e serviços objeto do contrato. Em suma, *privatiza-se a autonomia da gestão* de bens e serviços públicos, com metas supervisionadas pelo Poder Concedente (ou pela agência reguladora a quem tenha sido atribuída tal competência).

A compreensão dessa transferência de gestão é importante para a respectiva blindagem dos processos decisórios internos ao próprio concessionário. Os contratos de concessão garantem a autonomia privada inerente ao seu escopo, por prazo certo e nos limites previstos em lei, regulamento e edital. O contrato será soberano no relacionamento entre as partes (poder concedente e concessionário), parametrizando o comportamento de ambas (entre si, diante dos usuários e de terceiros). Apenas em decorrência da autonomia de vontade das partes as obrigações contratuais poderão ser alteradas (exceção ao *ius variandi* da Administração), por meio de termo aditivo respeitador do equilíbrio econômico-financeiro. Todos devem se conscientizar de que estão diante de um projeto concessionário de interesse público, a demandar convivência harmônica e permanente construção de soluções.

Tal ordem de complexidade (prazo extenso; pluralidade de partes e terceiros; prestações referentes a obras e serviços; rentabilidade projetada; riscos múltiplos, de ordem financeira, trabalhista, ambiental, de engenharia, política etc.; sistema de garantias perante o Poder Concedente e financiadores; avanços tecnológicos; rede de contratos coligados etc.) é inerente às concessões. Isso revela uma peculiaridade bastante sensível a tais pactos, que lhes é inata: *os contratos concessionários são naturalmente incompletos e mutáveis*. Vejamos o que significam essas expressões e como isso se dá na vida real.

Para se ter uma ideia do volume de capital exigido para projetos concessionários, leiamos a notícia referente à licitação do setor de água e saneamento do Estado do Rio de Janeiro, outrora de responsabilidade exclusiva da Companhia Estadual de Água e Esgotos - CEDAE, uma sociedade de economia mista. Houve um leilão que demandava o pagamento de preços de outorga combinados com a promessa de investimentos em obras e serviços, para contratos com prazo de 30 anos.



LEILÃO DA CEDAE ARRECADADA MAIS DE R\$ 22 BILHÕES PELOS BLOCOS 1, 2 E 4; BLOCO 3 NÃO RECEBE OFERTA

Em disputa acirrada, valor supera expectativa de arrecadação inicial, que era de R\$ 10,6 bilhões, em 114%. Sem lances, bloco que reúne 22 bairros da Zona Oeste do Rio e 6 municípios deve ter nova licitação.

G1, 30/04/2021

Por Daniel Silveira e Káthia Mello

Em uma disputa acirrada entre concorrentes, o leilão da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae) arrecadou **R\$ 22,6 bilhões**, com a concessão de três dos quatro blocos ofertados, nesta sexta-feira (30) na Bolsa de Valores de São Paulo (B3).

O valor superou a expectativa de arrecadação inicial, que era de **R\$ 10,6 bilhões, em 114%**.

- **Bloco 1** – arrematado pelo **Consórcio Aegea** por **R\$ 8,2 bilhões** – ágio de **103,13%**
- **Bloco 2** – arrematado pelo **Consórcio Iguá** por **R\$ 7,286 bilhões** - ágio de **129,68%**
- **Bloco 4** - arrematado pelo **Consórcio Aegea** por **R\$ 7,203 bilhões** - ágio de **187,75%**
- **Bloco 3** – **sem vencedor** – a única proposta havia sido apresentada pelo Aegea, que optou por retirá-la antes que fosse aberta, o que lhe foi permitido já que havia arrematado o bloco leiloadado antes dele, o 4.

Em aproximadamente uma hora de leilão, os três blocos mais valiosos da companhia já tinham sido arrematados com ágio (valor adicional ao mínimo que era exigido no edital) superior a 100% do valor inicial.

[...]

A concessão da Cedae em 10 pontos

1. A Cedae **não será totalmente privatizada**. Uma parte dela continuará estatal e responsável pela captação e tratamento da água - as concessionárias vão comprar a água do estado para distribuir à população.
2. Apenas os serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário serão concedidos, **pelo prazo de 35 anos**, à iniciativa privada.

As áreas geográficas de atuação da Cedae **foram divididas em quatro blocos**, que serão leiloados separadamente. Cada um abrange uma região da capital e um conjunto de municípios, no modelo **“filé e osso”**.

Ao todo, **35 municípios**, incluída a capital, terão os serviços de distribuição de água e coleta de esgoto concedidos à iniciativa privada.

Parte do dinheiro arrecadado no leilão terá, obrigatoriamente, que ser investido pelo estado em projetos de despoluição: R\$ 2,6 bilhões na Baía de Guanabara, R\$ 2,9 bilhões na Bacia do Guandu e R\$ 250 milhões no complexo lagunar da Barra da Tijuca.

As empresas que vencerem o leilão terão como principal meta universalizar os serviços até 2033. Para isso, terão que investir cerca de **R\$ 30 bilhões** em infraestrutura de água e esgoto, sendo R\$ 12 bilhões nos cinco primeiros anos.

Também será obrigatório o investimento mínimo de R\$ 1,86 bilhão na infraestrutura de favelas.

Metas intermediárias rígidas e periódicas terão que ser cumpridas pelas concessionárias sob pena de diversas sanções, que incluem multa e até a perda do contrato.

O contrato veta aumento real das tarifas cobradas dos consumidores – só será permitido o reajuste anual da inflação, cujo índice será definido pela agência reguladora.

O contrato também prevê que tarifa social terá que ser ampliada **de 0,57% para, no mínimo, 5% da população**.

Ao todo, 12 empresas, nacionais e estrangeiras, demonstraram interesse pelo projeto. Mas para a disputa final foram formados **quatro consórcios empresariais**, cada um liderado por grandes investidores.

A Cedae, última grande estatal do Rio de Janeiro, não será extinta com o leilão. Uma parte dela será mantida sob a governança do estado, que continuará responsável pela gestão e produção da água.

Juntos, o poder público e os futuros concessionários terão um imenso desafio a superar para garantir a universalização dos serviços até 2033, principal meta do projeto.

Visto esse caso concreto de sucesso para a outorga de concessões, temos agora de pensar no que acontece a partir de então. Muitos de nós, juristas, usualmente imaginamos que os contratos – sobretudo os administrativos – são completos (perfeitos, acabados e aptos a enfrentar os momentos difíceis), eis que partes capazes negociaram exaustivamente o seu objeto lícito e, assim, anteviram todos os futuros desafios e soluções.

Por serem completos, não gerariam custos de transação extraordinários nem a instalação de conflitos. Eventuais alterações dos contratos administrativos seriam solucionadas pela *teoria das áleas*, dissociadora da responsabilidade por eventos futuros em álea ordinária (ou empresarial, eis que presente em qualquer tipo de contrato) e álea extraordinária (ou estatal, aquela imprevisível por não se relacionar imediatamente com o contrato). Essa teorização concebe o mundo real de forma simples, binária: tudo é ordinariamente solúvel pela expertise empresarial, salvo o extraordinário. Esta última categoria abrange superveniências que escapam do previsível e é tida como rara, excepcional. Afinal, se é tão estranha assim, uma noção intuitiva alberga sua rejeição: eventos anômalos tendem a não acontecer.

Segundo essa antiga percepção, desenvolvida num mundo bastante mais simples do que o nosso (do século XIX até meados do século XX), os contratos administrativos, inclusive os de concessões, conseguiriam prever a integralidade dos direitos, obrigações e recursos das partes diante de todas as ocorrências. Tal como as cartomantes, o edital e o contrato teriam a habilidade de prever o futuro. Contudo, paremos para pensar: se a imaginação humana já dispõe de criatividade limitada para os fatos presentes (eis que inexistente a condição de onisciência), o que se dizer quanto à previsão de contratempos que podem (ou não) ocorrer daqui a dez, vinte ou trinta anos? Será que os estudos prévios e o edital de licitação conseguem dar cabo do porvir? A economia, nacional e internacional, comportar-se-á de modo uniforme? A demanda de usuários crescerá como prevista? Os acionistas do empreendimento serão os mesmos? Todas as leis, regulamentos e tribunais permanecerão iguais?

As respostas nós já sabemos, sintetizáveis numa só: é impossível prever o futuro. As superveniências e a realidade circundante não se limitam ao binômio previsível (usual) *versus* imprevisível (excepcional). Há situações cuja longevidade e complexidade impedem que sejam tidas de antemão como completas, eis que nascem, por si só, incompletas. Daí não fazer qualquer sentido imaginar que o imprevisível é excepcional. Ao contrário: o aleatório habita o nosso cotidiano e precisamos aprender a lidar com ele. Essa constatação do óbvio instala o desafio de classificar juridicamente esses fenômenos. Para tanto, que tal abrirmos os horizontes e nos sentarmos à mesa com outras ciências sociais, a fim de estudarmos a teoria econômica dos contratos incompletos?

A ideia de contratação incompleta foi tornada célebre sobretudo devido a economistas como Sanford Grossman, Oliver Hart e John Moore, em estudos desenvolvidos a partir de meados da década de 1980 que se tornaram mundialmente conhecidos em 2016, quando Oliver Hart recebeu o Prêmio Nobel de Economia (ao lado de Bengt Holmström). Vejamos o que

ele, depois de analisar especialmente as teorias de Ronald Coase (Nobel de Economia, 1991) e Oliver Williamson (Nobel de Economia, 2009), nos diz a propósito da viabilidade teórica de haver custos de transação zero em decorrência de contratos supostamente completos.



INCOMPLETE CONTRACTS AND THE THEORY OF THE FIRM

Journal of Law, Economics, & Organization,
Vol. 4, n° 1, 1988, pp. 119- 139

Por **Oliver D. Hart**

No entanto, isto é muito pouco realista: na prática, os custos de transação são generalizados e elevados. Uma consequência da presença de tais custos é que as partes de um relacionamento *não vão* redigir um contrato que antecipe todos os eventos que podem ocorrer e as diversas ações que são apropriadas nesses eventos. Ao invés disso, redigirão um contrato que é *incompleto*, no sentido de que contém lacunas ou disposições ausentes; isto é, o contrato especificará algumas ações que as partes deverão realizar, mas não outras; mencionará o que deveria acontecer em alguns “estados do mundo”, mas não em outros. Um resultado desta incompletude é que ocorrerão eventos que tornarão desejável que as partes ajam de forma diferente da forma especificada no contrato. Como consequência, as partes quererão *revisar* o contrato. Além disso, as partes podem, por vezes, discordar sobre o que realmente significa o contrato; disputas podem ocorrer e terceiros podem ser contratados para resolvê-las.

Esse breve parágrafo de um dos artigos seminais de Oliver Hart nos alerta para o fato de que, na teoria, os contratos podem ser tidos como completos, mas, na prática, isso é bastante difícil de acontecer. O que os economistas nos ensinam é que talvez a premissa mais adequada seja a de compreender que os contratos – em especial os complexos e de longo prazo – conseguem ser, no máximo, limitadamente completos. Com base nas informações disponíveis quando de sua celebração, o contrato é o que de melhor as partes lograram fazer. Para além disso, existe o imenso desconhecido (por motivos técnicos, científicos ou mesmo de custos). Logo, há contratos naturalmente incompletos pelo simples motivo de que a completude absoluta neles não pode existir. Aqui começamos a nos aproximar de uma visão realista dos contratos de concessão de serviço público.

Mas, atenção: se é um equívoco supor que exista alguém com informações completas a respeito de um contrato, isso em nada afeta sua perfeição, validade e eficácia jurídicas. O resultado é outro, antes se aproximando da conscientização de que, quando surgirem as lacunas, contingências, incertezas ou novidades futuras, tais peculiaridades devem ser encaradas com responsabilidade e comedimento. Como tais superveniências irão acontecer, a gestão e a fiscalização contratuais requerem a postura ativa de deferência

ao projeto concessionário, em vista das vantagens coletivas nele definidas. As lacunas merecem ser detectadas em bom tempo, a fim de serem objeto de tempestivas soluções, preferencialmente por métodos autocompositivos (negociação, conciliação, mediação e *dispute boards*). Também por isso as concessões demandam revisões ordinárias periódicas, ao lado das extraordinárias. Igualmente, não se pode estranhar a existência de vários termos aditivos nesses contratos: eles decorrem da consciência da complexidade e longevidade de tais negócios jurídico-administrativos, unida à necessidade de serem bem executados em todo o seu prazo.

Essa incompletude se revela em eventos supervenientes, estranhos à vontade das partes e ao volume de informações disponíveis quando da celebração do pacto. Alguns desses fatos podem até causar a impossibilidade (integral ou parcial; provisória ou definitiva) de cumprimento das obrigações, como se dá naqueles casos que o direito qualifica de caso fortuito ou força maior. As classificações para “força maior”, “*force majeure*” e “*act of God*” podem divergir e encontrar aplicações distintas nos respectivos sistemas jurídicos (que incluem - ou não - o “caso fortuito”). Geram divergência acadêmica e jurisprudencial. Fazem nascer teses.

Mas, podemos dizer que possuem algo central em comum, revelado nos adjetivos que as acompanham: *maior* (que supera as forças humanas, em extensão e intensidade), *fortuito* (por acaso) e *divino* (acima do entendimento e controle humanos). Trata-se de eventos supervenientes, a alterar a situação fático-jurídica e, assim, exonerar o devedor da prestação, que se tornou literalmente impossível ou impraticável em razão de fato que transcende a subjetividade das partes. O que revela três de seus elementos: (i) o fato deve se dar em momento posterior à contratação; e (ii) deve impedir a prestação contratada (não apenas torná-la mais onerosa) e (iii) deve ser alheio à esfera subjetiva de quaisquer pessoas, especialmente do devedor. Os exemplos clássicos são pandemias, terremotos, erupções vulcânicas e tsunamis. Note-se que a força maior não é tema puramente objetivo, a instalar automaticamente a equação “força maior = desoneração do devedor”. A exata dimensão da sua incidência decorre de fatores subjetivos, revelando-se na resposta a esta inquirição: até que ponto o devedor pode (ou não) romper o nexo de causalidade entre a força maior e a execução contratual?

Por exemplo, para escritórios de advocacia, o conjunto de fatos decorrentes da tragédia do COVID-19 foi de extrema onerosidade, mas, salvo exceções, não configurou força maior: os contratos persistiram a ser executados. Por outro lado, as creches infantis foram impedidas tanto de receber crianças quanto de prestar serviços à distância. Aqui, o devedor não conseguiria, nos limites de suas forças, quebrar o nexo de causalidade entre os eventos e a impossibilidade de executar as prestações. Essa ordem de manifestação

da incompletude contratual recebe qualificação jurídica e pode se expressar tanto nos contratos de concessão como naqueles a eles relacionados. Examinemos o interessante acórdão do STJ abaixo transcrito, revelador dessa ordem de complexidade contratual e seus efeitos multipartes.



RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRORROGAÇÃO DO VENCIMENTO DE PARCELAS DE CONTRATO DE MÚTUO PARA FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E COLETIVO DE PASSAGEIROS. MEDIDA DETERMINADA POR ENTES FEDERATIVOS PARA CONTER O AVANÇO DO CORONAVÍRUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSENTE. CONTRATO DE CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. PRECEDENTES. CONTRATOS PARITÁRIOS. REGRA GERAL. PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PREVISÃO DO ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO. ART. 478 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. PANDEMIA DA COVID-19 QUE CONFIGURA, EM TESE, EVENTO IMPREVISÍVEL E EXTRAORDINÁRIO APTO A POSSIBILITAR A REVISÃO DO CONTRATO, DESDE QUE PREENCHIDOS OS DEMAIS REQUISITOS LEGAIS. HIPÓTESE DOS AUTOS.

1. Ação de obrigação de fazer, consistente na prorrogação excepcional e temporária do vencimento das parcelas de cédulas bancárias durante o período de calamidade pública ocasionado pela pandemia do coronavírus, ajuizada em 8/6/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 7/3/2022 e concluso ao gabinete em 11/5/2023.
2. O propósito recursal consiste em decidir (I) se a proteção do Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de mútuo para fomento de atividade empresarial de transporte intermunicipal de passageiros e (II) se é possível prorrogar o vencimento das parcelas do referido contrato durante o período de suspensão das atividades de tráfego intermunicipal em razão da pandemia do coronavírus, com fundamento nas Teorias da Imprevisão (art. 317 do CC) e da Onerosidade Excessiva (art. 478 do CC).
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.
4. Nos termos da jurisprudência do STJ, é inaplicável o diploma consumerista na contratação de negócios jurídicos e empréstimos para fomento da atividade empresarial, uma vez que a contratante não é considerada destinatária final do serviço. Precedentes.
5. Nos contratos empresariais deve ser conferido especial prestígio aos princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, diretrizes positivadas no art. 421, *caput*, e 421-A do Código Civil, incluídas pela Lei nº 13.874/2019.
6. Nada obstante, o próprio diploma legal consolidou hipóteses de revisão e resolução dos contratos (317, 478, 479 e 480 do CC). O art. 317 do Código Civil, ao consagrar a Teoria da Imprevisão, de matriz francesa, estabelece

cláusula geral de revisão da prestação contratual, desde que presentes os seguintes requisitos: (I) obrigação a ser adimplida em momento posterior ao de sua origem; (II) superveniência de evento imprevisível; (III) que acarrete desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução. A pedido da parte, o juiz poderá corrigir o valor da prestação, de modo a assegurar, quanto possível, o seu valor real.

7. Do mesmo modo, a interpretação sistêmica e teleológica dos arts. 478, 479 e 480 pode conduzir à revisão judicial do pactuado, não se limitando à resolução contratual. A Teoria da Onerosidade Excessiva (art. 478 do CC), de origem italiana, pressupõe (I) contratos de execução continuada ou diferida; (II) superveniência de acontecimento extraordinário e imprevisível; (III) que acarrete prestação excessivamente onerosa para uma das partes; (IV) extrema vantagem para a outra; e (V) inimputabilidade da excessiva onerosidade da prestação ao lesado. Possibilidade de flexibilização da “extrema vantagem”.

8. A pandemia da Covid-19 configura crise sanitária sem precedentes, que não apenas colocou em risco, mas também resultou, lamentavelmente, na perda de incontáveis vidas. Diante do cenário emergencial, garantiu-se às autoridades públicas, no âmbito de suas competências, a adoção de medidas necessárias para tentar preservar, ao máximo, a saúde e a vida das pessoas (Lei nº 13.979/2020). Nesse contexto, entes da Federação decretaram a suspensão de atividades e do funcionamento de estabelecimentos comerciais e industriais (*lockdown*), bem como a suspensão do transporte público e coletivo de passageiros, tanto a nível intermunicipal quanto na seara internacional.

9. A situação de pandemia não constitui, por si só, justificativa para o inadimplemento da obrigação, mas é circunstância que, por sua imprevisibilidade, extraordinariedade e por seu grave impacto na situação socioeconômica mundial, não pode ser desprezada pelos contratantes, tampouco pelo Poder Judiciário. Desse modo, a revisão de contratos paritários com fulcro nos eventos decorrentes da pandemia não pode ser concebida de maneira abstrata, mas depende, sempre, da análise da relação contratual estabelecida entre as partes, sendo imprescindível que a pandemia tenha interferido de forma substancial e prejudicial na relação negocial.

10. Esta Corte Superior tem se manifestado no sentido de que a pandemia da Covid-19 configura, em tese, evento imprevisível e extraordinário, apto a possibilitar a revisão contratual com fundamento nas Teorias da Imprevisão (arts. 317 do CC) e da Onerosidade Excessiva (art. 478 do CC), ambas interpretadas de maneira teleológica e sistêmica. Nessa linha de raciocínio, permitiu-se a revisão proporcional de aluguel em razão das consequências particulares da pandemia da Covid-19 em relação à empresa de *coworking* cujo faturamento foi drasticamente reduzido no período pandêmico (REsp 1.984.277/DF, Quarta Turma, DJe 9/9/2022), bem como a revisão dos aluguéis em contratos estabelecidos pelo shopping center e seus lojistas, desde que verificados os demais requisitos legais estabelecidos pelo art. 317 ou 478 do Código Civil (REsp 2.032.878/GO, Terceira Turma, DJe 20/4/2023).

11. Na hipótese, o contexto fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias corrobora a possibilidade da revisão contratual com fundamento nas teorias supra analisadas. Houve demonstração de que as rotas realizadas pela empresa de transporte intermunicipal foram efetivamente suspensas e

que esta foi impedida de exercer suas atividades em razão de determinação do Poder Público, com a comprovação de queda abrupta e temporária no faturamento empresarial. A manutenção de cobrança de prestações mutuárias, nos moldes do originariamente pactuado, para fomentar atividade que foi paralisada no período pandêmico, mostra-se excessivamente onerosa, devendo-se revisar o contrato para preservar o seu equilíbrio. Manutenção do acórdão estadual.

12. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 2.070.354/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023)

Sabedores de que os contratos de concessão são naturalmente incompletos, bem como que o direito provê o aplicador de soluções jurídicas a eventos que dão vazão a aspectos específicos dessa característica básica, que tal pensarmos em antecipar soluções? Em pactuar *ex ante*, no próprio contrato ou nos regulamentos que lhe dão aplicabilidade, métodos de transpor os desafios. Acentuar o consensualismo e a discricionariedade negocial privativa da Administração Pública.

Existem duas técnicas já experimentadas na experiência brasileira quanto ao manejo da incompletude dos contratos administrativos. Uma é a *matriz de alocação de riscos*, outra é a *mutabilidade contratual*. Analisemos rapidamente cada uma delas.

A primeira dessas técnicas que procuram atenuar os efeitos da incompletude contratual são as cláusulas de matriz de alocação de riscos (aqui entendidos como eventos futuros e incertos, passíveis de quantificação presente). Por exemplo, pensemos em determinados riscos de engenharia: a experiência demonstra e os bancos de dados comprovam quais tipos de eventos danosos podem acontecer em quais espécies de obras, autorizando que sejam feitos cálculos estimativos de seu impacto para a economia e finanças do contrato. Isso pode ser precificado e colocado sob a responsabilidade futura de só uma das partes contratantes a fim de que, se porventura o risco se concretizar, não haja conflitos a respeito da responsabilidade em arcar com os respectivos custos (o que instala cuidado adicional da parte responsável e a viabilidade de celebração de contratos de seguro).

Note-se que, desde a edição da Lei de PPP, tornou-se obrigatória a repartição formal de riscos entre as partes nas concessões administrativas e patrocinadas, inclusive os “referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (Lei nº 11.079/2004, art. 5º, inc. III, c/c art. 4º, inc. VI). Também as concessões comuns passaram a adotar essa diretriz, apesar de a lei apenas se valer da expressão clássica “por sua conta e risco” ao definir como se daria a exploração do serviço concedido

e se referir às “condições do contrato” como critério de avaliação de seu equilíbrio econômico-financeiro (Lei nº 8.987/1995, arts. 2º e 10). A Lei Geral de Licitações e Contratos também versa a propósito da matriz de riscos em seus arts. 6º, inc. XXVII, 22 e 103 (aplicáveis apenas de modo subsidiário às concessões, nos termos do art. 186 da Lei nº 14.133/2021). Essa técnica de prevenção de custos e de litigiosidade parte do pressuposto de que poderá haver a concretização futura de eventos danosos. Logo, ao invés de desprezar tal peculiaridade dos contratos incompletos, as partes antecipam a solução do potencial conflito (e não a remetem à teoria das áleas).

Hoje, as concessões normalmente contêm matriz de risco. É o documento, anexo ao contrato, que, em vista das peculiaridades da contratação, divide a responsabilidade de arcar com as consequências de certos eventos futuros e incertos. Afinal, sabe-se que eles acontecem. As partes signatárias do contrato concessionário exercitam sua autonomia de vontade (pessoa privada) e sua competência negocial discricionária (entidade pública) para dispor, de comum acordo, a propósito de quem será o responsável por arcar com os custos deste ou aquele risco, prevenindo-o e arcando com os respectivos custos presentes (seguros, contingenciamentos) e futuros (o risco transformado em fato danoso). Esse pacto necessita ter por fundamento a efetiva realidade do contrato (levantamentos técnicos caso a caso) e atribuir os riscos de modo equânime e proporcional, sob pena de nulidade.

Cientes da incompletude presente quando da confecção do contrato, as partes podem abdicar de conflitos posteriores e desenvolver tratativas prévias para que eles não ocorram. Os riscos do contrato são analisados em vista do que realmente existe, catalogados, sistematizados e subjetivamente alocados nessa “matriz”. Existem escolhas e respectiva precificação. A partir de sua positivação contratual, torna-se objetiva a alocação de riscos: suprime-se a subjetividade de sua responsabilização futura. Deixemos isso bem claro, portanto: são as partes, no momento antecedente ao contrato, que negociam a matriz de riscos. Ela não é um dado (legislativo), mas sim um construído (transação). Pressupõe a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva de ambas as partes.

Para além da matriz de riscos, e a conviver com ela, outro assunto que acompanha a incompletude dos contratos administrativos de longo prazo é a sua mutabilidade. A premissa é bastante simples: se temos o conhecimento de que os contratos concessionários são incompletos, nada mais natural que prestigiar a sua adaptabilidade futura, a fim de se preservar a implementação do interesse público estampado no projeto concessionário.

Atualmente, nada mais adequado do que se falar em *segurança advinda da certeza da mudança*. Este aparente contrassenso é o que se passa nas

concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforça a segurança jurídica na prestação adequada do serviço. Ou, melhor: *a segurança contratual presta-se a garantir a mutabilidade do negócio jurídico firmado*. A concessão é específico modo de gestão privada dos serviços públicos, mais adequado para determinados setores econômicos de titularidade estatal: este é o motivo que legitima a escolha pública e assim estipula as *condições do contrato* de concessão (Lei nº 8.987/1995, art. 10).

O contrato de concessão deve prestigiar o seu escopo macro, de caráter público-desenvolvimentista. Por isso que a concessão há de ser compreendida como a integração cooperativa entre Poder Concedente e concessionário, ambos unidos para prestar o serviço adequado a uma tarifa módica, em vista do interesse coletivo. A defesa da colaboração concedente-concessionário tem em mira o fato de que concessões somente são exitosas quando todas as partes tenham como interesse primário o próprio projeto e seu sucesso. A concessão é instrumento de cooperação e complementaridade público-privada, em que os interesses são horizontalmente alinhados e compostos, com vistas à prestação de serviço público cuja adequação persista no tempo. Daí a necessidade de prestígio à respectiva mutabilidade – como nos ensina o Professor Flávio Amaral Garcia.



A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

2ª ed. Salvador: Juspodivm/Malheiros, 2023

Por Flávio Amaral Garcia

A lente da mutabilidade incide em uma estrutura totalmente distinta das conhecidas concessões oitocentistas. Os contratos de concessão contemporâneos apresentam características e peculiaridades que produzem, dentre tantas outras consequências no universo do direito administrativo, um impacto direto no modo e na forma de enxergar a mutabilidade.

Desse modo, esses contratos exigem constante atenção acerca da mutabilidade, com a previsão de mecanismos assecuratórios capazes de se adaptarem às vicissitudes que porventura aconteçam durante a execução, de acordo com os parâmetros e a moldura própria do direito público.

A mutabilidade integra a essência dos contratos de concessão e deve ocupar um papel de centralidade na sua regulação, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho. Por isso, é relevante compreender como a mutabilidade se insere nos contratos de concessão e na forma como eles são atualmente estruturados. (pp. 27/28)

[...]

Por isso, parece ser mais correto afirmar que os contratos de concessão contêm elementos de incompletude. Não são os contratos de concessão integralmente incompletos. Se o fossem, não cumpririam as suas finalidades públicas. Afinal, tudo aquilo que for objeto de alocação de risco *ex ante* tem por objetivo primordial

preencher lacunas e estabelecer uma racional e vinculativa divisão dos encargos acerca dos eventos futuros que poderão acometer as partes durante a execução do contrato. (p. 105)

[...]

Mutabilidade e incompletude são perspectivas que se conectam e procuram respostas a partir do desafio universal de conciliar a desejável estabilidade dos contratos e a inexorabilidade das mudanças, em especial naqueles contratos complexos que se protraem no tempo. (p. 107)

[...]

A mutabilidade é um atributo inerente aos contratos de concessão e uma das notas características da sua essência. Pode-se aludir como duplo fundamento da mutabilidade: (a) a prossecução do interesse público, cuja técnica desenvolvida no direito administrativo foi o poder de alterar unilateralmente o contrato; (b) a ocorrência de novos fatos econômicos, jurídicos, financeiros, políticos e técnicos que engendrem mudanças significativas em relação ao que foi pactuado originalmente. (p. 135)

Desde o seu nascimento, o contrato de concessão viverá a tensão entre o dever de respeito aos termos negociais *versus* os riscos e incertezas fáticas. Poder Concedente e/ou concessionário rígidos e fechados, incapazes de se adaptar a novas realidades, certamente gerarão a péssima prestação do serviço, com onerosidade para todos os envolvidos (sobretudo os usuários). O mesmo se diga em relação ao Poder Concedente e/ou concessionário que ignorem os termos do pacto e a respeito de contratos que não esquadrihem os riscos do negócio. Nestes casos, o sucesso do projeto será deixado de lado, em favor de leituras ortodoxas dos dispositivos legais e contratuais (ou de “desleituras” deles).

Se é bem verdade que o *pacta sunt servanda* se presta a dar estabilidade à relação contratual (sufocando arroubos unilaterais), ela não é óbice à adaptação consensual que, dentro da legalidade, traga efetivas vantagens ao contrato, aos serviços prestados e aos usuários. A lei, os regulamentos e o contrato são facilitadores, não obstáculos à persistência da execução do empreendimento concessionário. Muito embora as alterações frequentes ou abruptas não devam ser encaradas como desejáveis, os contratos de concessão – naturalmente incompletos que são – podem experimentar mudanças consensuais que visem a atender às necessidades públicas. A mutabilidade diz respeito à preservação do projeto concessionário em si mesmo, como empreendimento de interesse público. O contrato deve ser concebido como algo que resista ao tempo – e sua perenidade depende em muito da respectiva mutabilidade.

Está-se a tratar da *mutabilidade contratual*, não da *degeneração contratual*, pois às partes não é dado ignorar todo o arcabouço normativo dos