

Mercado
Financeiro e
de Capitais

Diogo R. Coutinho
Jean-Paul Veiga da Rocha
Mario G. Schapiro
COORDENADORES

CÂMBIO
Contratos públicos
DIREITO *Infraestrutura*
ECONÔMICO *investimentos*
RISCOS *Relações* **ATUAL**
público-privadas *Arbitragem*

Serviços Públicos

Colaboradores

Barbara Rosenberg
Bruno Bastos Becker
Bruno Meyerhof Salama
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Eduardo Bergamini Cunha
Diogo R. Coutinho
Fernando Herren Aguillar
Florian de Azevedo Marques Neto
José Carlos da Matta Berardo
José Maria Arruda de Andrade
Leonor Cordovil

Luciano de Souza Godoy
Marcos Cavalcante de Oliveira
Mario Engler Pinto Junior
Mario G. Schapiro
Mateus Piva Adami
Otavio Yazbek
Paulo Todescan Lessa Mattos
Pedro S. B. Mouallem
Renata Mantovani de Lima
Ricardo Motta
Vinicius Marques de Carvalho



Mercado Financeiro e de Capitais

CÂMBIO

Contratos públicos

Infraestrutura

Investimentos

DIREITO

ECONÔMICO

RISCOS

Arbitragem

Serviços Públicos

ATUAL

O que o leitor tem em mãos é uma obra coletiva voltada à discussão de temas contemporâneos de direito econômico em perspectiva aplicada. É um volume dedicado a tratar de alguns dos mais desafiadores problemas e desafios práticos que permeiam as relações existentes entre o direito e a economia. Trata-se, vale dizer, de um livro plural, no qual se revelam, como será possível observar, distintas concepções sobre o que o próprio direito econômico vem a ser. É também o resultado do diálogo acadêmico travado ao longo de anos por seus organizadores, que a partir de trabalhos conjuntos identificaram algumas dessas concepções.

As contribuições de renomados autores dão conta de um leque de setores e temas-chave para o país, tais como, entre outros: inovação, regulação financeira, o setor de educação, a defesa da concorrência (antitruste), os serviços de telecomunicações, de transportes, de portos, a política de defesa comercial, a arbitragem e o vasto campo dos contratos públicos.

Este livro, contudo, não esgota – nem poderia – todo o manancial de problemas, desafios e gargalos de direito econômico. Há um imenso campo a ser explorado, com inúmeras abordagens e métodos possíveis, pois, vale dizer, o direito econômico não é dado a ortodoxias de qualquer matiz e não floresce em terrenos academicamente preconceituosos.



EDITORA
MÉTODO

ISBN 978-85-309-6647-8



9 788530 966478

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2015 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

R722d

Coutinho, Diogo R.

Direito econômico atual / Coordenação Diogo R. Coutinho, Jean-Paul Veiga da Rocha, Mario G. Schapiro. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-6647-8

1. Direito financeiro – Brasil. 2. Direito econômico – Brasil. I. Coutinho, Diogo R. II. Rocha, Jean-Paul Veiga da. III. Schapiro, Mario G. IV. Título. V. Série.

15-24380

CDU: 346(81)

Diogo R. Cou

Professor
School o
em Direi
Legal Stu

Jean-Paul Ve

Professo
Ex-pesqu
e ex-pes
Econom

Mario G. Sch

Professo
FGV Di
Pós-dou

2

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA E O CASO DOS RISCOS INSEGURÁVEIS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Advogado. Doutor e Livre-Docente em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Professor Titular do Departamento de Direito Público e Constitucional da Faculdade de Direito da USP, no qual ministra aulas na graduação (Direito Administrativo) e na pós-graduação (Direito Administrativo e Regulatório). Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getulio Vargas – Rio de Janeiro. Professor visitante da pós-graduação da Universidade Federal Fluminense; da Universidade Católica de Lisboa, Portugal; da Escola Superior de Negócios – ESAN, Peru; e da Universidad Externado de Colombia. Presidente da Associação Ibero-americana de Estudos de Regulação – ASIER. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Membro dos Conselhos Editoriais da *Revista de Direito Público da Economia*, da *Revista de Direito das Telecomunicações*, da *Revista de Estudos Econômicos* e da *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Palestrante em diversos colóquios no Brasil e no exterior. Autor de quatro livros individuais, de mais de quinze livros em coautoria e de mais de duzentos artigos acadêmicos publicados em revistas técnicas.

CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA

Advogado. Mestre em Direito do Estado pela USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. Problema concreto a ser solucionado: a concessão rodoviária e a responsabilidade por eventos inseguráveis – 3. Reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: 3.1. Origem e definição do equilíbrio

econômico-financeiro nos contratos administrativos; 3.2. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: a divisão de riscos entre os contratantes: 3.2.1. A teoria tradicional da concessão por "conta e risco" do particular concessionário; 3.2.2. A concessão como contrato que predica obrigatoriamente a divisão dos riscos contratuais de cada parte; 3.2.3. Divisão de riscos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão; 3.2.4. O limite dos riscos contratuais assumidos e a teoria das áleas ordinária, extraordinária e econômica – 4. Solução adequada ao problema descrito: a aplicação da teoria da imprevisão nas concessões: 4.1. A abrangência do risco assumido pela concessionária em relação aos eventos segurados; 4.2. A caracterização dos eventos não cobertos como inseríveis na álea econômica extraordinária dos contratos administrativos: 4.2.1. O preenchimento dos requisitos aptos a ensejar a teoria da imprevisão (álea econômica) dos contratos de concessão – 5. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem como objetivo expor e analisar alguns elementos do chamado reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, tema clássico entre nós, mas que ainda suscita muita controvérsia. A relevância e contemporaneidade desse debate é inegável e pode ser atestada a todo momento pelos embates noticiados quase que diariamente entre Estado e particulares tendo como pano de fundo justamente a execução de contratos administrativos. Isso se mostra ainda mais relevante se estivermos diante de um contrato de concessão, que além de partir de bases contratuais bastante mais complexas (com tarifas, deveres de investimentos, riscos etc.), envolve ainda outros personagens diretamente interessados na disputa (usuários, financiadores, administrados etc.).

Seguindo a proposta adotada, utilizaremos como mote a narrativa de um problema concreto envolvendo a equação de encargos e receitas de um contrato administrativo de concessão de rodovia, para então tecer comentários de ordem técnica e, ao fim, abordar a solução jurídica adequada a dar cabo dos conflitos daí advindos.

Assim, o itinerário do presente texto é o seguinte: primeiro, descreveremos justamente o problema que guiará a discussão aqui travada (*item II*); após isso, aprofundaremos as noções básicas sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de forma a apresentar alguns conceitos fundamentais sobre o tema, aprofundando as especificidades atinentes aos contratos de concessão (*item III*); a partir daí, tentaremos dar conta da problemática suscitada inicialmente (*item IV*). Ao final virá a conclusão (*item V*).

2. PROFI RODO INSE

O pro
contrato de

Deter
e possui, p
realização
diversos de
pressament
o direito de
concessão,
objeto conc
perceber o
negocial de

Em de
cessionária
extraordiná
menos met
de ventos)
à rodovia, t
o transbord
travessia de

Pois ei
de contratar
justamente

Ocorr
tratadas pel
nos contrat
corriqueiros
doras que s
que os even
apólices. As

2. PROBLEMA CONCRETO A SER SOLUCIONADO: A CONCESSÃO RODOVIÁRIA E A RESPONSABILIDADE POR EVENTOS INSEGURÁVEIS

O problema que nos debruçaremos é atrelado à execução de um hipotético contrato de concessão de rodovia.

Determinada empresa é detentora de um contrato de concessão rodoviária e possui, por conta disso, encargos e prerrogativas. Os encargos são os relativos à realização de obras de melhoria, à conservação das vias e à prestação de serviços diversos de apoio aos usuários, além de outras obrigações acessórias, todas expressamente disciplinadas no contrato. Já as prerrogativas envolvem basicamente o direito de cobrar tarifas dos usuários da rodovia durante o prazo de vigência da concessão, bem como o de explorar eventuais receitas alternativas atreladas ao objeto concedido, tudo isso com a finalidade de remunerar o capital investido e perceber o lucro esperado do negócio. Esse, de forma bastante resumida, o arranjo negocial do contrato em pauta¹.

Em determinado momento, durante o prazo de vigência contratual, a concessionária vivencia a ocorrência de eventos naturais tidos como absolutamente extraordinários e imprevisíveis. Referidos eventos podem ser por exemplo fenômenos meteorológicos extremos (precipitações abundantes, fortíssimas rajadas de ventos) ou catástrofes naturais, os quais acarretaram diversos e graves danos à rodovia, tais como a ruptura e o deslizamento dos taludes, a ruptura das pistas, o transbordo de rios próximos, a erosão da cabeceira de pontes que sevem de travessia dos rios etc.

Pois entre as obrigações acessórias da concessionária encontra-se o dever de contratar apólices de seguro em face de danos materiais à rodovia, com vistas justamente a prevenir os riscos pela ocorrência deste tipo de evento.

Ocorre que, noticiadas sobre cada sinistro ocorrido, as seguradoras contratadas pela concessionária alegaram a existência de uma espécie de sublimite nos contratos de seguro mantidos para apartar eventos extraordinários de danos corriqueiros às margens das rodovias. Em outras palavras, sustentam as seguradoras que somente os danos materiais mais simples estariam segurados, sendo que os eventos considerados como extraordinários não estariam cobertos pelas apólices. Assim, acabaram a seguradoras não indenizando integralmente a con-

¹ Sobre os contratos de concessão rodoviária ver, entre outros, MARQUES NETO, 2001, p. 245-257.

cessionária, que teve de arcar isoladamente com prejuízos de monta ocasionados por eventos imprevisíveis.

O problema acima descrito, dentro de uma racionalidade de equilíbrio econômico-financeiro contratual, envolve perquirir a quem cumpre neutralizar os efeitos decorrentes de tais eventos naturais, se a concessionária ou o poder público concedente. Para alcançar tal objetivo, porém, necessário tecer alguns comentários acerca da equação econômico-financeira nos contratos administrativos, notadamente nas concessões.

3. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. Origem e definição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos

O equilíbrio econômico-financeiro é tema que tem origem na afirmação dos contratos administrativos no direito brasileiro. Até meados do século passado, a própria ideia de contratos administrativos era bastante questionada pela doutrina sob a alegação de ausência de autonomia da vontade e também de igualdade entre as partes. Afirmava-se, nesse sentido, que por não ser a administração pública portadora de vontade própria (persegue constantemente o interesse público) nem uma mera parte contratual (já que dispõe de prerrogativas de constrangimento legítimo do particular), elementos, sabe-se, essenciais em um contrato, as relações que celebrava com os privados não configurariam contratos², mas sim atos jurídicos bilaterais³.

A solução conceitual para esse impasse envolveu reconhecer que os contratos administrativos são espécies do gênero contratos bilaterais, mas com dois diferenciais: (i) de um lado, há limitação da margem de liberdade para contratar da administração pública, que deve realizar prévia licitação, possuir dotação

² Segundo ALMEIDA (2012, p. 151), “[a] posição pela negação da possibilidade da existência de uma relação contratual a reger a colaboração entre particulares e a Administração no desempenho de funções estatais fundamentava-se sobretudo numa visão do Estado que ressaltava seu aspecto de superioridade – atributo da soberania estatal – em relação aos indivíduos. São corolários desta superioridade, de um lado, a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada contratantes; de outro, a impossibilidade de o Estado propriamente negociar seus interesses soberanos.”

³ Sobre as diversas formas de se enxergar o tema, desde o direito brasileiro, os contratos de direito público tratados na doutrina alemã e a versão francesa dos *contrats administratifs*, ver BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 681 e ss.; FORSTHOFF, 1958, p. 371-382; LAUBADÈRE, MODERNE e DEVOLVÉ, 1983, p. 17-43.

orçamentária reconhecida-sual, predicac fiscalizar o cc

Pois para de cláusulas e va quanto às c preservação d prazos de inv alterações dita tes e imprevis contratos admi ralmente na av relação entre e de obrigações a devida comp econômico-fin

Tamanha mico-financeir em sede consti “as obras, serv; licitação públic mantidas as co que as condiçõ particular cont devem ser man

Já de forn veio estabelecid

⁴ Cf. MARQUI
⁵ É justamente i -financeira é i. A manutenção apenas um dos apenas o âmbi encargos, rom raciocínio se a redução das re corresponde a relação jurídica correspondente

orçamentária específica, autorização especial em alguns casos etc.; (ii) de outro, reconheceu-se uma posição de superioridade do poder público na relação contratual, predadora de prerrogativas de unilateralmente alterar, rescindir, intervir e fiscalizar o contrato, bem como o de sancionar o particular contratado⁴.

Pois para compensar essas prerrogativas públicas, tradicionalmente intituladas de cláusulas exorbitantes, reconheceu-se haver em favor do particular uma reserva quanto às cláusulas econômicas do contrato (preço, condições de pagamento, preservação da equivalência monetária, balanço entre obrigações e remuneração, prazos de investimentos etc.) de modo a garantir a sua incolumidade perante alterações ditadas pelo poder público, mesmo decorrentes de fatores supervenientes e imprevistos. Esta, pois, a essência do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o qual predica que mesmo podendo intervir unilateralmente na avença, em hipótese alguma poderia a administração pública alterar a relação entre encargos e receitas do contrato. Ou seja, havendo alteração na gama de obrigações do particular em um contrato administrativo, deverá promover-se a devida compensação na remuneração com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro pactuado quando da celebração da avença⁵.

Tamanha é a importância do tema que a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos chegou a ser garantida inclusive em sede constitucional. Nos termos do inciso XXI do artigo 37 da Constituição, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, (...) mantidas as condições efetivas da proposta”. A parte final do dispositivo garante que as condições econômico-financeiras contidas na proposta apresentada pelo particular contratado durante a licitação, uma vez aceitas pelo poder público, devem ser mantidas durante toda a execução a execução contratual.

Já de forma mais expressa, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro veio estabelecida em diversas passagens da Lei nº 8.666/1993, que conhecidamente

⁴ Cf. MARQUES NETO, 2009, p. 75-76.

⁵ É justamente isso que aponta JUSTEN FILHO (2003, p. 390-391): “[A] equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão somente o ângulo das retribuições. Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das retribuições. (...) Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de magnetização dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da relação jurídica: à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo”.

disciplina os contratos administrativos de empreitada no Brasil. Por exemplo, a alínea *d* do inciso II do artigo 65 da Lei prevê a possibilidade de alteração contratual justamente “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 justamente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Em sentido semelhante prescrevem o § 2º do artigo 58 e o § 1º do artigo 57º.

Por fim, note-se que a Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões comuns de serviço público e concessões de serviços precedidas de obra pública⁷, garantiu também a incolumidade da equação econômico-financeira desses tipos de ajustes. Nesse sentido, seu artigo 9º estabelece que “[o]s contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (§ 2º), da mesma forma que “a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso” (§ 3º). Previu-se, ainda, notadamente no § 4º do mesmo artigo 9º, que “[e]m havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

3.2. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: a divisão de riscos entre os contratantes

Como se viu acima, para além de uma teoria difundida e aceita entre os estudiosos do direito público, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos reflete uma opção constitucional e infraconstitucional do regime jurídico brasileiro. Todos os contratos administrativos, sejam eles de empreitada, de concessão ou de colaboração, contam com esse regime protetivo, uma vez que suas bases estão disciplinadas na própria Constituição Federal.

⁶ Para o que aqui importa, os dispositivos citados da Lei nº 8.666/1993 são os seguintes: “Artigo 57. (...) § 1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo (...). (...) Artigo 58. (...) § 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo (modificação unilateral do contrato pela Administração), as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

⁷ É que, com a instituição da Lei nº 11.079/2004, que introduziu as figuras da concessão patrocinada e da concessão administrativa no direito brasileiro, as concessões reguladas unicamente pela Lei nº 8.987/1995 sofreram uma adjetivação, passando a ser conhecidas como “concessões comuns”. (cf. MARQUES NETO, 2013, p. 254)

Entreta
aqui analisac

3.2.1. A teo: conce

O cont
(atividade ou
-a para dela
transferênci:
pública, tori
serviço, obra

A ideia
pública qual
variações no
transferir-se
variações na
MASAGÃO
denizações à
concessionár
que na conce
-la “por sua
como DI PII
que na conc

Como
parte absorv
nº 8.987/195

⁸ Daí o sen
entre pode
a atividade
de que o c
os princíp
a concess
prestação
mantiver
não se cor
parcela de
atribuir-l
reservasse

⁹ É justame
disposto 1
prestação.

Entretanto, há ainda algumas especificidades das concessões que devem ser aqui analisadas.

3.2.1. A teoria tradicional da concessão por “conta e risco” do particular concessionário

O contrato de concessão pressupõe a delegação de uma utilidade pública (atividade ou bem) a um particular para que ele a implemente e opere, explorando-a para dela retirar sua remuneração. Por implicar em uma delegação, isto é, na transferência da capacidade jurídica de exploração de determinada utilidade pública, tornou-se comum falar que a concessão pressuporia a exploração do serviço, obra ou bem por conta e risco do particular concessionário⁸.

A ideia por trás dessa afirmação é que, ao se atribuir a gestão de uma utilidade pública qualquer a um particular, caberia também a ele arcar com as incertezas e variações normais do empreendimento. Portanto, inerente à delegação da gestão, transferir-se-ia também ao particular o risco pelo sucesso insucesso e eventuais variações na utilidade objeto do contrato. Daí a levar autores de renome como MASAGÃO (1974, p. 286) a defender que “[o]s riscos do serviço, inclusive as indenizações decorrentes de prejuízos que ele cause a terceiros, correm por conta do concessionário”. No mesmo sentido, dizia BANDEIRA DE MELLO (1973, p. 35) que na concessão há a delegação de atividade estatal a particular que aceita executá-la “por sua conta, risco e perigos”. Pois até mesmo autores mais contemporâneos como DI PIETRO (2009, p. 75) são categóricos em afirmar, sem muito delimitar, que na concessão o particular age em nome próprio “por sua conta e risco”.

Como não poderia deixar de ser, essa mesma concepção foi em grande parte absorvida pelo direito positivo, levando a que se previsse na própria Lei nº 8.987/1995 os conceitos de concessão por “conta e risco” do concessionário⁹.

⁸ Daí o sentido da seguinte afirmação de JUSTEN FILHO (1997, p. 67): “O relacionamento entre poder concedente e concessionário rege-se pelos princípios fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. O conceito de concessão se integra, por isso, pelo princípio de que o concessionário assume os riscos da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Em última análise, a concessão produz a transferência, para órbita alheia, dos riscos e encargos derivados da prestação de serviço público. Se o titular da competência para a prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configura ‘concessão’. Aliás, na medida em que o delegatário não concorresse com uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe uma parcela dos lucros. Seria ofensivo à ordem jurídica o modelo contratual que reservasse ao Estado o risco do prejuízo e assegurasse ao delegatário o privilégio dos lucros”.

⁹ É justamente isso que estabelece o artigo 2º da Lei nº 8.987/1995: “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

3.2.2. *A concessão como contrato que predica obrigatoriamente a divisão dos riscos contratuais de cada parte*

Em verdade, como bem demonstrou PEREZ¹⁰ em sua obra sobre o risco nas concessões, essa concepção – que aqui pode ser delineada como tradicional da concessão que aloca invariavelmente todo o risco do negócio ao particular – sempre contou com duas impropriedades. Em primeiro lugar, ignora-se a aplicação da teoria das áleas ordinária, extraordinária e econômica nos contratos de concessão, incidente por força de regra constitucional, e que acaba por dirimir em grande medida os riscos assumidos pelo concessionário. Esse ponto, entretanto, abordaremos com vagar mais adiante.

Em segundo lugar, tem-se que, a despeito das definições contidas nos incisos II e III de seu artigo 2º, a Lei nº 8.987/1995 não transfere logicamente todos os riscos ao particular concessionário. Ao contrário, a Lei nº 8.987/1995 determina que o instrumento contratual da concessão é que deve estipular quais riscos devem ser assumidos por poder concedente e concessionário.

E essa firmiação se baseia no fato de que, de um lado, os artigos 5º, 16, 18 e 21 da Lei nº 8.987/95 são bastante claros em determinar a realização de amplos estudos prévios à celebração dos contratos de concessão, o que parece coincidir com a necessidade de cumprir pautas de segurança e previsibilidade de futuras contingências contratuais, identificando, assim, os riscos inerentes ao modelo contratual que se pretende adotar. A ideia reafirma um dos preceitos mais fundamentais da atividade administrativa, que é o arbitramento de interesses públicos e o planejamento contratual, estabelecendo previamente as futuras e prováveis contingências da avença que se pretende entabular¹¹.

Mas não é só. De outro lado, o artigo 23 da Lei nº 8.987/95 estabelece a obrigatoriedade de que constem nos contratos de concessão determinadas cláusulas

... 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”.

¹⁰ PEREZ, 2006.

¹¹ Conforme anota SÉRVULO CORREA (2003, p. 537-538): “O acto inicial – que denominamos decisão ou deliberação de contratar – envolve necessariamente a apreciação de um ou mais interesses públicos cuja prossecução represente atribuição do Estado e a identificação do contrato e, dentro deste amplo género, de um contratado com determinada causa-função, como meio mais sólido para satisfazê-lo(s)”.

sulas tidas cor-
de prestação d
obrigações de p
de bens revers
de modo amig
23 da Lei de Co
que visem a ur
partes, inclusiv
durante a execi

Não obsta
*forem atendido
econômico-fina
o desenho das
acerto do argu
do, é que ‘por s
de todos os risc
concessionário
risco do concess
lhe transferir.”*

Assim, é c
ponsabilidades
a ideia de transf
da Lei nº 8.987/
afirmar que, da
de uma concess

Esse aspect
contratos de co
sentido de depe

¹² No mesmo se
¹³ Cf. GUIMAR

¹⁴ A síntese de f
aqui ser transc
um adequado
mais completa
contrato, a en
contrato, a def
defeituoso, e o
ficiência ex ar
dentro da mar
contrato mais

sulas tidas como essenciais, tais como objeto e prazo da concessão, condições de prestação do serviço, preço, reajuste e revisão de tarifa, direitos, garantias e obrigações de poder concedente, concessionário e usuários, indicação e requisitos de bens reversíveis, condições de prorrogação do contrato, indicação de foro e de modo amigável de solução das divergências contratuais etc. Assim, o artigo 23 da Lei de Concessões exige que constem do instrumento contratual cláusulas que visem a uma melhor descrição dos riscos e a sua adequada divisão entre as partes, inclusive de modo a solucionar controvérsias que eventualmente surjam durante a execução do ajuste¹².

Não obstante, o artigo 10 da Lei nº 8.987/95, ao dizer que “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, parece depositar na livre disposição contratual das partes o desenho das âleas a cargo do parceiro público e do parceiro privado¹³. Daí o acerto do argumento de PEREZ (2006, p. 130): “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 explicitamente, lhe transferir.”

Assim, é o contrato de concessão que determinará quais riscos são de responsabilidades do concessionário e quais são do poder concedente, configurando a ideia de transferência integral de riscos ao particular concessionário uma leitura da Lei nº 8.987/95 bastante descolada da realidade. Consequentemente, é possível afirmar que, dada a sua essencialidade, a adequada divisão de riscos entre as partes de uma concessão reflete um verdadeiro dever estatal, e não uma mera faculdade.

Esse aspecto se torna ainda mais relevante se tivermos em conta que os contratos de concessão são por natureza contratos incompletos, justamente no sentido de dependerem de inúmeros fatores alheios às vontades das partes¹⁴. Isso

¹² No mesmo sentido ver PEREZ, 2006, p. 144-145.

¹³ Cf. GUIMARÃES, 2008, p. 169.

¹⁴ A síntese de ARAÚJO (2007, p. 148) sobre o conceito de contratos incompletos merece aqui ser transcrita: “é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsto e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos standards de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo sancionatório – sendo essa insuficiência ex ante que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da ‘boa-fé’. Por contraste, um contrato mais completo, quiçá mesmo um contrato contextualmente completo (vamos ver

porque, diversos elementos estruturantes das concessões possuem essência variável e incerta, tais como os eventos suscetíveis de atingirem a onerosidade do ajuste, o comportamento dos envolvidos na relação contratual (poder concedente, concessionário e usuários), o longo prazo do ajuste, a incidência de elementos afetos aos avanços tecnológicos, fatores políticos, variações mercadológicas globais etc.¹⁵. Há, assim, maior número de riscos incidentes em uma concessão do que em outros tipos de contratos celebrados pelo poder público, o que, embora não justifique a sua absorção integral, traz maiores preocupações com o que os economistas chamam de *second best option* de completude, ou seja, a busca pelo balanceamento adequado entre custos de transação e perdas de ineficiência contratual¹⁶.

3.2.3. Divisão de riscos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão

A divisão de riscos em um contrato de concessão se liga diretamente aos encargos das partes quando da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Em termos econômicos, um risco traduz uma indeterminação, um elemento de imponderabilidade sobre eventos futuros relativos às relações econômicas travadas e que acaba funcionando tanto como freio quanto como elemento incentivador do mercado produtivo¹⁷. Em termos contratuais, os riscos são superveniências

se a expressão faz sentido), seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato. Mas nas busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode 'esbarrar' com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz - ou seja, obrigações que ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?"

¹⁵ Cf. MOREIRA, 2010, p. 115-116.

¹⁶ Cf. EGGLESTON, POSNER e ZECKHAUSER, 2000, p. 12-13. No geral, a doutrina jurídica brasileira tem também concordado com o enfoque da *second best option*, tal como se extrai de GUIMARÃES (2008, p. 159), NÓBREGA (2009, p. 81-97) e MOREIRA (2010, p. 122).

¹⁷ ARAÚJO (2006, p. 302-303), nos dá um interessante panorama sobre o tema: "Em 1949, George Shackle, numa linha de investigação aberta por Frank Knight, publicou a sua teoria da decisão em condições de incerteza - tida esta, grosso modo, como a margem não segurável do risco -, que não só exprimia a sua convicção quanto à existência de uma zona de dúvida inerradicável, não computável, insusceptível de cálculo actuarial e por isso insusceptível de seguro, que no seu entender acompanharia factores produtivos e de iniciativa empresarial, como também exprimia sua convicção, novamente atribuível a Frank Knight, relativa à legitimação do lucro como contrapartida da assunção dessa incerteza. No limite, dado que «incerteza» designava a insusceptibilidade de sujeição de

de fato, futuro sucesso da c que represer às obrigações não se confu nos causado repita-se, er de impactar a assunção p

Assim também não administrati ocorrência d -se importar decorrentes. desequilibra houve previs parcialmente se responsal contratual, a

Portant noção de equ que perpassa de modo a p encargo para

alguns do: possibilidade do futuro. salto de fé tendo sort assunção. actividade ceder troci estas cobri houvesse e no present até imagir fossem cor diverge m

¹⁸ PEREZ, 20

¹⁹ RIBEIRO

de fato, futuras e incertas, que podem afetar a execução do contrato ou mesmo o sucesso da concessão. Diferem, assim, das obrigações contratuais na medida em que representam superveniências imprevisíveis que podem estar ou não associadas às obrigações das partes. Da mesma forma, riscos e responsabilidades contratuais não se confundem, já que estas representam tão apenas o dever de reparar os danos causados a outra parte em função do descumprimento do contrato¹⁸. Riscos, repita-se, envolvem eventos dotados de incerteza, mas com grande capacidade de impactar a execução contratual, o que justifica a sua absorção pelo contrato e a assunção por uma ou mesmo por ambas as partes.

Assim é que a repartição de riscos contratuais entre os contratantes, embora também não se confunda com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos¹⁹, com ele se liga de forma elementar, na medida em que na ocorrência de algum evento que desequilibre a equação contratual original, torna-se importante saber qual das partes suportará os ônus econômico-financeiros decorrentes. Em outras palavras, quando se constata que o contrato se encontra desequilibrado pela ocorrência de algum evento, há a necessidade de saber se houve previsão dessa superveniência no ajuste e a quem cumpre suportar total ou parcialmente os seus efeitos. Consequentemente, caso alguma das partes tenha se responsabilizado contratualmente pelo evento desequilibrador da equação contratual, a ela caberá arcar com a sua recomposição.

Portanto, a divisão de riscos contratuais se mostra intimamente ligada com a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato justamente na medida em que perpassa a interpretação de eventos aleatórios havidos durante a sua execução de modo a permitir a identificação de qual parte deve arcar com determinado encargo para fins de manutenção das bases contratuais.

alguns dos desfechos económicos a uma distribuição de probabilidade pelo horizonte das possibilidades, a insusceptibilidade de conter no presente toda a informação relevante acerca do futuro deixava em aberto um «residual de imponderabilidade» que o empresário, num salto de fé, se veria na possibilidade de explorar – através dele inovando, surpreendendo, tendo sorte, modificando o panorama do mercado e da actividade económica. (...) Sem assunção de riscos e incertezas, não há actividade económica – pela simples razão de a actividade produtiva, com os seus inerentes custos, dever lógica e cronologicamente preceder trocas, momento em que o produtor realiza as suas receitas e finalmente verifica se estas cobrem, ou não, as despesas em que incorreu, e se há, pois, lucro ou prejuízo. Se não houvesse a disposição de assumir a incerteza das receitas futuras quando há que cobrir, no presente, as despesas, ninguém produziria. Para efeitos teóricos de modelação, poderia até imaginar-se um contexto de mercado completo, em que todas as contingências futuras fossem computáveis e susceptíveis de cobertura por contratos de seguro – mas a realidade diverge muito claramente de um tal modelo.”

¹⁸ PEREZ, 2013, p. 482-484.

¹⁹ RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 117-125.

3.2.4. O limite dos riscos contratuais assumidos e a teoria das áleas ordinária, extraordinária e econômica

Como afirmamos linhas acima, o tema das áleas ordinária, extraordinária e econômica dos contratos administrativos emerge como extremamente relevante em se tratando de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de concessões. Isso porque, além de reforçar em grande medida o equívoco da alegação de que a concessão correria unicamente por “*conta e risco*” do concessionário, acaba ainda cumprindo um papel de delinear os riscos contratuais assumidos pelas partes.

Mas antes, entendamos bem o que se está falando ao se referir a áleas ordinária, extraordinária e econômica. Como anota ARAÚJO (2010, p. 683), a palavra *alea* provém do latim e significa, em termos jurídicos, risco, probabilidade de perda concomitante à de lucro, sendo que “*nos contratos administrativos, é noção fundamental, como acontecimento futuro que influi na economia desse tipo de avenças, e para o estudo da Teoria da Imprevisão*”. Assim, é possível compreender também a teoria das áleas nos contratos administrativos associada ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro como uma solução jurídica para a alocação dos riscos inerentes aos contratos administrativos²⁰.

A álea ordinária, também chamada de álea empresarial, representa um risco inerente a qualquer tipo de negócio entabulado por um particular, pouco importando se a avença travada envolve ou não o poder público. Segundo ALMEIDA (2008, p. 2010), trata-se “*do risco próprio de uma economia de mercado e, assim sendo, previsível, devendo ser assumido pelo contratado. Nesse caso, não há que se cogitar de alteração do contrato administrativo, em nome do equilíbrio econômico-financeiro, para compensar eventual perda, ou onerosidade excessiva, ou frustração de expectativas do contratado*”. Portanto, cuidando-se de um evento inserível na álea ordinária do contrato, cumpre ao particular contratado assumir a responsabilidade pela sua ocorrência.

Em segundo lugar, há a chamada álea extraordinária ou álea administrativa contratual, que, segundo a doutrina “*corresponde a um risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado*”. E, justamente por isso, ou seja, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, os eventos classificados como álea extraordinária “*correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido*”²¹. Costuma-se dividir as áleas extraordinárias em (i) alteração unilateral do contrato – ato do contratante no exercício de competência expressamente outorgada ao poder

²⁰ A esse respeito ver MARQUES NETO, 2008, p. 71.

²¹ DI PIETRO, 2009, p. 99.

público pelo fato da Administração que impacte a atividade estatal e quaisquer desfechos do contrato, e inicial entre e

Por fim, à chamada teoria “*todo acontecimento vel e inevitável contrato excessivamente regulado pela*

E é em função de uma importância mas de consequência to cujos prejuízos álea empresarial de fato apto a público o restabelecer se o evento de incalculáveis. equilíbrio entre torne excessiva prejuízos, decorrendo pela Administração

Assim é possível ou previsto restabelecer a e diferentemente direito francês, incalculável im

²² O qual auto pactuaram in para a justa do equilíbrio imprevisíveis peditivos da

²³ Cf. DI PIETRO

público pelo art. 58 da Lei nº 8.666/93 e pelo § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987/95; (ii) fato da Administração – medida do poder público enquanto parte no contrato que impacte a sua equação econômico-financeira; e (iii) fato do príncipe – medida estatal externa ao contrato, mas com repercussão no seu âmbito. Ocorrendo quaisquer desses eventos e comprovando-se o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, emerge o direito do particular contratado de ver inalterada a relação inicial entre encargos e receitas.

Por fim, há ainda a álea econômica dos contratos administrativos, referente à chamada teoria da imprevisão. Segundo DI PIETRO (2010, 282) trata-se de “*todo acontecimento externo ao contrato, estanho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado*”. O tema, em verdade, acabou regulado pela alínea *d* do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93²².

E é em função justamente deste dispositivo que a doutrina costuma fazer uma importante distinção entre fatos previsíveis e imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. Tratando-se de evento previsível ou de evento cujos prejuízos possam ser calculados, estar-se-ia diante de fato inserível na álea empresarial, à conta, portanto, do particular contratado. Somente cuidaria de fato apto a ser classificado dentro na álea econômica, demandando ao poder público o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se o evento desequilibrador for efetivamente imprevisível ou de consequências incalculáveis. Exige-se ainda para a aplicação da teoria da imprevisão que o desequilíbrio entre encargos e receitas verificado no contrato seja “*muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado*”, já que “*os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração*”²³.

Assim é que, acometendo ao contrato eventos classificados como imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, cabe ao poder público restabelecer a equação econômico-financeira inicialmente pactuada. E entre nós, diferentemente do que predica a teoria da imprevisão originalmente cunhada no direito francês, a verificação de evento imprevisível ou previsível de consequência incalculável implica no dever de o poder concedente neutralizar integralmente os

²² O qual autoriza a alteração do contrato “[p]ara 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”.

²³ Cf. DI PIETRO, 2010, p. 284-285.

prejuízos daí decorrentes, não havendo que se falar em mero compartilhamento do poder público contratante, como defendem alguns autores franceses. É isso que se extrai do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, associado à alínea *d* do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 e dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.987/1995.

Daí a advertência de BANDEIRA DE MELLO (1987, p. 44), que embora baseada no artigo 160 do Texto Constitucional de 1967, mostra-se totalmente aplicável ao regime jurídico vigente: “*Demais disso, a teoria da imprevisão não poderia ser adotada no Brasil segundo os mesmo moldes do figurino francês, porquanto na concepção gaulesa os casos em que se configure a ‘imprevisão’ acarretam compensação apenas parcial dos prejuízos do concessionário, chocando-se, então, com o imperativo constitucional brasileiro de restauração do equilíbrio econômico e financeiro*”²⁴.

Toda essa exposição serve fundamentalmente a dois propósitos bastante simples. O primeiro, mais evidente, de reiterar que as teorias das áleas extraordinária e econômica acabam por comprovar o equívoco da concepção de que a concessão tradicional de serviços públicos correria por conta e risco exclusivo do concessionário. Ora, se as referidas teorias servem justamente para dimensionar alguns riscos que seriam inerentes e de responsabilidade exclusiva do poder concedente – como por exemplo os relativos às alterações unilaterais do contrato, aos fatos do príncipe, aos eventos imprevisíveis etc. – sentido algum faz falar genericamente em “*conta e risco*” do concessionário como se houvesse uma divisão genérica de todos os riscos ao contratado²⁵.

Em segundo lugar, parece certo que tais teorias, notadamente a que predica a álea econômica nos contratos administrativos, acabam por dar os contornos finais aos riscos objetivamente assumidos pelas partes em um contrato de concessão. É dizer, para além dos riscos assumidos pelas partes no instrumento contratual, presume-se que se tratam de riscos não compartilhados, fazendo incidir, assim, as teorias cunhadas desde há muito na doutrina dos contratos administrativos²⁶. Em outras palavras, aplicam-se as teorias das áleas ordinária, extraordinária e econômica em eventos relativos a riscos não assumidos ou a eventos que até desafiem a repartição de riscos assumida por poder concedente e concessionário.

²⁴ Já sobre o atual regime legal e constitucional, reafirma o mesmo autor (2006, p. 610) que: “*de acordo com a teoria da imprevisão, o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevisíveis de ordem econômica ou que surtem efeitos de natureza econômica, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato*”.

²⁵ Cf. PEREZ, 2006, p. 107-112.

²⁶ Cf. nesse sentido MARQUES NETO, 2003, p. 195.

4. SOLU DA TI

Coloc
soluções pa

Nesse
existir, no h
estabelecen
acometer a
vidamente c
seguradora c
base em cláu
isso, teve a c

4.1. A abra evento:

Confor.
assumidos p
o contrato ex
alocados ao p
parcela de ris

No caso
nária todos o
lado, há tam
contra danos
patrimonial d
àqueles event
a responsabili
riscos que pos
por apólices d

Assim co
à abrangência
bem como (ii)

Em prime
rentes da contr
pela não contr
(falta de abrang
qualquer dos ca
tual falha da en

4. SOLUÇÃO ADEQUADA AO PROBLEMA DESCRITO: A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NAS CONCESSÕES

Colocadas estas premissas de ordem teórica, é hora de apresentar algumas soluções para o problema acima descrito.

Nesse sentido, relembre-se que a questão fundamental reside no fato de existir, no hipotético contrato de concessão rodoviária mencionado, uma regra estabelecendo que são da concessionária todos os riscos por danos que puderem acometer a rodovia concedida. Daí que, mesmo com os contratos de seguro devidamente celebrados, na ocorrência dos eventos que deram causa ao sinistro, a seguradora contratada limitou o ressarcimento dos danos causados à rodovia com base em cláusulas contratuais consideradas padrão nos contratos de seguro. Com isso, teve a concessionária de custear isoladamente a reconstrução da estrada.

4.1. A abrangência do risco assumido pela concessionária em relação aos eventos segurados

Conforme salientado acima, cabe ao contrato de concessão delimitar os riscos assumidos pelas partes. Correm por conta da concessionária todos os riscos que o contrato expressamente tenha lhe transferido, valendo o mesmo para os riscos alocados ao poder concedente. Em outras palavras, é o contrato que define a exata parcela de risco de cada uma das partes.

No caso analisado, o contrato de concessão estabelece serem da concessionária todos os riscos que obrigatoriamente devam ser objeto de seguro. Por outro lado, há também no contrato a obrigação da concessionária de manter seguros contra danos materiais à rodovia e contra danos que atinjam a integridade física e patrimonial de terceiros, o que implica reconhecer que são dela os riscos relativos àqueles eventos quando causarem danos às rodovias e a terceiros. Entretanto, a responsabilidade da concessionária ante a esses eventos é delimitada àqueles riscos que possam ser seguráveis, vale dizer, aqueles passíveis de serem cobertos por apólices de seguros ofertáveis no mercado.

Assim colocada a questão, a responsabilidade da empresa estaria atrelada (i) à abrangência da contratação dos seguros e conseqüente gestão de suas apólices, bem como (ii) aos riscos decorrentes dos danos passíveis de serem segurados.

Em primeiro lugar, é da concessionária a responsabilidade e os riscos decorrentes da contratação e gestão dos seguros, o que envolve a responsabilização tanto pela não contratação da cobertura da totalidade dos riscos inerentes à concessão (falta de abrangência do seguro), quanto pelas omissões contidas na apólice. Em qualquer dos casos, não haveria responsabilidade do poder concedente por eventual falha da empresa na escolha do seguro a ser contratado. Em segundo lugar, a

lógica da repartição aloca à concessionária também todos os riscos decorrentes de danos nas rodovias que derivem de causas passíveis de serem cobertas por apólice de seguro.

Aqui, e esse se coloca como o ponto crucial de toda a discussão, os riscos assumidos pela concessionária cingem-se justamente aos riscos seguráveis, isto é, àqueles que podem ser objeto de contratos de seguro e cujos eventos possam ser considerados sinistros cobertos pelas seguradoras. Sim, pois de acordo com a lógica da repartição de riscos estipulada, são da concessionária os riscos que podem ser assumidos dentro de uma perspectiva razoável, ou seja, os riscos seguráveis por apólices regularmente disponíveis no mercado de seguros.

Daí que a interpretação de determinado fato como de responsabilidade da concessionária deve obrigatoriamente levar em conta a interpretação do evento dentro do contrato de seguro celebrado. Se o evento for considerado pela seguradora como coberto pelo contrato de concessão, estar-se-á diante de risco alocado à conta da concessionária. De outro modo, caso se trate de evento que não pode ser coberto pelo contrato de seguro regular e diligentemente celebrado com a seguradora, então não se pode alocá-lo à conta da concessionária por transbordar os limites da divisão de riscos contidas nos contratos de concessão. Os sinistros excluídos da cobertura securitária são, por definição, não seguráveis e, portanto, estranhos ao plexo de riscos assumidos contratualmente pela empresa contratada.

Essa conclusão encontra respaldo nos artigos 757 e 779 do Código Civil, os quais estabelecem o dever de delimitação do risco segurado e da identidade entre este e o evento objeto do sinistro²⁷. Assim, e na esteira do que afirma TZIRULNIK (2001, p. 81), a delimitação do risco segurado quando da regulação do sinistro compreende a *"pesquisa a respeito da conduta do segurado (delimitação subjetiva), dos eventos que por sua potencialidade danosa são em princípio inasseguráveis (delimitação objetiva), da relação de causalidade, do tempo de cobertura e das condições especiais de subsistência da garantia comprometida."*

Logo, partindo da concepção da regulação civilista do contrato de seguro, e levando em conta a imbricação do risco assumido pela concessionária ao dever de contratar os referidos seguros contra danos à rodovia, é fácil concluir que a abrangência do risco assumido liga-se à abrangência do evento que pode ser objeto de cobertura regularmente contratável no mercado de seguros. Em outras palavras, somente o que compreender o evento segurável pela seguradora é que

²⁷ Eis os dispositivos do Código Civil citados: "Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. (...) Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa."

configura risc em riscos que naquilo que a da impossibili não subjetivas

4.2. A caract econômi

Por outro importante te:

Com efe do sinistro qu concessionári eventos futuro que podem se seguráveis). E concessionári: riscos como p

Contudo (ou incalculáv nem mesmo c diante os mec que nem mesr considerados Figuram, assir dente sobre os

A teoria c disciplinada n

Segue da grande (a pont

²⁸ Conforme v 235-236), re imprevisível de um contri a aplicação do que ocor contratado, para uma de

configura risco da concessionária. E essa distinção é feita, reitere-se, com base em riscos que o mercado de seguros não aceita cobrir, posto que enquadráveis naquilo que a boa doutrina do setor designa como inseguráveis na perspectiva da impossibilidade objetiva de segurá-los, ou seja, por razões a eles intrínsecas e não subjetivas, relacionadas com a pessoa do segurado.

4.2. A caracterização dos eventos não cobertos como inseríveis na álea econômica extraordinária dos contratos administrativos

Por outro lado, não se tratando de evento abrangido pelo contrato de seguro, importante tentar classificá-lo à luz das considerações acima tecidas.

Com efeito, de tudo quanto visto até agora, não há dúvidas que a parcela do sinistro que não pode ser coberta pelo seguro regularmente contratado pela concessionária se insere na álea econômica extraordinária da concessão. Há eventos futuros, incertos e fortuitos que caracterizam uma álea manejável, tanto que podem ser precavidos mediante a contratação de apólices de seguro (riscos seguráveis). Estes certamente integram a álea ordinária e são assumidos pela concessionária que ou lhes transfere ao mercado de seguros ou então toma tais riscos como próprios, assumindo as consequências de sua ocorrência.

Contudo, outros eventos (ou consequências destes) também imprevisíveis (ou incalculáveis) que se revistam de um grau de incerteza ou aleatoriedade que nem mesmo os agentes acostumados com manejo de riscos e imprevisões (mediante os mecanismos de estatística, atuariais e distribuição/diluição), ou seja, que nem mesmo o mercado de seguros aceita assumir e absorver, não podem ser considerados como integrantes da álea ordinária de um contrato de concessão. Figuram, assim, como eventos extraordinários, sendo que pelo regramento incidente sobre os contratos administrativos, devem ser assumidos pelo poder público.

A teoria da álea econômica extraordinária correspondente à imprevisão vem disciplinada na já citada alínea *d* do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993²⁸.

Segue daí não ser possível considerar eventos com grau de aleatoriedade tão grande (a ponto de não serem absorvidos pela seguradora na regulação do sinistro)

²⁸ Conforme visto acima, e nos termos do que predica a doutrina (Cf. MEIRELLES, 2006, p. 235-236), referida regra: “[C]onsiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imputáveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou execução de um contrato, autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.”

como riscos ordinariamente atribuídos ao particular contratado. Tais ocorrências melhor se amoldam dentro da chamada teoria da imprevisão, caracterizando, pois, álea extraordinária do contrato, como antes exposto.

4.2.1. O preenchimento dos requisitos aptos a ensejar a teoria da imprevisão (álea econômica) dos contratos de concessão

Nesse sentido, é sabido que para a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos é necessário o cumprimento de determinados requisitos²⁹.

O primeiro deles diz respeito à imprevisibilidade do evento. Isto é, em um cenário de razoabilidade dos fatos, o evento deve ser caracterizado como excepcional, verdadeiramente anormal. No caso hipotético aqui debatido os eventos tanto são imprevisíveis e extraordinários que são objeto de contratos de seguro. Contudo, no caso debatido, estes eventos de tão fortuitos e extraordinários, extrapolam aquilo que as próprias seguradoras admitem absorver como riscos relativos a danos na rodovia.

Em segundo lugar, há como requisito de aplicação da teoria da imprevisão a inimputabilidade do evento às partes, ou seja, deve o evento ser extracontratual, não objeto de expressa previsão no contrato. No caso presente, é evidente que não se pode imputar às partes contratantes a ocorrência de eventos naturais extremos, em proporções aptas a destruir rodovias e fazer descerem encostas. Não seria sensato nem mesmo cogitar tal fato.

Em terceiro lugar, deve ainda acarretar grave modificação das condições do contrato como decorrência dos eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Como anota RIVERO (1987, p. 150) “[o] desaparecimento do contraente, a existência de um déficit, não são suficientes: é preciso que a gravidade e a persistência do déficit excedam aquilo que o contraente tenha podido e devido razoavelmente encarar”. Em suma, deve também o evento desequilibrar de modo relevante a equação original entre encargos e receitas contratuais, tornando excessivamente onerosa a prestação contratual ao particular, o que incide, no caso das concessões, ainda um risco à continuidade e à qualidade do serviço público prestado.

De nossa parte, embora seja praticamente impossível estabelecer um padrão da fronteira existente entre a álea econômica ordinária (de responsabilidade do

²⁹ Não se desconhece a disparidade de requisitos erigidos pelos diversos autores que cuidam do tema, muito embora não divirjam no essencial uns dos outros. Menciona-se aqui os requisitos levantados que entende-se serem os mais relevantes, coincidentes com a explanação de JUSTEN FILHO (2003, p. 385-387).

particular contra a posição contratual ser dada pela arguição descrito envolve a tese da álea econômica equação contratual dos serviços prestados ordinária e extraordinária garantindo maior

Por fim, em caso de imprevisão nos contratos a continuidade da execução impactar fundamentalmente outro não pode ser considerado. No caso, novamente a realização de evento de força maior ou a inexistência de r

Aplicados estes requisitos nos contratos não cobertos pela teoria da imprevisão em contratos administrativos, justifica-se recompor o equilíbrio

5. CONCLUSÃO

Toda essa análise do problema aqui suscitado aponta para o equilíbrio econômico

Isso porque, no caso de alteração do contrato, o dever de indenizar esse objeto envolve o mercado como risco que possam ser eventuais no mercado de seguros assumido pelas partes, o dever de o poder

³⁰ Cf. NIEBUHR, 201

particular contratado) e a álea econômica extraordinária (ensejadora da recomposição contratual), parece evidente que a resposta a tal indagação somente pode ser dada pela arquitetura econômico-financeira de cada contrato³⁰. O caso acima descrito envolve uma série de danos significativos a uma rodovia, tornando bastante mais onerosa a operação da concessionária, o que indica a aplicabilidade da tese da álea econômica extraordinária. Quanto mais não fosse porque o impacto na equação contratual pode implicar também diretamente na redução da qualidade dos serviços prestados aos usuários, o que indica que os limites entre as áleas ordinária e extraordinária é um tanto mais sensível nos contratos de concessão, garantindo maior atenção do poder público contratante.

Por fim, em quarto lugar, erige-se como condição à aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos a ausência de impedimento absoluto à continuidade da execução do contrato. Quer dizer, se de um lado o evento deve impactar fundamentalmente o equilíbrio econômico-financeiro contratual, de outro não pode ser grave suficiente a ponto de impossibilitar-lhe a continuidade. No caso, novamente o que se pretende é delimitar a responsabilidade pela neutralização de evento causador de danos à uma rodovia concedida, o que pressupõe a inexistência de risco à continuidade da concessão.

Aplicados esses elementos ao caso em pauta, é fácil concluir que aos sinistros não cobertos pelas apólices de seguros regularmente contratadas incide a teoria da imprevisão por conta da álea econômica extracontratual dos contratos administrativos, justificando que o poder público contratante assumira o dever de recompor o equilíbrio econômico da concessão.

5. CONCLUSÃO

Toda essa análise torna evidente que a solução juridicamente adequada ao problema aqui suscitado envolve o reconhecimento do dever estatal de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão rodoviária celebrado.

Isso porque, na ocorrência de evento danoso ao bem que dá sustentação ao contrato, o dever da concessionária de contratar seguros contra deteriorações a esse objeto envolve a assunção dos riscos somente até o limite do que é tido pelo mercado como risco segurável. Em outras palavras, o risco atrelado aos danos que possam ser eventualmente causados ao objeto concedido se limita ao que o mercado de seguros aceita securitizar. Para além disso, trata-se de risco não assumido pelas partes, fazendo incidir a teoria da imprevisão e, conseqüentemente, o dever de o poder concedente absorver os impactos ao equilíbrio econômico-

³⁰ Cf. NIEBUHR, 2011, p. 900.

-financeiro da concessão. Assim, nessa hipótese, deve o poder público contratante recompor o contrato.

Quanto a isso, tentou-se deixar claro linhas acima que o tema tem base constitucional (inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal) e legal de diversas matizes (alínea *d* do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, bem como artigos 9º e 10º da Lei nº 8.987/1995), além de consagrado na doutrina e jurisprudência.

Deste modo, como anota TÁCITO (1997, p. 253-254), em lição que já se faz clássica entre nós a “*empresa financeiramente estável está em condições de reinverter lucros, como de atrair novos capitais para a expansão e melhoramento, independentemente de fundos, ou recursos especiais que o Estado possa constituir em benefício coletivo. A garantia do equilíbrio financeiro é, assim, a exteriorização dos princípios e justiça social que devem presidir a organização da ordem econômica.*”

Portanto, em vista (i) da impossibilidade de absorção integral dos sinistros relativos aos eventos acometidos em contrato de concessão rodoviária, os quais (ii) decorrem de fatos evidentemente extraordinários que majoram significativamente os encargos contratuais da concessionária, (iii) inserindo-se, pois, na chamada teoria da imprevisão à luz da álea econômica extraordinária dos contratos administrativos, a alternativa juridicamente adequada ao caso que se sugeriu envolve obrigatoriamente a recomposição da avença pelo poder concedente, para, com isso, manter-se o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, F. D. M. Contratos Administrativos. In: JABUR, G. H. e PEREIRA JR., A. J. (Coords.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Lumen Juris, 2012.
- ARAÚJO, F. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO NETO, E. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- _____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1979. vol. I.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- EGGLESTON, K. in *Contracts, Law and Economics*.
- FORSTHOFF, E. *Políticos*, 1958.
- GUIMARÃES, F. *de Direito Público* 159-171, 2008.
- JUSTEN FILHO, _____. *Teoria Geral*.
- LAUBADÈRE, A.; 2. ed. Paris: L.G.D.J.
- MARQUES NETO, _____. *Breves Comentários às Concessões de Serviços Públicos* 197, 2003.
- _____. *Reajuste e Revisão de Contratos de Concessão de Serviços Públicos* São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. *Do contrato de concessão de serviços públicos* - Contr. p. 74-82, dez/2003.
- _____. *A Concessão de Serviços Públicos Concedida ao Concessionário* Administrativo.
- MASAGÃO, M. C.
- MEIRELLES, H. L. Editores, 2006.
- MOREIRA, E. B. I.
- NIEBUHR, J. M. *Lições de Direito Administrativo* Fórum, 2011.
- NÓBREGA, M. *Concessões de Serviços Públicos* RBDP, Belo Horizonte, 2006.
- PEREZ, M. A. *O Contrato de Concessão de Serviços Públicos* Nota sobre o contrato de concessão de serviços públicos das In: ALMEIDA, F. D. M. *em homenagem*

- EGGLESTON, K.; POSNER, E. A.; ZECKHAUSER, R. J. Simplicity and Complexity in Contracts. University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper n. 93, 2001.
- FORSTHOFF, E. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GUIMARÃES, F. V. A Repartição de Riscos na Parceria Público-Privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 24, p. 159-171, 2008.
- JUSTEN FILHO, M. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAUBADÈRE, A.; MODERNE, F.; DEVOLVÉ, P. *Traité des Contrats Administratifs*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1983. t. I.
- MARQUES NETO, F. A. Algumas Notas Sobre a Concessão de Rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, v. 17, n. 4, p. 245-257, 2001.
- _____. Breves Considerações Sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, v. 159, p. 193-197, 2003.
- _____. Reajuste e Revisão nas Parcerias Público-Privadas: Revisitando o Risco nos Contratos de Delegação. In SOUZA, M. C. (Coord.). *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado – Contratos com o Poder Público*, São Paulo: AASP, ano XXIX, n. 107. p. 74-82, dez/2009.
- _____. *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo*. 2013. Tese apresentada ao Concurso para Provimento de Cargo de Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.
- MASAGÃO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1974.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MOREIRA, E. B. *Direito das Concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- NIEBUHR, J. M. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NÓBREGA, M. Contratos Incompletos e Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte: Fórum n. 25. p. 81-97, 2009.
- PEREZ, M. A. *O Risco no Contrato de Concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- _____. Nota sobre a Divisão de Riscos nas Concessões e Parcerias Público-Privadas. In: ALMEIDA, F. D. M. et al. (coords.). *Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à Lei de PPP – Parcerias Público-Privadas: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

TÁCITO, C. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. vol. 1.

TZIRULNIK, E. *Regulação de Sinistro*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PAR,

Sumário:
da licitação
dologia d
execução
global – 8
10. Consic

1. CONTEX

O transpo
mensões e carac
capacidade de e
própria competi
de São Paulo, li
destaque no cen
soja, café, milho
e outros graneis