



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A COVID-19 E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ALTERAÇÃO ANORMAL DAS
CIRCUNSTÂNCIAS NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Gregório Amaral Vieira de Mello

Professor: Ricardo Pedro

Número do Candidato: 30005307

Março de 2023

Lisboa

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias no âmbito das parcerias público-privadas, em Portugal e no Brasil, no contexto da emergência sanitária decorrente da pandemia da Covid-19. De princípio, apresentar-se-á a linha evolutiva e aspectos basilares do mencionado instituto do direito, com ênfase em sua aplicação nos contratos administrativos, além da relação com as teorias do fato do príncipe e da força maior. Em sucessivo, serão examinadas as principais características das parcerias público-privadas, com especial atenção ao modo de alocação e compartilhamento de riscos entre os parceiros, além das hipóteses de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias. Por sua vez, o capítulo terceiro investigará a viabilidade jurídica e os aspectos positivos e negativos da adoção de quadro legislativo excepcional que suspenda ou limite o direito à reposição do equilíbrio financeiro em contraposição à aplicação da legislação ordinária e da matriz de risco contratualmente estabelecida, quando da ocorrência de evento imprevisível que acarrete significativo e simultâneo impacto para um conjunto de contratos, caracterizando-se como espécie de álea extraordinaríssima. Em caráter derradeiro, serão confrontados os antagônicos posicionamentos jurídico-legislativo adotados nos países objeto deste estudo durante o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Teoria da alteração das circunstâncias. Parceria Público-Privada. Covid-19. Álea extraordinaríssima. Quadro legislativo excepcional. Portugal. Brasil.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the application of the theory of change of circumstances in the perspective of public-private partnerships, in Portugal and Brazil, in the context of the health emergency resulting from the Covid-19 pandemic. In principle, the evolutionary line and basic aspects of the mentioned institute of law will be presented, with emphasis on its application in administrative contracts, in addition to the relationship with the theories of the fact of the prince and force majeure. Subsequently, the main characteristics of public-private partnerships will be examined, with special attention to the mode of allocation and sharing of risks between the partners, in addition to hypotheses for applying the theory of change of circumstances. In turn, the third chapter will investigate the legal viability and the positive and negative aspects of adopting an exceptional legislative framework that suspends or limits the right to restore financial balance as opposed to the application of ordinary legislation and the contractually established risk matrix, when of the occurrence of an unpredictable event that causes a significant and simultaneous impact on a set of contracts, characterizing itself as a kind of extraordinarily unforeseen circumstance. Lastly, the antagonistic legal-legislative positions adopted in the countries object of this study during the confrontation of the Covid-19 pandemic will be confronted.

Keywords: Administrative Law. Theory of changed circumstances. Public-private partnership. Covid-19. Extraordinary alley. Exceptional legislative framework. Portugal. Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. A TEORIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS	9
1.1 Evolução histórica	9
1.2 A teoria da alteração das circunstâncias nos contratos administrativos.....	13
1.3 Teoria da alteração das circunstâncias e o fato do príncipe	22
1.4. Teoria da alteração das circunstâncias e a força maior.....	26
2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	31
2.1 Origem, conceito, aspectos positivos e negativos	31
2.2 Alocação de riscos nos contratos de parceria público-privadas.....	39
2.3 Aplicação da alteração das circunstâncias nas parcerias público-privadas	46
3. A EXCEPCIONAL LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS. DO RECONHECIMENTO DE ÁLEA 'EXTRAORDINARÍSSIMA'	53
3.1 O Decreto-Lei n.º 19-A/2020	63
3.2 O posicionamento adotado no Brasil durante a pandemia de Covid-19.....	70
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS	83

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo central analisar a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos de Parceria Público-Privada - PPP, diante de um cenário de desequilíbrio financeiro imposto por situações extremas que impactem de forma simultânea e relevante diversos contratos celebrados pela administração pública, contexto fático que poderia ser considerado como uma álea extraordinaríssima a ponto de desafiar a utilização da citada teoria em seus moldes tradicionais.

Para fins de investigação do tema proposto, além de apresentar as principais características da teoria da alteração das circunstâncias e dos contratos de PPPs, pretende-se também analisar a viabilidade jurídica da adoção de medidas excepcionais que suspendam ou diminuam a possibilidade de recomposição do equilíbrio financeiro original, além de traçar comparativo entre as díspares linhas de atuação adotadas pelos Estados português e brasileiro diante dos impactos advindos da necessidade de implementação de medidas de isolamento social durante os momentos mais críticos da pandemia da Covid-19.

Como ainda vivo na memória de toda gente, em decorrência da declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde - OMS em virtude do surto da Covid-19, em todo o mundo os governantes foram obrigados a adotar medidas enérgicas de resposta ao contágio do vírus, tais como a limitação de circulação de pessoas e regulação mais rígida ao desenvolvimento de atividades públicas e privadas, dentre outras de considerável impacto para as mais diversas cadeias produtivas.

Como cediço, tais medidas trouxeram reflexos em praticamente todos os campos do direito, sendo digno de ressalva, em caráter meramente exemplificativo, as implicações decorrentes da limitação à direitos fundamentais, os impactos nas relações laborais e aos contratos regidos pelo Direito Civil. No que diz respeito ao Direito Administrativo, pode-se destacar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelo Estado, a utilização de instrumentos de requisição de bens particulares, além da imposição de regras excepcionais para o funcionamento de estabelecimentos comerciais.

Como não poderia ser de outro modo, a adoção de excepcionais medidas de isolamento social trouxe significativo impacto para a economia mundial, representando considerável desafio aos Estados, posto que mesmo em um cenário de recessão econômica e frustração de expectativas de receitas, exsurgiu a necessidade de realização de urgentes e significativos

investimentos sociais, bem como a necessidade prestar socorro financeiro aos setores econômicos mais afetados.¹

Em tal contexto fático, sob o argumento da necessidade participação de todos no esforço de combate à emergência sanitária e a limitação dos efeitos negativos que decorreriam do acionamento simultâneo de direitos compensatórios pelos contratados e parceiros privados, o governo português editou o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 que estabelecia um regime excepcional e temporário de supressão e limitação à pretensão de reequilíbrio financeiro e compensação por quebras, aplicável aos contratos administrativos de execução duradoura, contendo disposições específicas para os contratos de PPP do setor rodoviário.

Adotando linha de atuação diversa, o Estado brasileiro não lançou mão de quadro legislativo excepcional, posicionando-se por meio da Advocacia Geral da União pela aplicação da legislação ordinária aos contratos de concessão e PPPs, reconhecendo a pandemia da Covid-19 como situação de força maior ou caso fortuito passível de ensejar a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias.

Assim, tal como será aprofundado ao longo do presente trabalho, enquanto o Estado português lançou mão de um quadro legislativo de exceção que tinha por objetivo atenuar os prováveis impactos ao erário público advindos da necessidade reequilíbrio financeiro dos contratos administrativos, sobretudo os de PPPs, o governo brasileiro adotou posicionamento pela manutenção da legislação ordinária e das cláusulas contratuais originais, resguardando os interesses dos parceiros privados.

Antecipando brevemente o objeto de estudo dos capítulos primeiro e segundo, a divergência dos valores jurídicos prioritariamente albergados por cada país ganha relevo diante da semelhança entre as disposições legais de ambos os ordenamentos jurídicos que fundamentam à aplicação da teoria da alteração das circunstâncias – ou da teoria da imprevisão, conforme nomenclatura adotada pelo direito brasileiro – e que estabelecem os critérios para fins de alocação de riscos entre os parceiros nos contratos de PPPs.

Pese embora seja apresentada análise dos ditos posicionamentos adotados durante o momento de enfrentamento da pandemia da Covid-19, o presente trabalho objetiva também suscitar questionamentos atinentes aos moldes do reequilíbrio financeiro dos contratos de PPP diante de dificuldades impostas por eventos extremos de grande repercussão econômica

¹ Para o ano de 2020, o Fundo Monetário Internacional estimou uma contração da economia da ordem de 3,5%. Já no âmbito da Zona do Euro o tombo registrado foi de 6,8%. Especificamente em relação aos países objeto deste estudo, Portugal observou uma queda de 8,4% de seu Produto Interno Bruto – PIB, enquanto no Brasil o recuo foi de 4,1%.

e social, tais como desastres naturais – que tendem a se tornar mais frequentes como consequência dos efeitos do aquecimento global – guerras, surgimento de novas doenças ou ainda outras situações de caráter imprevisível.

Não é dispendioso mencionar que ao tempo da elaboração deste estudo o mundo ainda enfrenta as consequências humanitárias e econômicas da invasão russa na Ucrânia, que já se estende por mais de um ano². Além disso, em janeiro de 2023, o município paulista de Bertoga registrou a maior quantidade de chuva já documentada do Brasil, situação que ocasionou deslizamentos de terra com dezenas de vítimas fatais³. Nesta quadra de exemplificação de eventos extremos, é possível mencionar ainda os recentes tremores de terra na Turquia e na Síria que causaram a morte de mais de 50.000 mil pessoas⁴, além de prejuízos financeiros estimados em US\$ 84 bilhões.⁵

Pese embora a necessidade de adoção de regimes jurídicos de exceção não possa ser considerada uma novidade, tal situação ganha maior relevância nos tempos atuais tendo em vista a concepção de uma sociedade de risco, além dos efeitos da globalização que permitem o rápido alastramento e compartilhamento de danos por praticamente todo o planeta (PEDRO, 2022). Como exemplo deste fenômeno, é possível fazer referência a emergências sanitárias inicialmente localizadas ou crise em sistemas bancários regionais.

Face à mencionada discrepância das soluções encontradas pelos Estados português e brasileiro, por meio de uma análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, o presente estudo tem por objetivo analisar as hipóteses que justificam a recomposição do equilíbrio financeiro nos contratos de PPPs e suscitar questionamentos acerca da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias diante de eventos que poderiam ser classificados como uma espécie de álea extraordinaríssima.

Para fins de desenvolvimento deste trabalho, com o fito de fornecer subsídios para a análise proposta, o primeiro capítulo abordará a teoria da alteração das circunstâncias que

² Capitais Europeias Assinalam Aniversário da Guerra na Ucrânia. **Euronews**. [sl]. (24 Fev. 2023). [Consult. 28 Fev. 2023] Disponível em <https://pt.euronews.com/2023/02/24/capitais-europeias-assinalam-aniversario-da-guerra-na-ucrania>.

³ NACHTIGALL, Luiz F. – Chuva que Atingiu Litoral Paulista é Maior da História no Brasil? **Metsul Meteorologia**. [sl]. (20 Fev. 2023). [Consult. 28 Fev. 2023] Disponível em <https://metsul.com/chuva-que-atingiu-litoral-paulista-e-a-maior-da-historia-no-brasil/>

⁴ Novo Terremoto Atinge a Turquia e Causa uma Morte e o Desabamento de Mais Prédios. **G1**. [sl]. (27 Fev. 2023). [Consult. 28 Fev. 2023] Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2023/02/27/novo-terremoto-turquia.ghtml>

⁵ Terremoto: grupo empresarial turco estima prejuízo econômico em US\$ 84 bilhões. **Bloomberg**. Ancara. (12 Fev. 2023). [Consult. 28 Fev. 2023] Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/02/grupo-empresarial-turco-ve-prejuizo-economico-de-terremotos-em-us-84-bilhoes.ghtml>.

tem por origem a antiga cláusula *rebus sic stantibus*. Neste ponto será feita uma breve apresentação da história e evolução deste instituto, bem como de suas principais características e hipóteses de aplicação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Em um segundo momento, será dedicada atenção à aplicação da dita teoria no âmbito dos contratos administrativos nos ordenamentos jurídicos em análise, por meio da apresentação das disposições legais e do posicionamento doutrinário e jurisprudencial que fundamentam a recomposição do equilíbrio original da avença ante o advento de eventos extraordinários. Também será apresentada breve comparação desta com as teorias do fato do príncipe e da força maior.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo dos contratos de PPP, inaugurado com breve apresentação da linha evolutiva das parcerias firmadas entre a Administração e o setor privado, a legislação aplicável em Portugal e no Brasil, as suas principais características, bem como os aspectos positivos e pontos de preocupação de tal peculiar modelo de contratação pública. Tal análise tem por objetivo demonstrar a importância do investimento privado para satisfação dos interesses estatais, sobretudo, em um contexto de escassez de recursos para realização de grandes investimentos no setor de infraestrutura.

Ultrapassada a demonstração de tais aspectos gerais, com maior ênfase será dedicada atenção à alocação e compartilhamento de riscos nos contratos de PPPs, por meio da análise das legislações de regência e do entendimento da doutrina portuguesa e brasileira. Em caráter final, será examinada a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias em tal modalidade contratual.

Com o contributo dos elementos trazidos nos capítulos anteriores, o terceiro capítulo pretende analisar a viabilidade jurídica da adoção de regras de exceção que suprimam ou diminuam o alcance de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias ante o advento de álea extraordinaríssima que demande o reequilíbrio simultâneo de diversos contratos de PPP, bem como quais seriam os principais reflexos negativos da adoção de tal medida.

Em um segundo momento será dedicada atenção específica ao quadro normativo de exceção adotado em Portugal por meio do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 durante a pandemia da Covid-19, bem como acerca do posicionamento do Estado brasileiro, capitaneado pelo órgão de representação jurídica do Governo Federal, que defendeu a aplicação da legislação ordinária e cláusulas contratuais que asseguram a recomposição do equilíbrio financeiro afetado por eventos extraordinários, por meio da regular aplicação da teoria da alteração das circunstâncias.

Encerrando a presente parte introdutória, reitera-se o objetivo de realizar estudo comparativo entre as disposições legais e o entendimento dispensado pela doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira ao tema da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias nos contratos de PPPs, com o objetivo de suscitar questionamento e reflexão acerca da melhor solução a ser adotada ante o advento de eventos extremos com repercussão severa em um conjunto de contratos celebrados pela Administração e que tenham potencial de causar desequilíbrio às finanças públicas.

1. A TEORIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

1.1 Evolução histórica

De princípio cumpre mencionar que a teoria da alteração das circunstâncias tem por prerrogativa básica o advento de acontecimentos inesperados e com repercussão econômica significativa para o prosseguimento da relação contratual. Tal relevante impacto é comumente denominado de *álea*, expressão que pode ser definida como a possibilidade de haver prejuízo ou lucro.⁶

A expressão *álea* tem por origem a palavra aleatório que, por sua vez, decorre da palavra latina *aleatoris* que na Roma antiga era o nome dado à casa de jogos⁷. Assim, a expressão tem por origem a imprevisibilidade dos dados em uma disputa. Este regresso inicial à origem etimológica da palavra *álea* se faz oportuno, uma vez que a teoria em estudo visa justamente reduzir o campo de aleatoriedade nas relações contratuais, evitando que a “sorte” de uma das partes venha se tornar a ruína da outra.

Antes de apresentarmos os preceitos legais e elementos identificadores, cumpre ressaltar que a teoria da alteração das circunstâncias tem por origem a antiga cláusula *rebus sic stantibus*. Recorrendo novamente ao sentido etimológico, verifica-se que a consagrada expressão latina pode ser lida como "estando as coisas assim" ou "enquanto as coisas estão assim". Portanto, tal brocardo representa o entendimento de que, desde que preservadas as condições originais da avença, as estipulações contratuais devem ser cumpridas pelas partes.

Contudo, durante a execução de contratos de prestação continuada fatos imprevisíveis quando da sua celebração podem acarretar sensível alteração das condições de execução de seu objeto, tornando demasiadamente oneroso ou até mesmo impossível o cumprimento das obrigações assumidas. De tal modo, a manutenção das estipulações originais poderia acarretar grave prejuízo à parte prejudicada, além de injusto enriquecimento para a outra.

O conceito atual de onerosidade excessiva e alteração das circunstâncias é fruto de uma longa evolução histórica, tendo por desiderato essencial a fixação de regras – por vezes não escritas – tendentes a conciliar o princípio do *pacta sunt servanda*, essencial à fixação de garantia e estabilidade das relações contratuais de prestação continuada entre particulares e entre estes e o Estado, e os princípios da justiça e da boa-fé ante a necessidade de proteger a parte que, por fatos alheios aos seus desígnios, passa a enfrentar situação de demasiado

⁶ Disponível em <https://www.dicio.com.br/alea-2/>. Consultado em 22.06.2022.

⁷ Disponível em <https://www.dicionarioetimologico.com.br/aleatorio/>. Consultado em 22.06.2022.

prejuízo e desequilíbrio quando em comparação ao estado das coisas no momento inicial da avença (COSTA, 2019).

Apesar da incerteza acerca do momento exato do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, é conhecido que no direito romano já era adotado o entendimento da vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade dos contratos, ou, na expressão latina, do *pacta sunt servanda*. Esta também seria uma regra de cunho moral albergada pelo cristianismo que exigia paridade das prestações nos contratos onerosos (DI PIETRO, 2017).

É costumeiro creditar a Cícero as premissas filosóficas que ensejaram a formulação da teoria revisionista em questão. A ideia central é de que a alteração das circunstâncias pode resultar na modificação dos deveres pactuados, quando a execução se tornar demasiadamente prejudicial àquele que prometeu. Para Maria Antonieta Lynch (2009), embora tal cláusula ainda não apresentasse as suas feições atuais, os seus fundamentos centrais podem ser atribuídos aos romanos, sendo certo que a prática do princípio exonerativo era aplicável durante o período clássico do Direito Romano.

Após um longo período em que caíra em desuso, a teoria em questão foi resgatada pelos canonistas medievais ao longo dos séc. XII e XIII, assente no ideal de que embora o devedor tenha o dever de cumprir as obrigações pactuadas, o credor não poderá impor o cumprimento de cláusula que se apresente injusta. Pairava então a ideia de que a força obrigatória do contrato não poderia violar o conceito de justiça. Ainda neste contexto histórico, usualmente é apontada a importância da Escola de Bartolo na difusão da adoção da cláusula *rebus*, atribuindo-a o entendimento de que a mesma encontra-se prevista em todos os contratos de trato sucessivo.

Durante os séculos seguintes foram desenvolvidas diversas doutrinas abarcando o tema em questão, tendo sido a mesma inserida na legislação de alguns países, podendo ser citados como exemplos o código bávaro de 1756, o código prussiano de 1774 e o código austríaco de 1811. Acrescente-se ainda que, embora não contasse com previsão expressa na legislação, no princípio do século XIX a jurisprudência francesa passou a aplicar tais postulados, embora tenha sido este entendimento posteriormente abandonado (SILVA, 2003).

Este período de plena aceitabilidade de relativização da força vinculante dos contratos foi interrompido pelas ideias oriundas do liberalismo político que teve repercussão em todos os campos da sociedade, sobretudo, durante o século XIX e o início do Século XX. Sob os ventos de tal movimento afluíram o ideário da supremacia da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos, além da intervenção mínima do Estado.

Ultrapassado o período de menor aplicação, a cláusula *rebus sic stantibus* foi novamente resgatada no contexto da Primeira Grande Guerra face as sensíveis consequências sociais, econômicas e políticas que exigiam a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* também no âmbito dos contratos administrativos. A teoria restou consagrada no caso da Cia. de Gás de Bordeaux, julgado pelo Conselho de Estado francês, em 30 de março de 1916. Em síntese, a decisão reconheceu que o significativo aumento do preço do carvão motivado pela deflagração do conflito armado internacional ameaçava a continuidade do serviço de fornecimento de gás pelos concessionários caso fossem mantidas as cláusulas financeiras originais, situação que importaria em grave prejuízo também ao interesse público. Por fim, o Estado Francês restou condenado ao pagamento de indenização a título temporário e compensatório (MARTINS, 2010).

Nestes termos, as repercussões da Primeira Grande Guerra demonstraram a necessidade de revisão dos contratos celebrados ainda no tempo de paz ante a completa alteração dos fundamentos fáticos observados no momento de celebração de tais avenças. Tal contexto histórico tem o condão de diminuir a importância dos aspectos individuais, em valorização aos aspectos solidários das relações sociais. Como marco desta mudança de perspectiva pode ser citada a usualmente denominada Lei Failliot, editada na França em 1918, portanto, ainda no contexto do citado conflito internacional. Tal norma de caráter transitório, impunha um quadro jurídico excepcional aplicável durante o estado de beligerância até três meses após a cessação das hostilidades, visando regulamentar os contratos comerciais celebrados antes de 1º de agosto de 2014 e impactados pelos efeitos da guerra (RODRIGUES JR, 2020).

Diante de tal contexto histórico, vislumbra-se o resgate da cláusula *rebus sic stantibus* em face do reconhecimento de que o intransigente respeito à autonomia da vontade, aliada a força vinculante das disposições contratuais, eram insuficientes para responder às demandas sociais. Este cenário ganha corpo ao longo do século XX com a consolidação do Estado Social do Direito em contraposição às ideias liberais anteriormente mencionadas.

Seguindo a tendência da evolução histórica ora apresentada, denota-se que no ordenamento jurídico português a teoria da alteração das circunstâncias não fora contemplada pelo Código Civil de 1867, o denominado Código de Seabra. O art. 702 do vetusto digesto civil dispunha que “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mutuo consentimento dos contrahentes, salvo as exceções especificadas na lei”. Adotava-se, assim, a tendência do século XIX de privilegiar a força vinculante dos ajustes privados.

Apenas com o advento do Código Civil de 1966 o instituto da alteração das circunstâncias fora expressamente consagrado pela legislação civil portuguesa. Os arts. 437 a 439 que tratam do tema em comento transparecem a valorização da função social do contrato, estabelecendo a possibilidade de resolução ou modificação segundo um juízo de equidade sempre que sobrevierem alterações anormais do quadro fático que fundamentou a contratação. Neste ponto não é dispendioso mencionar que a dita legislação não impõe como requisito à aplicação do instituto a imprevisibilidade dos fatos que ensejam a alteração das circunstâncias originais.

Já no caso brasileiro, a doutrina usualmente costuma afirmar que o Código Civil de 1916 não contemplava a cláusula *rebus sic stantibus*, posto que tal norma ainda ignorava a função social dos contratos particulares, orientando-se de forma geral por princípios individualistas e editada em um cenário de estabilidade social e econômica (LYNCH, 2009).

Entretanto, é possível identificar dispositivos na citada norma que transparecem a possibilidade de revisão contratual ante o advento de alteração das condições no caso concreto. Neste sentido, em julgado proferido ainda em 1952, o Supremo Tribunal Federal - STF concluiu que o art. 401 do citado Código se constituiria como uma aplicação particular da cláusula *rebus sic stantibus*, posto que albergava a possibilidade de revisão ou exoneração do pagamento de pensão alimentícia se “sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe”.⁸

Contudo, tal panorama fora alterado em decorrência da grave crise financeira e política enfrentada nos anos 1930, ocasionada por um cenário de recessão internacional decorrente do *crash* da bolsa de Nova York de 1929 e das incertezas políticas internas, em decorrência da Revolução de 1930. Neste contexto foram editadas normas extraordinárias que dispunham acerca da possibilidade de rescisão de contratos de locação por prazo determinado, na hipótese em que o locador servidor público civil ou militar tivesse sido dispensado ou tivesse diminuído os seus vencimentos, inviabilizando a continuidade do contrato (Decreto nº 19.573/1931); da nulidade de estipulação contratual dispondo sobre o pagamento em ouro ou moeda estrangeira (Decreto nº 23.501/1933); e da possibilidade de revisão do valor do contrato de aluguéis comerciais em virtude da modificação das condições

⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 18.518, de 24 de novembro de 1952. Relator Nelson Hungria.

econômicas que implicassem em variações de preço superiores a 20% das estimativas iniciais (Decreto 24.150/1934).

Tal como bem demonstram as normas mencionadas no parágrafo anterior, tendo em vista o objetivo do presente estudo, não é dispendioso mencionar que no passado, ao enfrentar momento de grave crise e considerável comoção social, o Estado brasileiro lançou mão de medidas legislativas de caráter excepcional com impactos aos contratos civis, celebrados em momento anterior ao cenário de anormalidade.

Após este momento inicial de influência de grave crise econômica, a legislação brasileira de modo geral incorporou a teoria da imprevisão, conforme a nomenclatura utilizada por seu ordenamento jurídico. Como exemplo desta afirmação podem ser feitas referências ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991). Por fim, já gozando de ampla aceitação pela jurisprudência, o Código Civil de 2002 passou a dispor expressamente acerca de sua aplicação, conferindo relevante destaque à denominada função social do contrato.

Em arremate, é possível afirmar que a cláusula *rebus sic stantibus* em suas feições atuais é fruto de um longo processo histórico, sendo a sua aceitação variável conforme as características e o pensamento da sociedade de cada época. Contudo, por ser ancorada nos princípios da equidade e da boa-fé, além de se constituir ferramenta importante para a construção da paz social, o instituto é reconhecido pelo direito desde a antiguidade, constituindo-se como contraponto essencial ao princípio do *pacta sunt servanda*.

1.2 A Teoria da alteração das circunstâncias nos contratos administrativos

Demonstrada a longa evolução histórica da teoria em estudo, com ênfase sobretudo nos contratos firmados entre particulares, neste ponto volta-se a atenção para sua aplicação no âmbito dos contratos administrativos nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

De princípio cumpre mencionar que a doutrina costuma apontar que os contratos da Administração poderão apresentar natureza jurídica díspares, a depender de seu objeto e características. Assim, embora firmado por ente público, um contrato pode ter feições predominantemente privadas. Nesta hipótese a relação será regida pelas normas do direito civil e empresarial. Já nas relações contratuais reguladas em sua maior parte pelo direito público, os ditos contratos administrativos, a Administração gozará de uma série de prerrogativas que a colocam em situação vantajosa frente ao particular, bem como de sujeições que limitam a sua liberdade de atuação, tendo estas por desiderato assegurar o interesse público (DI PIETRO, 2017).

Neste termos, ao atuar sob a égide das normas que regulamentam as relações privadas, estará a Administração sujeita à aplicação da teoria da alteração das circunstâncias nos moldes dispostos no Código Civil, seja português, seja brasileiro. Como exemplo de tal situação é possível mencionar a hipótese de mudança do contexto fático original de um contrato de locação ou até mesmo de um contrato de relação de consumo celebrado pela Administração.

Voltando-se aos contratos administrativos em sentido estrito, de pronto se destaca que atualmente se afigura indiscutível a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, tendo por amparo normas e princípios do direito público, com o fito de atender aos anseios da Administração, restando, contudo, vedada a imposição de prejuízo ao particular, posto que não deu causa ao desequilíbrio da relação contratual. Sobre este prisma, a modificação contratual se apresenta como um direito inerente ao contratado e um dever imposto ao Estado, direito este que poderá ser exercido independentemente de previsão contratual, ante a constatação do desequilíbrio econômico financeiro do ajuste (OLIVEIRA, 2021).

No Direito Português a teoria da alteração das circunstâncias se encontra atualmente prevista no art. 312.º do Código dos Contratos Públicos - CCP que dispõe acerca da possibilidade de modificação do contrato ante a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que a exigência da obrigação importe em ofensa ao princípio da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Por sua vez no direito administrativo brasileiro, a primeira referência sobre a matéria na legislação brasileira se verifica no Decreto Lei nº 2.300/1986 que estabelecia a possibilidade de alteração dos contratos administrativos, mediante acordo entre as partes, para restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Não é dispendioso mencionar que apesar da primeira referência legislativa datar apenas da década de 1980, a jurisprudência brasileira há muito já aplicava a teoria da imprevisão no contexto das alterações das condições iniciais que impactam os contratos administrativos.

A fim de corroborar tal afirmação, cite-se decisão proferida pelo STF em 1948. Neste valoroso julgado que analisou fatos ocorridos entre os anos de 1934 e 1936, relativos à contratação de empresa pelo estado do Ceará para fins de execução das obras de construção do Porto de Fortaleza, restou reconhecido que o considerável lapso temporal de dois anos

entre a apresentação da proposta e a declaração da empresa vencedora, desobrigava-a do compromisso assumido quando da manifestação do interesse em participar da licitação, diante das alterações do câmbio que impactaram o preço dos materiais importados. A decisão em comento fez questão de mencionar que a teoria da alteração das circunstâncias apenas deveria ser aplicada em casos excepcionalíssimos.

Feita esta breve digressão histórica, verifica-se que o citado Decreto Lei nº 2.300/1986 editado em um momento de transição entre os regimes ditatorial e democrático teve vida curta, posto que fora rapidamente substituído pela Lei nº 8.666/93 que representou significativo avanço no campo dos concursos e contratação pública. Contudo, no tocante à teoria da alteração das circunstâncias, o disposto na legislação revogada fora basicamente repetido, tendo sido apenas feita referência expressa de que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato deve ser mantido na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Recentemente a legislação brasileira foi novamente alterada, desta feita com o advento da Lei nº 14.133/2021. Especificamente em relação à teoria da alteração das circunstâncias, a nova norma reitera a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado. Entretanto, em caráter inovador, a citada norma fez a expressa ressalva que, em qualquer caso, deverá ser respeitada a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Embora o tema da repartição de risco volte a ser abordado com maior profundidade no Capítulo Segundo, não é dispendioso mencionar que se trata de avanço importante no campo no direito administrativo, posto que confere maior segurança aos contratantes, por meio da antecipação de responsabilidades que, na hipótese de verificação de álea extraordinária, poderia ensejar discussão entre as partes, com possível impacto para execução do objeto contratual.

Passando à análise específica das características do instituto jurídico em apreço, identifica-se como uma das premissas basilares para a sua aceitação a exigência de que as partes no momento da celebração da avença fixem obrigações e contraprestações justas, condizentes e suficientes para a consecução do objeto do contrato, estando ambas satisfeitas com os termos pactuados. Em outras palavras, deve existir equivalência material entre as

prestações. Assim, a alteração das circunstâncias quando relevante importará em prejuízo também ao interesse público, ante o risco de cumprimento insatisfatório ou de interrupção da prestação acordada.

De destacado relevo nos contratos administrativos, a necessidade de equivalência das prestações guarda íntima relação com o denominado equilíbrio financeiro que pode ser compreendido como o conjunto de cláusulas atinentes à remuneração, vinculando-se a qualidade e quantidade da prestação contratual exigida. A equação econômico-financeira não compreende apenas o valor da contraprestação devida ao particular, fazendo parte desta também o prazo e periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato, além dos encargos passíveis de influenciar o custo e o resultado obtido pelo particular (JUSTEN FILHO, 2016).

A teoria em tela tem como uma de suas premissas o fato de que por meio dos contratos administrativos o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade que, em grande parte, não podem sofrer solução de continuidade (DI PIETRO, 2017). Assim, o dever de envidar esforços para evitar a resolução prematura dos contratos administrativos também guarda relação com o princípio da continuidade do serviço público.

Ante o binômio interesse/necessidade da Administração na continuidade dos contratos de trato sucessivo, o desfazimento antecipado da avença deverá ser evitado, posto que estes estão adstritos à satisfação de um fim público e não apenas dos interesses particulares também envolvidos. Além do mais, a eventual necessidade de realização de novo concurso implicará em desperdício de recursos públicos de ordem pessoal, material e financeira.

Outro aspecto positivo da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias é a possibilidade da Administração obter propostas financeiras mais vantajosas, posto que estas são baseadas em riscos prováveis e não meramente possíveis. Assim, ao assegurar a possibilidade de readequação do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de advento de situação prejudicial de verificação incerta e improvável, as propostas dos particulares terão por base apenas a álea ordinária intrínseca ao contrato, sendo, portanto, mais módicas.

Conforme dito anteriormente, a teoria em questão elenca os requisitos necessários para que não seja observado o princípio da força obrigatória dos contratos, ante a ponderação de que, apesar da possibilidade de cumprimento da obrigação, a exigência desta importará em severo desequilíbrio para a parte prejudicada, em grau tão elevado que tal conduta pode configurar ofensa ao princípio da boa-fé. Ou em outros termos, a alteração de caráter

imprevisível deve acarretar substancial abalo à equivalência das prestações anteriormente pactuadas (ALMEIDA, 2019)

A proteção contratual que decorre da aplicação da teoria em questão encontra guarida nos princípios da transparência, equidade e boa-fé, este último expressamente mencionado pela legislação portuguesa em referência. O princípio da boa-fé possui um aspecto objetivo, relativo à lealdade e honestidade que deverá existir entre as partes, além de um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Portanto, ao se beneficiar de situação injustamente e consideravelmente vantajosa, estará a parte violando o princípio da boa-fé, erigindo, assim, o dever de restauração do equilíbrio original.

Carla Amado Gomes (2007) defende que vigora em Portugal o que pode ser compreendido como um princípio geral de Direito que assegura a possibilidade de invocar a modificação das circunstâncias básicas em que fora assentado o contrato (administrativo ou civil), como forma de impedir a exigibilidade da obrigação pactuada, desde que seja verificada relevante alteração no equilíbrio contratual original, decorrente de evento imprevisível com base nas informações disponíveis quando da assinatura do contrato.

Como requisito essencial à modificação dos contratos em tais casos, temos a alteração substancial das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Sobre este aspecto, Marçal Justen Filho (2014) leciona que o restabelecimento da equação econômico-financeira dependerá da verificação de evento posterior à formulação da proposta pelo particular, suficiente para agravar a posição deste. Acrescente-se que se a causa do desequilíbrio for anterior ou contemporânea à celebração do negócio, denota-se que, em verdade, as partes se basearam numa situação que não era real, tratando-se da hipótese de erro, na subespécie de um erro sobre a base do negócio (ASCENSÃO, 2005).

A jurisprudência portuguesa possui precedentes no sentido de que a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar poderá ter origem variadas, podendo ser resultante de modificação da legislação aplicável, como advir de acontecimentos políticos ou transformação do cenário econômico, dentre outras, desde que não tenham as partes levado em consideração os riscos de sua ocorrência no momento inicial da avença.⁹

Um ponto de distinção entre a legislação portuguesa e brasileira diz respeito à previsibilidade ou não do evento causador do desequilíbrio contratual. Enquanto o CCP

⁹ Tribunal da Relação de Coimbra, Apelação n.º 1097/12.6TBMGR.C1. 13 de Mai. 2014. Relator Artur Dia.

estabelece que a alteração deverá ser anormal e imprevisível, a legislação brasileira dispõe que o desequilíbrio poderá decorrer de fatos imprevisíveis ou previsíveis, sendo os segundos, porém, de consequências incalculáveis e que inviabilize a execução do contrato tal como originalmente pactuado.

Sobre a “previsibilidade” mencionada na legislação brasileira, talvez a melhor interpretação seja a de que devem acarretar a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias eventos cuja a previsibilidade não envolvia a certeza de sua concretização (JUSTEN FILHO, 2014), sendo a alteração das circunstâncias anormal, posto que fora do esperado, segundo a evolução natural dos acontecimentos (MENDES, 2021). Ou seja, ante a incerteza da ocorrência do evento e, sobretudo, de suas consequências, os prejuízos decorrentes de sua verificação não poderão ser considerados como álea ordinária da contratação a ser suportada pelo particular. Registre-se que a distinção entre a álea ordinária e extraordinária está diretamente relacionada com a probabilidade de ocorrência dos eventos, sendo esta distinção muitas vezes tarefa árdua, ante a impossibilidade de estabelecimento de um limite exato.

Como exemplo de evento previsível com o condão de atrair a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias é possível mencionar o impacto da inflação sobre as cláusulas financeiras contratuais. Inexiste controvérsia de que, sobretudo no caso brasileiro, a variação de preços decorrente da inflação não poderá ser considerado como ‘imprevisível’, devendo ser a elevação dos preços corrigida por meio da aplicação de índice inflacionário previamente estabelecido pelas partes, conforme expressamente determina a legislação brasileira atinente aos contratos administrativos

Entretanto, um aumento generalizado de preços ou de determinado insumo essencial à continuidade da execução poderá trazer desequilíbrio anormal e imediato ao contrato. Em tais situações, eventualmente pode não se afigurar viável aguardar o lapso temporal estipulado previamente para aplicação do índice de revisão ou, tratando-se de preços específicos, a aplicação do critério de reajuste estabelecido contratualmente não seja suficiente para recompor o desequilíbrio da prestação suportada pelo particular. Assim, embora seja o impacto inflacionário previsível, em situações extremas, a variação de preços poderá se constituir como álea extraordinária.

A jurisprudência brasileira corrobora tal entendimento ao se posicionar no sentido de que não se mostra razoável que a inflação possa ser tomada como álea extraordinária, suficiente para ser caracterizada como causa de quebra do desequilíbrio da equação

econômica do contrato¹⁰. Contudo, em sendo a variação de preços abrupta e inesperada, fugindo ao padrão esperado, tal como na hipótese da súbita desvalorização do real frente ao dólar ocorrida em janeiro de 1999, restaria verificada causa excepcional de mutabilidade contratual, em respeito à necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato.¹¹

Com fundamento em tais argumentos, entende-se que a legislação brasileira adotou uma maior cautela ao albergar expressamente a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias também para a hipótese de eventos, que embora previsíveis, sejam de incerta ocorrência ao longo da relação contratual.

Acerca dos demais requisitos que ensejam a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, Ana Gouveia Martins (2010) dispõe que, além da excepcionalidade e imprevisibilidade, os fatos não podem ser imputáveis à parte que se beneficiaria do seu advento. Assim, o evento ensejador de desequilíbrio deverá ser estranho à vontade das partes, posto que se for motivado pela Administração, incidir-se-á às regras atinentes à álea administrativa, quais sejam, alteração unilateral e teoria do fato do príncipe. Por sua vez, caso seja fruto de conduta do particular, deverá este responder pelo prejuízo causado. Marçal Justen Filho (2014) acrescenta que restará caracterizada a atuação culposa do contratado na hipótese em que o evento causador do desequilíbrio fosse previsível, porém não tenha sido considerado no momento de elaboração da proposta financeira.

Outro requisito autorizador da alteração excepcional é a verificação no caso concreto de profunda e anormal alteração das circunstâncias originais que redundaram na contratação. De tal modo, apenas desequilíbrio de monta considerável, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, posto que os prejuízos menores, decorrentes de má previsão no momento de formulação da proposta, constituem álea ordinária não suportável pela Administração (DI PIETRO, 2017).

Conforme dito ao longo do presente item, a teoria da alteração das circunstâncias terá por objetivo basilar a manutenção da relação contratual, ante o reconhecimento desta como meio de execução de atividade pública de interesse estatal. Assim, por consectário lógico, a alteração dos pressupostos físicos, econômicos e jurídicos, não poderá importar na

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.446/DF, de 17 de abril de 2008. Relator Humberto Martins.

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 15.154/PE, de 19 de novembro de 2002. Relator Luiz Fux.

absoluta impossibilidade do cumprimento contratual (AMADO, 2008). Nesta hipótese o contrato se resolverá por força maior, tema que será melhor explorado em tópico posterior.

Regressando à análise das disposições legais atinentes à matéria na legislação portuguesa e brasileira, temos que a primeira estabelece um regramento mais detalhado acerca dos requisitos e forma de operacionalização da alteração excepcional das circunstâncias no âmbito dos contratos administrativos. A existência de um conjunto maior de regras, contudo, não implica em uma maior diferenciação na aplicação da teoria nos citados ordenamentos jurídicos.

O CCP estabelece que a mutação contratual decorrente da alteração anormal das circunstâncias poderá ser efetivada por acordo das partes que não se revestirá de forma menos solene do que a do contrato. Nos termos do n.º 4 do art. 313.º do CCP, a modificação do contrato também poderá ocorrer por decisão judicial ou arbitral, sendo, contudo, vedado ao julgador interferir em matérias de ordem eminentemente discricionária ou na formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

Sobre o tema leciona Diógenes Gasparini (2003) que a revisão decorrente da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias não pode ser exigida judicialmente, sob pena de indevida substituição do administrador, em afronta ao princípio da independência e a harmonia dos Poderes. Assim, caberá ao particular, em juízo, apenas pleitear a rescisão do contrato e o eventual recebimento de indenização.

Neste ponto se abre um breve parêntese apenas para mencionar que os limites impostos à atuação do Poder Judiciário pelo acima mencionado dispositivo legal se coadunam com o princípio da separação dos poderes, bem como com o reconhecimento da primazia das decisões administrativas fundadas em caráter técnico, ante a falta de expertise e capacidade institucional da justiça para se imiscuir em matérias de ordem eminentemente administrativa. Ademais, a revisão judicial desmedida da atuação da Administração poderá ainda acarretar resultados nocivos ao quadro da contratação pública, mediante a introdução de relevante fator de incerteza e insegurança para tais relações.

Diante da persistência do interesse público na manutenção da relação contratual, o CCP estabelece que a alteração das circunstâncias confere direito à modificação contratual ou uma compensação financeira, de acordo com critérios de equidade. Assim, em princípio, não há de se falar em direito automático à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Entretanto, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 314.º, o particular fará jus ao reequilíbrio quando o novo contexto fático importar em alteração dos pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações.

Uma ponderação importante a ser feita é se o contratado faria jus ao restabelecimento integral do equilíbrio financeiro ou se diante da alteração das circunstâncias surgiria um dever de compartilhamento dos prejuízos entre as partes. Adotando a segunda corrente, Di Pietro (2017) defende que, com o objetivo de conferir meios ao prosseguimento ao contrato, a Administração deve compensar o aumento dos custos suportados pelo particular. Porém, tal compensação nunca será integral, não cobrindo o total do déficit financeiro, repartindo-se, assim, o prejuízo para restabelecer o equilíbrio financeiro. No mesmo sentido, Carla Amado Gomes (2008) defende que a modificação contratual embasada na alteração das circunstâncias se traduzirá, em regra, na alteração das cláusulas financeiras com fundamento na equidade.

Cumprе ressaltar que a alteração das circunstâncias poderá ensejar a resolução do contrato administrativo por ambas as partes. Por não decorrer de fato ilícito e nem imputável ao poder público, a iniciativa do contratante público de pôr termo final ao contrato não gera o dever de indenizar (MARTINS, 2010). Contudo, quando a intenção for manifestada pelo contratado a resolução não poderá importar em grave ofensa ao interesse público ou, caso implique tal prejuízo, apenas na hipótese em que a manutenção do contrato acarrete risco de inviabilizar economicamente o particular ou se revele excessivamente onerosa, conforme o disposto no n.º 2 do art. 332.º do CCP.

Na prática administrativa se verifica que a teoria é usualmente invocada pelo particular ante o advento de fato que torne a execução do objeto contratual mais onerosa. Em verdade, raras são as hipóteses em que a pretensão de reposição do equilíbrio financeiro contratual é provocada pela Administração em decorrência de alteração das circunstâncias que venha a lhe prejudicar ou beneficiar sensivelmente a posição do particular.

Alexandra Leitão (2012) defende que a cláusula *rebus sic stantibus* se constitui como uma garantia da própria atividade econômica, posto que o particular não anuiria celebrar contrato com a Administração sabendo que teria que honrar com as disposições originais independentemente de uma eventual sensível alteração do quadro fático verificado no momento da celebração do negócio jurídico. Em última análise, este cenário traria prejuízo à própria Administração, posto que dependente da colaboração de agentes privados na consecução de suas atividades.

Portanto, em que pese se constituir como instituto garantidor do interesse dos particulares que contratam com a Administração, a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias se reveste em benefício à própria Administração, posto que ao conferir

segurança jurídica, possibilita a ampliação do número de interessados em participar de concursos públicos e, em última análise, na redução dos valores dos contratos.

Ante a breve apresentação das principais características da teoria da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos administrativos, em termos sucintos, pode-se afirmar que tal instituto jurídico assegura ao particular que contrata com a Administração o direito de não ter que suportar prestações demasiadamente onerosas e não condizentes com os termos e condições previamente estipulados. Já sob a perspectiva estatal, a aplicação da teoria também se afigura benéfica, posto que garantirá a continuidade da avença e a equivalência das prestações, evitando desequilíbrios que poderiam resultar na resolução prematura do contrato e por consequência em prejuízo ao interesse público.

1.3 Teoria da alteração das circunstâncias e o fato do príncipe

Apresentados os elementos essenciais atinentes à teoria da alteração das circunstâncias, salutar se faz a apresentar breve distinção entre esta e a teoria do fato do príncipe no contexto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, demonstrando ainda o entendimento dispensado à matéria pela jurisprudência de ambos os países.

A alínea a) do n.º 1 do art. 314.º do CCP garante ao contratado o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato na hipótese de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável ao contraente público, quando esta for oriunda de ato estranho ao exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual e desde que tal conduta traga repercussões específicas à relação contratual. Registre-se que o preceito legal não faz qualquer referência a utilização de critérios de equidade e ao nível do abalo suportado pelo particular.

Por sua vez, a Lei nº 14.133/2021 que regula os contratos administrativos no Brasil não apresenta regramento detalhado acerca do fato do príncipe, inexistindo distinção legal em relação às hipóteses de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, força maior e caso fortuito, restando garantido em todas as hipóteses o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

A teoria do fato do príncipe se funda na ideia de que o contratado faz jus à reposição das perdas decorrentes do exercício legítimo de poderes da Administração que, apesar de não guardar relação específica com o contrato, impacta desfavoravelmente elementos essenciais deste. Embora fruto de uma conduta lícita, a alteração das circunstâncias em tal hipótese confere ao particular o direito de ser indenizado pelos danos emergentes e lucros cessantes (MARTINS, 2010). Registre-se que a sua aplicação tem por fundamento a ideia

de que seria injusto e desaconselhável transferir ao particular os efeitos onerosos de alteração superveniente da disciplina estatal sobre matéria objeto da contratação (JUSTEN FILHO, 2016).

Conforme bem leciona Pedro Fernández Sánchez (2019), a teoria do fato do príncipe tem aplicação nas situações em que ente da Administração edita ato de alcance geral ou pelo menos de abrangência superior ao contrato, sendo este emanado no exercício de qualquer das funções políticas em sentido estrito, legislativa ou administrativa, com repercussão sobre a relação contratual, assemelhando-se a uma alteração unilateral da avença operada pela Administração que importe em prejuízo ao equilíbrio financeiro originalmente projetado.

Tal como se verifica nas hipóteses autorizadoras da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, o fato do príncipe também se caracteriza por decorrer de fato imprevisível, de natureza extracontratual e extraordinária, resultando na alteração da equação econômica original do contrato (CARVALHO FILHO, 2018). Já como traços distintivos, é possível mencionar que apenas a modificação das circunstâncias derivada de ato estatal, ainda que não diretamente relacionado ao contrato, autoriza a aplicação do fato do príncipe, nesta hipótese, não fazendo-se necessário que o desequilíbrio seja demasiadamente severo.

Sobre a desnecessidade da comprovação da onerosidade excessiva, imperioso se faz destacar que as legislações portuguesa e brasileira apenas se limitam a assegurar o direito à reposição do equilíbrio financeiro, sem qualquer referência ao grau de impacto decorrente do ato da Administração. No caso português, diferentemente do disposto na alínea b) do art. 312.º, para fins de aplicação da teoria do fato do príncipe não se apresenta indispensável a verificação no caso concreto de que “a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé”.

Embora a legislação brasileira não elenque de forma expressa elementos distintivos para fins de aplicação das teorias da alteração das circunstâncias e do fato do príncipe, prevalece no STF o entendimento de que uma vez caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, advindo de fato geral exarado pela Administração, torna-se desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes.^{12/13}

¹² Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 902910, de 06 de novembro de 2018. Relator Roberto Barroso.

¹³ Em caráter dissonante, durante largo lapso temporal o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo do governo federal brasileiro e auxiliar do Poder Legislativo, albergou o entendimento de que a aplicação da teoria do fato do príncipe dependeria, dentre outros requisitos, da comprovação da materialidade do ônus

Portanto, equiparando-se a uma alteração unilateral levada a efeito pelo contratante público, o fato do príncipe obrigará a Administração Pública a compensar integralmente o desequilíbrio econômico advindo de sua atuação, ainda que não tenha relação direta com o contrato. Assim, em ambos os ordenamentos jurídicos, resta dispensável a demonstração da onerosidade excessiva que acarrete grave impacto à continuidade da execução do objeto contratual.

Relevante se afigura analisar se qualquer ato de natureza geral emanado pelo Estado, com reflexos no contrato, ensejará a aplicação da teoria do fato do príncipe. Diógenes Gasparini (2003) defende que no direito brasileiro, por força do regime federativo, a teoria em tela apenas terá aplicação se o ato tiver sido proferido por autoridade da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato. Caso tenha sido de outra esfera administrativa, aplicar-se-á a teoria da alteração das circunstâncias. Em sentido oposto, José dos Santos Carvalho Filho (2018) advoga a tese de que o Estado deve ser considerado como o príncipe. De tal modo, ainda que o ato causador do desequilíbrio emane de outro ente federativo, afigura-se cabível a aplicação da teoria. Em termos exemplificativos, no contexto brasileiro, se um ato da União trouxer desequilíbrio para contrato celebrado pela autoridade estadual ou municipal, exsurgirá o direito de revisão.

Registre-se que o ato de cunho geral exarado pela Administração tanto poderá resultar na majoração dos custos das obrigações assumidas pela particular, como também na desoneração destes. Como exemplo de alteração benéfica para o particular, é possível visualizar a hipótese de redução de alíquota de tributo com impacto na proposta financeira original. Neste caso, far-se-á necessária a recomposição do equilíbrio financeiro, a fim de afastar a hipótese de obtenção de injusto enriquecimento.

Ante os elementos já apresentados, denota-se que a nota dissonante entre o fato do príncipe e o fato da administração é de que no primeiro o desequilíbrio terá caráter reflexo, posto que derivado de ato praticado pelo Estado não na qualidade de agente contratante, mas no exercício de seus regulares poderes legislativos, regulamentar ou até não normativo. Por

imposto ao particular contratante (onerosidade excessiva). Adotando esta linha, o Tribunal reputara indevido o acolhimento de pleito de reequilíbrio decorrente da majoração de imposto, por ser equivalente a apenas 0,3970% do lucro estabelecido no momento inicial da avença. (Acórdão 45/1999). Na mesma linha, por ocasião da prolação do Acórdão 1.742/2003, restou assentado que as majorações de encargos contratuais, tal como tributos, inserem-se na álea empresarial ordinária, a não ser que, além dos requisitos da involuntariedade e imprevisibilidade do fato, reste evidenciada a onerosidade excessiva da execução contratual original. Entretanto, evoluindo em tal entendimento, a partir da prolação do Acórdão nº 2.933/2011, o Tribunal passou a adotar o entendimento de que a legislação de regência não faz qualquer referência à materialidade (onerosidade excessiva e insuportabilidade do novo ônus) como condição de reequilíbrio no contexto da aplicação da teoria do fato do príncipe. Assim, faz-se necessária apenas a verificação da álea extraordinária e extracontratual, tal como a comprovação da repercussão nos preços contratados.

sua vez, o fato da administração tem relação direta com um contrato específico. Nestes termos, sob a perspectiva da destinação do ato administrativo, denota-se que o fato do príncipe terá sempre como destinatário indivíduos indeterminados que se encontrem em uma mesma situação jurídica, enquanto que o fato da administração direciona-se concretamente a determinado indivíduo, ou mais precisamente, ao contratado.

Não é dispendioso mencionar ainda que, em contraponto à teoria da alteração das circunstâncias, a teoria do fato do príncipe não pode ser invocada no bojo de relações contratuais de caráter privado. Tal constatação deriva do fato de que o direito ao reequilíbrio decorre da alteração das circunstâncias em razão ato praticado pela própria Administração, assemelhando-se este, como dito em linhas anteriores, a uma alteração unilateral do contrato. Assim, em relações privadas, o fato do príncipe constitui nítida hipótese de força maior.

Por pertinência ao tema central objeto do presente estudo, cumpre mencionar que no que diz respeito ao ato legislativo de caráter excepcional exarados em um cenário extremo, tais como as medidas de isolamento social adotadas durante os períodos mais críticos da pandemia da Covid-19, depreende-se que tal cenário se assemelha a hipótese tradicional de aplicação da teoria do fato do príncipe, posto que se tratam de atos lícitos e de abrangência geral, não proferidos no contexto de um contrato específico, mas com potencial de impactar o quadro original de considerável quantidade de contratos celebrados pela Administração.

Entretanto, seria possível argumentar que tais atos legislativos não decorrem da atuação regular e ordinária da Administração, posto que praticados no contexto de um estado de exceção, motivados pela imperiosa necessidade de adoção de medidas extremas. Assim, tais atos não seriam fruto da atuação discricionária do Estado, mas da adoção de medidas recomendadas pelas autoridades sanitárias. Portanto, ainda que o contratado venha a sofrer os impactos de ato legislativo de caráter geral, desde que este seja lícito, tal situação ensejaria a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias.

Neste sentido, ao analisar os impactos de normas que determinaram a necessidade de isolamento social e o consequente impacto financeiro para empresa concessionária de transporte público municipal, ainda que sob a ótica dos impactos experimentados no âmbito das relações laborais, o Superior Tribunal do Trabalho brasileiro afastou a aplicação da teoria do fato do príncipe, ante a ausência de discricionariedade da Administração Pública quanto à adoção de tais medidas, porquanto amparadas em recomendações da OMS para salvaguarda da vida e saúde da população nacional.¹⁴

¹⁴ Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 129-26.2020.5.05.0491, de 14 de dezembro de 2020. Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos.

Em conclusão, é possível apontar similitudes entre as teorias da alteração das circunstâncias e do fato do príncipe. Corroborando tal afirmação, reitera-se que a legislação brasileira não apresenta distinção expressa acerca das exigências para aplicação e das consequências destas para o reequilíbrio econômico do contrato. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência tendem a aproximar o fato do príncipe da hipótese de alteração unilateral do contrato pela Administração, razão pela qual é dispensada a verificação da onerosidade excessiva, bem como assegurado ao contratado recomposição integral da equação financeira original.

1.3 Teoria da alteração das circunstâncias e a força maior

Por derradeiro assunto a ser tratado no presente capítulo, examina-se a força maior e os seus impactos aos contratos celebrados pela Administração, sob a ótica dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, além da diferenciação desta com a teoria da alteração das circunstâncias. Em termos breves, analisa-se ainda a aplicação de tal instituto em situações excepcionalíssimas, adotando-se como paradigma o contexto dos impactos da pandemia da Covid-19.

Especificamente em relação ao conceito de força maior, de princípio cumpre mencionar a ausência de uma definição pela legislação administrativa atualmente em vigor em Portugal. Registre-se que o não mais vigente regime jurídico das empreitadas de obras públicas (Decreto-Lei n.º 55/99) apresentava definição de força maior caracterizando esta como um fato de terceiro, natural ou situação imprevisível ou inevitável, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou circunstâncias pessoais do empreiteiro. Dentre os exemplos expressamente citados da norma estava a hipótese de epidemias, dentre outros de carácter extraordinário.¹⁵

Embora o CCP não disponha de forma expressa e detalhada sobre os reflexos contratuais dos eventos considerados como de força maior, verifica-se que o n.º 1 do art. 325.º dispõe acerca do efeito liberatório das obrigações assumidas pelo contratado caso o cumprimento desta tenha se tornando impossível. De tal modo, é possível afirmar que o dito dispositivo legal estabelece, ainda que de forma implícita, as consequências jurídicas da força maior.

¹⁵ Pedro Melo (2013) destaca que existia uma “tradição legislativa” portuguesa de dispor expressamente acerca do conceito de força maior. Como exemplo, faz referência aos DL n.º 48871/69, n.º 235/86 e 405/93, além do citado do DL n.º 55/99. O Autor critica ainda a omissão da legislação atual, posto que esta propiciaria uma menor segurança jurídica.

A legislação brasileira administrativa, de modo semelhante, também não trata com maior especificidade sobre o conceito de força maior e caso fortuito, nem tampouco dos requisitos necessários à aplicação da teoria. Registre-se, no entanto, que o mesmo dispositivo legal que trata da alteração das circunstâncias e do fato do príncipe (art. 124, II, 'd' da Lei n.º 14.133/2021) também assegura a possibilidade de reposição do equilíbrio original em caso de força maior e caso fortuito que inviabilize a execução do contrato tal como pactuado.

Por sua vez, o inc. V do art. 137 da norma acima referenciada estabelece que constituirá motivo para extinção do contrato administrativo o advento de força maior e caso fortuito impeditivos da execução, devendo ser o ato precedido da devida motivação e desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa. Em tal hipótese inexistente alternativa para as partes que não seja o desfazimento da relação contratual ante a impossibilidade absoluta de cumprimento.

Assim, depreende-se que a Lei n.º 14.133/2021 menciona de forma expressa a força maior como ensejadora da hipótese de reequilíbrio financeiro e também como causa de extinção do contrato, quando comprovada a impossibilidade da execução do contrato. Todavia, conforme será demonstrado adiante, a doutrina administrativa usualmente conceitua como força maior apenas a segunda hipótese.

Não é dispendioso mencionar que o Código Civil português de 1867 estabelecia cláusula liberatória de responsabilidade, em decorrência de descumprimento motivado por força maior ou caso fortuito. Todavia, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, a atual legislação civilista e administrativa portuguesa omitem a expressão caso fortuito.

Com algum grau de homogeneidade, a doutrina brasileira costuma apontar que o caso fortuito advém de eventos da natureza, imprevisível e inevitável, tais como tempestades anormais, terremotos, incêndios, ciclones, catástrofes, crises hídricas, entre outros. Por sua vez, a força maior é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, também marcado pela imprevisibilidade. Nestes casos, é possível apontar como exemplo a deflagração de greves e grave perturbação da ordem pública.¹⁶

Entretanto, bem leciona Rafael Carvalho Resende Oliveira (2021) que a distinção entre as hipóteses que configuram força maior e caso fortuito não possui maior relevância prática, posto que ambas as situações são definidas pela legislação brasileira como eventos inevitáveis e imprevisíveis, suficientes para ensejar o direito à reposição do equilíbrio

¹⁶ Neste sentido se posicionam José dos Santos de Carvalho Filho (2018), Diógenes Gasparini (2003) e Rafael Carvalho Rezende (2021).

econômico inicial ou a extinção do contrato em caso de impossibilidade absoluta, a depender do grau de extensão do impacto.¹⁷

Pedro Melo (2013) afirma que a força maior deve ser compreendida como um fato natural ou de terceiros, não imputável ao devedor, que torna impossível o cumprimento da obrigação contratual e, por consequência, tem o condão de exonerar aquele que a assumiu de qualquer responsabilidade. Por sua vez, Raquel Carvalho (2020, p. 196) afirma que, em sua concepção tradicional, a força maior “consubstancia-se na existência de um evento imprevisível, irresistível e independente da vontade daqueles que estavam sujeitos ao cumprimento de alguma obrigação, não lhes sendo imputável portanto”. Em caráter semelhante, Diogo Freitas do Amaral (2018) leciona que o também denominado *act of God*, pode ser definido como fato imprevisível e estranho à vontade das partes que impossibilita de modo absoluto o cumprimento das obrigações pactuadas.

Acrescente-se que a impossibilidade de cumprimento das obrigações poderá ser temporária ou definitiva. Em sendo temporária, deverá ser determinada a suspensão da execução contratual até que cessem os efeitos dos eventos danosos. Por sua vez, restando definitivamente inviabilizado o prosseguimento do contrato, deverá ser decretado o seu desfazimento. Denota-se que em ambas as hipóteses não há de se falar em alteração de cláusulas contratuais e/ou recomposição da equação financeira.

Portanto, em regra, a força maior não deve ser incluída no rol de hipóteses que autorizam a mutação dos contratos administrativos, posto que a sua verificação no caso concreto daria ensejo à suspensão temporária de sua eficácia ou a extinção por impossibilidade absoluta do cumprimento do objeto ou do interesse do credor (GOMES, 2008).

Tal como a hipótese de alteração das circunstâncias, a força maior também é fruto de fato inevitável e imprevisível, alheio à vontade das partes. Entretanto, enquanto a primeira representa hipótese de desequilíbrio econômico não impeditiva da continuidade da execução do contrato, na segunda resta verificada a impossibilidade absoluta (provisória ou

¹⁷ Em julgado que ganha relevo em decorrência das mudanças climáticas derivadas do aquecimento global, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já se posicionou no sentido que prejuízo à pastagem decorrente de crise hídrica prolongada, causada pela estiagem, pode ser compreendido como força maior nos moldes da Lei nº 8.629/1993 que trata da desapropriação de terras improdutivas para fins de reforma agrária. Registre-se que tal norma elenca a força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens como hipóteses excludentes da perda de qualificação de propriedade produtiva. Observa-se ainda que a decisão também não dedicou maior atenção a classificar o evento como força maior ou caso fortuito, sendo certo que para fins de aplicação da norma a diferenciação se apresenta destituída de utilidade. Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial nº 1.139.146/RJ, de 25 de junho de 2019, Relator Gurgel de Faria.

permanente) de prosseguimento da avença. Esclareça-se que, em ambos os casos, a rescisão importará em exoneração do dever de prestar indenização, uma vez que o fato não pode ser imputável a qualquer das partes.

Se em Portugal inexistisse controvérsia de que a força maior será sempre considerada como hipótese de extinção do contrato ou pelo menos de suspensão de execução das obrigações pactuadas, no Brasil o tema suscita algum questionamento ante os termos da já citada legislação administrativa aplicável.

Di Pietro (2017) e Carvalho Filho (2018) defendem que a força maior apenas restará verificada ante a demonstração da impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato. De tal modo, ocorrendo desequilíbrio econômico decorrente de fato inevitável, imprevisível alheio à vontade das partes, mas que não impeça a execução do cumprimento da obrigação, cumprirá à Administração avaliar a conveniência de revisão das cláusulas financeiras a fim de assegurar a continuidade da relação contratual, por meio da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias.

Depreende-se, assim, a existência de controvérsia entre a legislação e o entendimento da doutrina brasileira, relativamente à força maior e o caso fortuito como possível hipótese de reposição do equilíbrio econômico financeiro original. Tal controvérsia, contudo, não tem maiores implicações práticas, posto que caso a alteração das circunstâncias possa ser contornada por meio de mutação contratual, mas a Administração no exercício de seu poder discricionário não fizer esta opção, inexistirá direito de indenização em decorrência da resolução prematura da avença, tal como ocorre na hipótese de impossibilidade absoluta de execução.

Também com ênfase no tema que será melhor desenvolvido em capítulo posterior, em um contexto de excepcionalidade, tal como o vivenciado no já citado exemplo da pandemia da Covid-19, é possível visualizar a hipótese de impossibilidade transitória do cumprimento do objeto contratual, por exemplo, em decorrência da necessidade de adoção de medidas de distanciamento social que impediriam a locomoção de funcionários da contratada, constituindo óbice à prestação dos serviços. Assim, cessada a necessidade do distanciamento, o contrato tornaria a ter eficácia com o consequente restabelecimento das condições originais.

Entretanto, caso seja verificada a impossibilidade de cumprimento absoluto da prestação em decorrência da necessidade de observância de regras adotadas no contexto de um estado de exceção, o contrato administrativo poderia ser rescindido sob o argumento de força maior não imputável a qualquer das partes. Contudo, conforme será melhor analisado

posteriormente, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 editado em Portugal, que tratava dos reflexos das medidas de combate ao surto da Covid-19 nos contratos administrativos de execução duradoura, deixou de fazer referência expressa à hipótese de caracterização da pandemia como força maior apta a ensejar a rescisão dos ditos contratos em caráter unilateral pela Administração.¹⁸

¹⁸ Ante a eventual comprovação de urgente necessidade de realocação de recursos públicos, tal como a vivenciada no contexto de combate aos efeitos do surto da Covid-19, importante ponderar se poderia ser invocado pela Administração motivo de força maior como fundamento apto a ensejar a rescisão, em decorrência da insuficiência de recursos públicos para cumprimento das obrigações assumidas. Nesta hipótese inexistiria necessidade de pagamento de indenização ao particular.

2. PARCERIAS PÚBLICOS-PRIVADAS

2.1 Origem, conceito, aspectos positivos e negativos

O histórico da celebração de acordos envolvendo delegação de competências administrativas para que fossem estas desenvolvidas por particulares não é recente, podendo ser feita referência ao formato de cobrança de tributos no antigo Egito, na Grécia e no Império Romano, bem como na concessão do direito de exploração de áreas pertencentes ao Estado mediante ao pagamento de retribuição (SOUZA, 2015).

Um outro exemplo de delegação de direito de exploração econômica pelo Estado para particulares, guardando próxima relação com Portugal e Brasil, é a instituição da Companhia da Índia Oriental e da Companhia Geral para o Estado do Brasil. Enquanto a primeira tinha por objetivo assegurar os interesses de Portugal na Índia ante a crescente influência de holandeses e ingleses, a segunda tinha por objetivo repelir a invasão holandesa e fomentar o comércio intercontinental pelo Brasil.

Em um contexto mais aproximado da atual realidade do tema em apreço, cita-se a experiência inglesa de delegação das primeiras estradas com postagem no início do Século XVIII, então administradas pelas denominadas *turnpike companies*. A adoção de tal modelo teve por objetivo substituir o sistema anterior em que a responsabilidade pela manutenção das estradas recaía sobre os moradores das respectivas paróquias que não conseguiam manter as estradas em bom estado de conservação, principalmente, diante do aumento do tráfego de veículos com tração animal. Contudo, sob o argumento de que os valores cobrados pelas *turnpike companies* eram desiguais e inconvenientes para o público, em 1895 tais companhias foram definitivamente destituídas, sendo retomada pelo Estado a obrigação de manutenção das estradas (BRAGA, 1954).¹⁹

Fernanda Maças (2008) pontua que desde a segunda metade do século XIX a associação entre Estado o setor privado esteve ligada à industrialização europeia, sendo esta parceria vital para o financiamento de equipamentos públicos tais como rodovias, ferrovias, sistema de iluminação, redes de distribuição de eletricidade, água e esgoto, de iluminação, de aquecimento, etc,. Aproveitando-se de grande concentração de recursos por particulares, neste momento a contratação adotava o modelo de concessão de obra pública, por meio do

¹⁹ Francisco Saturnino Braga (1954) elenca que o principal motivo para o abandono da sistemática de delegação dos ditos serviços pelas *turnpike companies* se deu em virtude do abandono das estradas menos movimentadas que passaram a apresentar problemas de má conservação. Denota-se, assim, que o fracasso do sistema decorreu da deficiência de modelagem da contratação, sendo este um desafio também para as atuais PPPs.

qual o agente privado financiava e executava obra pública, em troca do direito de exploração por longo prazo.

Ao longo do século XX houve um movimento de estatização das infraestruturas essenciais, passando o Estado a assumir construção e manutenção de equipamentos públicos que demandavam vultosos investimentos, tomando para si ainda a execução de serviços estratégicos, tais como energia, telecomunicações, petróleo, metalurgia, construção naval, dentre outros. Saliente-se que tal movimento não foi apenas verificado na Europa, tendo o Brasil também adotado semelhante linha de política pública.

Entretanto, em grande parte influenciada pela agenda liberal encapada pelos governos de Margaret Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, a partir dos anos 1980 teve início um gradual abandono pelos Estados do desempenho das atividades ligadas ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. Este período é marcado por uma forte onda de privatizações de empresas públicas, passando o Estado a atuar preponderantemente na função de regulação das atividades privadas. Este movimento encontra motivação na busca por uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos, por meio do aproveitamento da experiência técnica do setor privado, bem como por questões de restrições orçamentárias.

Como decorrência deste cenário, no início dos 1990 surge no Reino Unido o conceito de PPP, inspirado no modelo francês de concessão e da empreitada de obras públicas, vindo rapidamente a se tornar importante ferramenta de renovação dos serviços públicos, tendência que se espalhou rapidamente para outros países europeus (MAÇAS, 2008). Constituindo-se como um programa de governo, o denominado *Private Finance Initiative* visava transferir atividades essencialmente públicas para o setor privado, tais como a construção de obras e a administração de serviços públicos (MEYER. 2021).

Em Portugal é possível afirmar que a partir da instituição do regime de alienação das participações do setor público, por meio da entrada em vigor da Lei n.º 71/1988, fora instituída uma nova postura do Estado em relação ao desempenho de atividades de cunho empresarial. Neste cenário, privatizações foram implementadas com o objetivo de redimensionamento do setor público e amortização da dívida pública (AZEVEDO, 2008).

Dado este primeiro passo, o início da década de 90 impôs ao Estado português o desafio de diminuir a discrepância de desenvolvimento em relação aos demais países do continente europeu, sendo fundamental em tal missão o incremento da competitividade e redução de desequilíbrios sociais. Em tal relevante e árdua tarefa, a atração do capital privado

se mostrou essencial, tendo em vista as dificuldades de ordem orçamentárias então enfrentadas.

Como marco inicial das PPPs em Portugal temos a celebração do contrato com a Lusoponte S.A., assinado em 1995 e que tinha por objeto não apenas a concepção, construção, financiamento, exploração e manutenção da Ponte Vasco da Gama, mas também a exploração e manutenção parcial da Ponte 25 de Abril (AZEVEDO, 2008).

Cumprir registrar que apenas com a aprovação do Decreto-Lei n.º 86/2003, Portugal passou a dispor de um regime jurídico relativo às PPPs. Ressalte-se que até este momento tais contratos eram reguladas por legislações setoriais, como no caso da saúde e do setor de rodovias, bem como por normas atinentes à áreas conexas tais como a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado ou o regime de aquisição de bens e serviços (RODRIGUES, 2015). Atualmente a matéria é regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 111/2012.

Nesta linha, o Tribunal de Contas de Portugal reconheceu que a inexistência de um arcabouço legal específico para as primeiras PPPs resultou na adoção de regimes legais específicos para cada empreendimento, tendo este por modelo básico a figura da concessão, bem como os procedimentos tradicionais de contratação de obras públicas. Contudo, a par da citada legislação, foram também introduzidas cláusulas prevendo mecanismos de negociação entre as partes, em decorrência da complexidade inerente a tais contratos (TRIBUNAL DE CONTAS, 2008).

Em um contexto histórico semelhante, em decorrência dos reflexos das crises econômicas das décadas de 80 e 90 do século passado, o Estado brasileiro passou a adotar uma tendência de transferência da gestão e execução de serviços de infraestrutura para o setor privado. Como resultado de tal política foi desenvolvido o Programa Nacional de Desestatização que, dentre outras medidas, implementou o arcabouço jurídico do regime jurídico de concessões e permissões de serviços públicos, por meio da edição da Lei n.º 8.987/1995 (LIMA e COELHO, 2015).

Neste contexto, foi editada a Lei n.º 11.079/2004, usualmente denominada de ‘Lei das PPPs’, que estabeleceu normas gerais para tal espécie de contratação. O Advento deste diploma legal teve inspiração no sucesso das PPP’s em diferentes regiões do mundo, principalmente, na Europa. Acrescente-se ainda que no momento de sua edição o Estado brasileiro enfrentava escassez de recursos para investimento públicos, sendo esta relevante medida de estímulo ao crescimento econômico (MEYER, 2021). O primeiro contrato de PPP firmado no Brasil foi a concessão patrocinada da Linha 4 – Amarela do Metrô da cidade de São Paulo em 2006.

Debruçando-se sobre os termos da legislação dos países objeto deste estudo, denota-se que o art. 2º do Decreto-Lei n.º 111/2012 define a PPP como o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado. De modo diverso, no Brasil, a Lei nº 11.079/2004 não apresenta uma definição expressa do contrato de PPP, resumindo-se a dispor que a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”

Do cotejo entre as citadas normas, denota-se sem maior dificuldade que a legislação portuguesa discorre de forma mais abrangente sobre a modalidade de contratação em tela, posto que, além do conceito, apresenta vasta exposição de motivos, finalidades almejadas e um extenso de rol de pressupostos necessários para a contratação. Por sua vez, a legislação brasileira trata da matéria de forma mais objetiva, limitando-se a delimitar os elementos essenciais que deverão nortear a contratação, tais como a necessidade de transparência dos procedimentos e das decisões, a repartição objetiva dos riscos e da sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas da parceria.

Embora ressalte a inexistência de um conceito comunitário de PPP, o Livro Verde da União Europeia ‘sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões’ (2004), dispõe que estas são consideradas a forma de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço.

Por sua vez, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económicos - OCDE, define as PPPs como acordos de longo prazo entre o governo e um parceiro privado por meio dos quais o segundo fornece e financia serviços públicos usando um bem de capital, compartilhando os riscos associados, salientando que estas podem prestar serviços públicos tanto em relação aos ativos de infraestrutura quanto aos ativos sociais, como são exemplos serviços hospitalares e prisões.²⁰

Carvalho Filho (2018) conceitua o regime de PPP como o contrato celebrado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação e/ou gestão

²⁰ Disponível em <https://www.oecd.org/fr/gov/budgetisation/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm>. Consultado em 18.01.2023.

de serviços públicos, com a possibilidade de execução de obras ou fornecimento de bens, onde a responsabilidade pelo financiamento recai sobre o agente privado, observando-se o dever de respectiva contraprestação pecuniária pelo parceiro público, devendo ser estabelecido compartilhamento de riscos e ganhos entre as partes.

Independentemente do conceito adotado, José Manoel Braz da Silva (2016) menciona que embora possam ser apresentadas diversas definições, os principais elementos que definem as PPPs são: parceria entre Estado e um agente privado, cooperação entre os partícipes para alcançar um determinado objetivo e a partilha de riscos e responsabilidades.

Costumeiramente se aponta a falta de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, aliada a maior experiência e eficiência técnica na execução do projeto e gestão dos serviços por parte do setor privado como principais fatores pela opção por tal modalidade de contratação.

Em Portugal é possível afirmar que a opção em larga escala pela utilização dos contratos de PPP teve como fator preponderante os limites impostos ao déficit orçamentário e ao endividamento público determinados pela União Europeia. Tal quadro econômico forçou ao Estado a reduzir consideravelmente o financiamento direto de infraestrutura, recorrendo-se ao capital privado para tal desiderato.

Este cenário demonstra talvez o maior fator de atração da adoção de tal modelo de contratação, qual seja, a possibilidade de contornar restrições orçamentárias, ao transferir ao parceiro privado os consideráveis custos dos investimentos iniciais em infraestrutura. De tal modo, por meio da cooperação com a iniciativa privada o Estado alcança objetivos de investimento em obras e serviços, investimentos estes que poderão incrementar o desenvolvimento nacional. Demonstrando tal cenário, é possível argumentar que, aparentemente, a construção de rodovias por meio do formato de PPP resultou numa melhoria de mobilidade, culminando em um aumento de investimentos e produtividade nas regiões do interior de Portugal (ARAÚJO e SILVESTRE, 2013).

Contudo, o anteriormente citado o Livro Verde da União Europeia sobre PPPs destaca que tal formato de contratação não pode ser utilizado como mera solução para contornar problemas de caráter orçamentários. O objetivo a ser alcançado é a satisfação do interesse público, por meio da busca pela maior eficiência no uso dos recursos públicos e aprimoramento dos serviços prestados, devendo ser avaliado se a opção pela PPP apresenta uma mais-valia real em relação aos demais formatos de contratação.

Também pode ser anunciado como fator de incentivo às PPPs a possibilidade de aumento da eficiência e da qualidade dos serviços públicos prestados, aliada a diminuição

dos custos proporcionada pela forma de atuação mais célere e eficaz do parceiro privado. Bernardo Meyer (2021) destaca que a iniciativa privada é considerada mais eficiente que a Administração por não contar com tantas amarras normativo-burocráticas, além de ter foco em resultados para garantir a sua própria sobrevivência, sendo, por tal razão, mais dinâmica e inovadora.

As vantagens acima mencionadas resultam de um maior dinamismo da iniciativa privada para buscar e/ou desenvolver novos recursos técnicos, além da agilidade em caso de necessidade de contratação de profissionais especializados. Assim, as PPPs acrescentam qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos, facilitando a inovação em tais processos. Os ganhos qualitativos, reitere-se, poderão resultar em custos mais baixos quando em comparação a hipótese de operação integralmente pública.

Um traço característico de tal modalidade de contratação é a sinergia que deve marcar a atuação dos parceiros ao longo de toda relação contratual. Diferentemente da contratação estatal para realização de uma determinada obra pública, onde a relação se encerra após o momento de sua entrega, nas PPPs os parceiros participam desde a concepção do projeto até o gerenciamento dos serviços prestados aos utentes. Assim, os parceiros privados tendem a se preocupar mais com fatores de qualidade e duração das obras, uma vez que no futuro ficaram encarregados pelo custeio da manutenção dos equipamentos públicos.

Em regra geral, os contratos de PPP devem conter previsão de mensuração de resultados e a fixação de metas de desempenho. Assim, afigura-se usual a estipulação de cláusulas contratuais estabelecendo a obtenção de ganhos financeiros adicionais em caso de atingimento de resultados satisfatórios, relacionados à excelência na prestação dos serviços.

É possível ainda mencionar a alocação de risco como um dos fatores de sobreposição das PPPs às modalidades de contratação tradicional. Conforme será melhor detalhado no tópico seguinte, a norma portuguesa estabelece de forma explícita a obrigatoriedade da partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados, devendo ser os riscos inerentes à parceria repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gestão destes. Trata-se da usualmente denominada repartição óptima dos riscos, que tem por objetivo minimizar os custos e os riscos do contrato (SILVA, 2016).

Em que pese tais pontos positivos da contratação no formato de PPP, a mesma não é isenta de críticas. De pronto, cumpre rememorar que se tratam de empreendimentos complexos e de longa duração, tendo em vista a necessidade de retorno dos investimentos e auferimento de lucro pelo parceiro privado. Tal configuração impõe uma série de desafios

no momento de realização de estudos técnicos e análise de viabilidade financeira dos projetos, durante a usualmente denominada fase de modelagem.

A longa duração dos contratos pode acarretar que as estimativas prévias do volume de utilização de determinado equipamento público e/ou serviços não sejam efetivamente observadas ao longo do período de prestação dos serviços. Sobre este aspecto o Relatório Especial ‘Parcerias Públicas Privadas na EU: Insuficiências Generalizadas e Benefícios Limitados’ do Tribunal de Contas Europeu (2018) destaca que a possibilidade de repartição dos pagamentos por um período de 20 a 30 anos reduz significativamente a pressão sobre a modelagem dos processos, aumentando o risco que sejam previstos cenários excessivamente otimistas quanto à procura e utilização dos equipamentos de infraestruturas.²¹

No caso brasileiro a opção pela PPP ainda não pode ser considerada como exemplo de contratações bem sucedidas, grande parte também em virtude de projeções exageradamente otimistas e irreais dos retornos financeiros. Tal situação foi especialmente verificada entre os anos de 2010 e 2014, quando o país experimentou um momento de prosperidade e expectativa de crescimento econômico (MEYER, 2021).

O alargado prazo de execução e o vultoso volume de recursos envolvidos impõe a necessidade de tempo para o adequado planejamento e estruturação do modelo de contrato a ser implementado. Em decorrência de tal característica, as PPPs devem ser encaradas como um projeto de Estado, muito além do que um projeto de governo, posto que o seu ciclo de vida perpassa por diferentes gestões (MEYER, 2021). Entretanto, motivações eleitoreiras podem prejudicar a necessária análise de cenários e necessidades da sociedade.

Outro fator a ser abordado é de que a possibilidade de execução de projetos de larga escala de forma simultânea, diante da facilidade de financiamento pelos parceiros privados, pode acarretar uma espécie de ilusão financeira pelo Estado, comprometendo o orçamento público em uma escala maior do que a aceitável. Demonstrando tal ponto de preocupação, registra-se que no ano de 2018 os compromissos assumidos pelo Estado português junto aos parceiros privados equivaliam a 10,8% do produto interno bruto nacional, constituindo-se como o maior encargo relativo da Europa.²²

²¹ Como exemplo desta situação, o Relatório Especial ‘Parcerias Públicas Privadas na EU: Insuficiências Generalizadas e Benefícios Limitados’ aborda o exemplo da PPP responsável por gerir a autoestrada A-1 em Espanha que verificou níveis de tráfego 35% inferiores aos inicialmente previstos.

²² RIBEIRO, Luís Reis – Peso das PPP nacionais no PIB é de 10,8%, o maior da União Europeia. **Diário de Notícias**. [sl]. (26 Mar. 2018). [Consult. 18 Jan. 2023] Disponível em <https://www.dn.pt/dinheiro/peso-das-ppp-nacionais-no-pib-e-de-108-o-maior-da-uniao-europeia-9214002.html#:~:text=Portugal%20%C3%A9%20o%20pa%C3%ADs%20mais,de%20ser%20pagos%20at%C3%A9%202042..>

A fim de evitar um cenário de excessivo endividamento, a Lei nº 11.079/2004 brasileira estabelece que o Governo Federal somente poderá firmar novos contratos de PPPs quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, bem como de que as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Também deve ser sopesado o fato de que, em virtude da grandiosidade dos projetos, a opção pelo modelo de PPP acarreta a diminuição da concorrência e a concentração de contratos por grandes empresas, diferentemente da contratação pública tradicional onde os objetos podem ser divididos em lotes, atraindo a participação de um maior número de interessados. De tal modo, a Administração corre risco de se tornar dependente de poucas empresas que dominem o setor.

Embora a eventual eficiência do setor privado seja usualmente apontada como uma característica de vantajosidade da PPP, a prática demonstra que a execução dos projetos pelo parceiro privado nem sempre se apresenta mais eficaz. Neste sentido, o anteriormente citado Relatório Especial elaborado pelo Tribunal de Contas Europeu aponta que foram identificadas várias hipóteses em que as infraestruturas não foram concluídas dentro dos prazos e orçamentos previstos.

Tais fatores de preocupação impõem a necessidade de uma criteriosa avaliação que demonstre que a opção pela PPP se apresenta a mais vantajosa para alcançar o interesse público. Assim, fundamental se apresenta a demonstração da viabilidade técnica, social e econômico-financeira do projeto. A seriedade de tal análise inicial ganha importância ante as implicações da longa duração da contratação. Entretanto, conforme já ponderado, a inexistência de comprometimento orçamentário imediato e a diluição das obrigações ao longo do tempo podem influenciar sobremaneira a decisão estatal.

Os fatos e argumentos apresentados ao longo do presente tópico demonstram que a parceria entre o Estado e a iniciativa privada não pode ser considerada como um fenômeno atual, sendo recorrente ao longo do tempo a junção de esforços para que sejam alcançados objetivos perseguidos por ambos. Em que pese tal constatação, a adoção do formato de PPP se afigura relativamente recente, estando o modelo ainda em um momento de amadurecimento em Portugal e no Brasil.

A ausência de um maior distanciamento entre a utilização em larga escala das PPPs é um fator que pode dificultar uma melhor análise dos efetivos ganhos para a sociedade, bem como para os parceiros privados. Diante do considerável número de parcerias celebradas em

Portugal e no Brasil, torna-se ainda mais importante o acompanhamento e fiscalização dos contratos pela Administração, tarefa que deve ser atribuída a órgãos especializados e desempenhada por profissionais públicos capacitados.

Pese embora as preocupações ora manifestadas, a adoção do modelo de contratação por meio de PPP se afigura como relevante alternativa para o Estado superar a escassez de recursos para financiamentos de grandes projetos de infraestrutura, bem como a falta de conhecimento e corpo técnico especializado para desenvolvimento de projetos de grande complexidade.

2.2 Alocação de riscos nos contratos de parceria público-privada

Conforme brevemente mencionado no tópico anterior, uma das principais características do contrato de PPP é a forma diferenciada de alocação dos riscos entre os parceiros, sendo elemento obrigatório a elaboração de uma matriz de risco que indicará prévia e expressamente quais responsabilidades deverão ser suportadas por cada parte.

Tal peculiaridade decorre do fato de que o parceiro privado visa obter lucro por meio da prestação do serviço público concedido, razão pela qual, em contrapartida, deverá também suportar eventuais ônus verificados ao longo do período de execução contratual. Deste modo, a forma de distribuição do risco é traço distintivo entre os contratos administrativos ordinários e as PPPs.

No âmbito dos contratos administrativos, risco pode ser definido como a probabilidade de um determinado evento ocorrer, e, ante o seu efetivo advento, acarretar impacto suficiente para gerar divergência entre a situação atual da relação contratual, quando comparada ao cenário de benefícios e custos visualizado no momento de elaboração do projeto.

Como regra, em um contrato administrativo ordinário o particular se compromete a realizar uma obra de engenharia, prestar determinado serviço ou fornecer bens, conforme os termos estipulados no edital do concurso. Nestes casos os riscos inerentes ao advento de eventos inesperados não decorrentes da conduta de qualquer das partes (álea extraordinária) são absolvidos pela Administração por meio de mecanismo de recomposição do equilíbrio financeiro das cláusulas financeiras originais.

Diante da maior delimitação do escopo contratual e do prazo de execução mais reduzido, além da maior assunção de riscos pela Administração, ao longo da fase de disputa os particulares possuem condição de oferecer propostas financeiras mais reduzidas, ante a perfeita previsibilidade das obrigações que serão assumidas. Obviamente tal situação se

afigura vantajosa para a Administração ante a possibilidade de obtenção de ganhos financeiros.

Nestes termos, resgatando o que fora dito no capítulo anterior, a garantia da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias se afigura financeiramente vantajosa à Administração, posto que as propostas dos particulares serão baseadas em riscos prováveis e não naqueles meramente possíveis.

Ocorre que tal sistema de alocação de risco mais simplificado não atende às particularidades do modelo de PPP, em decorrência das características peculiares deste formato de contratação já anteriormente mencionadas. Neste sentido, sustenta Fernando Vernalha Guimarães (2021, p. 91) que “a teoria das áleas, de cunho simplista, não se presta mais a explicar as complexidades da alocação de riscos contratuais ou extracontratuais no plano dos modernos contratos de longo prazo”.

A denominada matriz de risco estabelece a responsabilidade de cada parte pelas obrigações atinentes ao desenvolvimento das atividades e também pelos impactos - positivos e negativos - que não possam ser objetivamente mensurados no momento de celebração do contrato. De tal modo, um maior detalhamento dos riscos assegurará uma margem menor de incerteza e divergência acerca das responsabilidades de parte a parte ao longo da execução contratual. Em outros termos, a prévia alocação dos riscos diminui a probabilidade de futuros litígios entre as partes, evitando custos desnecessários para os parceiros.

De fato, algumas das situações que trazem impacto à equação financeira das PPPs possuem alocação definida pela própria legislação de regência. Como exemplo de tal situação é possível mencionar a hipótese de criação, extinção ou alteração de tributos que configura risco a ser suportado pela Administração, tal como disposto na Lei nº 8.987/95 que tem aplicação subsidiária às PPPs no Brasil.

Entretanto, o estabelecimento da alocação dos riscos diretamente pela legislação possui caráter secundário, cumprindo tal divisão de responsabilidades constar claramente identificada no instrumento contratual, tal como disposto no art. 5º do Decreto-Lei n.º 111/2012 e no inc. III do art. 5º da Lei de regência brasileira. O citado dispositivo da norma portuguesa, de forma expressa, estabelece que os riscos devem ser repartidos entre os parceiros de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos.

Embora a norma brasileira seja omissa neste ponto, de modo semelhante, também vigora no Brasil o entendimento de que a maximização da eficiência econômica do contrato se dará por meio da alocação dos riscos para o parceiro que dispõe melhor condição de seu

gerenciamento, posto que poderá adotar medidas de prevenção, mitigação ou reparação de eventos graves com o menor custo possível (RIBEIRO, 2021).

Diante do critério básico de repartição de riscos acima mencionado, denota-se que este terá por fundamento, sobretudo, uma diretriz de observância do princípio administrativo da eficiência, posto que seja este um parâmetro organizatório da Administração, além de vetor fundamental da ação administrativa (MELO, 2011). Portanto, a matriz de risco deverá ser elaborada perseguindo a transferência do risco para a parte que detém maior expertise técnica para reduzir a probabilidade de ocorrência e/ou reparação dos danos, recaiando esta, em regra, sobre o parceiro privado.

Outro fator que deverá ser observado no momento da elaboração da matriz de risco é a necessidade de que seja esta tanto quanto possível marcada pela certeza e objetividade, a fim de eliminar – ou pelo menos diminuir – posteriores debates entre as partes acerca da alocação de determinados riscos. Conforme será explanado no tópico seguinte, a clareza na forma da alocação do risco terá o condão de afastar eventuais pedidos de reequilíbrio financeiro que, invariavelmente, trariam desgastes à parceria.

Em contraponto à clareza do princípio básico base da alocação de risco nas PPPs, Luís Heleno Terrinha (2011) aborda a complexidade desta tarefa, posto que em alguns casos estes não estão na esfera de controle de apenas uma das partes, dependendo da conduta de ambos os parceiros. Em outras situações nenhuma das partes estará numa posição confortável para gestão do risco, tal como ocorre no caso da força maior.

A falha ou omissão de pontos relevantes que deveriam constar na matriz de risco poderá trazer ainda prejuízo à concorrência na fase de escolha do parceiro privado, diante possibilidade de que as propostas sejam elaboradas pelas empresas considerando a assunção de responsabilidades distintas. Tal situação poderá ocasionar a apresentação de propostas desequilibradas que, ao não considerar a alocação de determinados riscos sob a esfera de responsabilidade do parceiro privado, poderá resultar em posteriores pedidos de readequação das cláusulas financeiras.

Em que pese a importância da definição dos riscos e de soluções de gestão para o sucesso de uma PPP, muitas vezes os entes públicos tendem a elaborar uma deficiente apreciação dos riscos, fato este que resulta em uma previsão de custos e benefícios que considera o cenário mais otimista possível, situação que poderá acarretar desequilíbrio ao longo do período de execução dos serviços (TERRINHA, 2011).

Dando cumprimento ao mandamento basilar da alocação dos riscos em contratos de PPPs, é usual deslocar para o parceiro privado a responsabilidade por suportar as obrigações

pelos custos excedentes e atrasos nas obras de instalação do empreendimento. Tal situação decorre do fato de que, por definição, o particular é responsável pelo projeto, planejamento e execução das obras, bem como detém maior expertise para gerenciar os riscos inerentes à construção.

Como exemplo adicional, fugindo à menção tradicional da hipótese de transferência ao parceiro privado dos riscos de execução de obras, Maurício Portugal Ribeiro (2011) menciona que nas concessões rodoviárias o risco por acidentes com cargas perigosas deverá ser posto na esfera de responsabilidade do agente privado, uma vez que este poderá desenvolver medidas de prevenção de acidentes, tais como a manutenção da sinalização adequada e de boas condições da estrada, bem como atividades voltadas à conscientização dos motoristas. Além disto, ocorrendo o acidente, terá o concessionário maior condição para impedir o agravamento da situação.

Ainda em relação à alocação do risco no exemplo acima mencionado, é possível argumentar que caso a responsabilidade pela reparação dos prejuízos decorrentes de acidentes com cargas perigosas não recaia sobre o parceiro privado, este não terá incentivo adicional – além daqueles já dispostos no contrato – para adotar as medidas necessárias para prevenção de tais situações.

José Manuel Braz da Silva (2016) menciona que os principais riscos associados aos projetos de PPP podem ser divididos, em linhas gerais, em seis categorias: políticos, financeiros, técnicos, operacionais e de manutenção, de mercado e procura e jurídicos.

De acordo com o citado autor, os riscos políticos decorrem de medidas exaradas pelo parceiro público que alterem a probabilidade de que sejam alcançados os objetivos previamente fixados, tais como alterações legislativas, atos de expropriação e ainda fatores extraordinários como corrupção e atraso na aprovação de projetos. Já o financeiro está relacionado aos riscos inerentes ao financiamento do projeto. Inserem-se nesta categoria as condições econômicas do ente concedente, tais como nível de *rating*, taxas de juro da economia, inflação, taxa de câmbio, dentre outros.

Por sua vez, o risco técnico seria inerente à probabilidade de perdas decorrentes de falhas no projeto, execução das obras e das tecnologias escolhidas. Inserem-se nesta categoria as comumente mencionadas despesas adicionais e atrasos no cronograma previamente estabelecido. O risco operacional e de manutenção guarda relação com a fase de início da prestação dos serviços aos utentes, relacionando-se com a competência do parceiro privado na gestão do empreendimento.

O risco de mercado e de procura refere-se às incertezas sobre as eventuais futuras oscilações do mercado, notadamente relacionadas pela procura e estimativa dos preços dos serviços. Em outros termos, refere-se a realização da expectativa pela demanda por parte dos usuários vislumbrada quando do planejamento do empreendimento. Por fim, os riscos jurídicos representam os custos ou as perdas de receitas, sobretudo as falhas no sistema de garantias e cláusulas contratuais, bem como das hipóteses de revisão dos termos originais da avença e da ruptura antecipada da relação contratual.

Dentre os citados fatores que podem trazer desequilíbrio à parceria, em face do objeto em análise no presente trabalho, aborda-se com maior ênfase os riscos relacionados à eventual quebra de utilização dos serviços. De princípio, cumpre ponderar que a variação do fluxo de usuários dependerá de vários fatores, tais como a excelência do projeto, qualidade da infraestrutura e dos serviços, cenário econômico, além dos reflexos de eventos extraordinários imprevisíveis e não decorrentes da vontade das partes. Depreende-se, assim, que o volume da demanda está direta ou indiretamente relacionada às condutas e responsabilidades de ambos os parceiros.

Tais características atinentes ao risco de variação da demanda fundamentam a possibilidade de seu compartilhamento entre os parceiros, em proporções racionalmente estabelecidas. Trata-se de medida que poderá ser adotada posto que ambas as partes se afiguram aptas a gerenciar aspectos inerentes a tal risco. Assim, o compartilhamento de responsabilidade representará valioso estímulo para que ambos os parceiros atuem em sua mitigação.

Fernando Vernalha Guimarães (2017) bem leciona que o denominado risco de demanda pode ser um bom exemplo de gestão compartilhada de responsabilidades, por meio da adoção de mecanismos eficazes para impedir variações desproporcionais nos resultados financeiros. De pronto, deve-se mencionar que o risco de demanda poderá ser negativo ou positivo, a depender do número de utentes dos serviços e da política de preços adotada.

Saliente-se que o risco de demanda se apresenta mais considerável em empreendimentos em que a ausência de dados históricos de projetos similares dificultem as estimativas de sua utilização. Além disso, fatores posteriores ao início do contrato poderão trazer impactos positivos ou negativos ao empreendimento, tais como a melhora ou piora do ambiente macroeconômico ou aumento de usuários por decorrência do implemento de medidas estatais.

Conforme explicitado ao longo do presente capítulo, um dos traços característicos do modelo de PPP é a considerável liberdade de gestão conferida ao parceiro privado. Contudo,

embora tal capacidade gerencial seja significativa para os resultados alcançados, conforme os exemplos acima mencionados, o parceiro privado não detém controle absoluto dos eventos que podem afetar decididamente as oscilações de demanda.

Pese embora o risco de demanda ser usualmente transferido ao parceiro privado²³, citando o exemplo brasileiro, Fernando Vernalha Guimarães (2017) menciona que as mais recentes PPPs na área de transporte já vêm adotando o compartilhamento de riscos, por meio da adoção do modelo de “bandas” de variação da demanda. Neste formato, caso seja a utilização do equipamento inferior ao limite mínimo previamente estabelecido, o parceiro privado será indenizado pelo parceiro público. Entretanto, sendo o volume de tráfego superior ao limite máximo fixado, os ganhos serão partilhados entre as partes. Por fim, na hipótese em que o volume de usuários oscile entre as “bandas” inferior e superior se aplicam as disposições contratuais ordinárias.

O mencionado modelo de “bandas” permite um compartilhamento racional do risco por quebra de demanda, com o objetivo de evitar a possibilidade de descontinuidade da parceria e todos os prejuízos que seriam causados ao ente concedente e utentes. Por outro lado, tal formato também assegura a possibilidade de compartilhamento de lucros, quando o volume de demanda superar as expectativas inicialmente mensuradas.

De tal modo, é possível argumentar que o compartilhamento de determinados riscos entre os parceiros público e privado se amolda com perfeição ao mandamento legal, especificamente no caso português, de que os riscos devem ser repartidos entre os parceiros de acordo com a respetiva capacidade de gestão. Neste contexto se enquadra o risco da demanda, posto que os fatores determinantes para a oscilação do volume de usuários não estão sujeitos apenas aos fatos atinentes à gestão do parceiro privado, mas também relacionados à esfera de atuação do poder concedente.

Apesar de tal linha argumentativa, adotando entendimento contrário, o Tribunal de Contas do Brasil possui precedente no sentido de que uma divisão coerente dos riscos entre as partes pressupõe que as consequências de eventos típicos da atividade empresarial, como

²³ É possível afirmar que a rotineira transferência ao particular dos riscos de demanda decorre da reiteração de prática observada nos contratos de concessão tradicional. Nestes casos, a concessionária é responsável isoladamente por perdas e ganhos advindos da oscilação de demanda, constituindo-se como um “risco ordinário” de tal modalidade contratual. A Lei nº 8.987/95 brasileira ao definir a concessão de serviço público dispõe que o particular prestará o serviço “por sua conta e risco”. Assim, em regra, as concessões não contam com matrizes de riscos mais específicas e detalhadas, posto que o risco do negócio seria integralmente transferido ao particular. Nestes tipos de contratos as eventuais quebras de expectativas de lucro apenas poderiam ser revisadas à luz da teoria da imprevisão, ante a análise do advento de álea extraordinária. (CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, 2018)

os derivados das flutuações de demanda, não deveriam ser absorvidos pelo parceiro público.²⁴

A decisão acima referenciada foi proferida no contexto da análise de contrato de PPP que tinha por objeto a exploração de uma das arenas multiuso que sediou jogos da Copa do Mundo no Brasil no ano de 2014. Ironicamente, passados menos de 02 anos da realização do mundial, o contrato foi rescindido pelo Governo do Estado de Pernambuco, tendo este assumido o compromisso de prestar vultoso ressarcimento ao parceiro privado pela construção do equipamento público.²⁵

Em que pese a importância do estabelecimento de uma matriz de risco específica e detalhada para o pleno desenvolvimento do empreendimento, bem como para que seja diminuída ao máximo a possibilidade de apresentação de posteriores pedidos revisionais, tal como no exemplo acima mencionado, a prática mostra que em muitos casos a alocação de riscos prévia ao início do contrato deixa de observar a melhor técnica.

A fim de corroborar tal afirmação, é feita novamente referência ao Relatório Especial elaborado pelo Tribunal de Contas Europeu no ano de 2018 que identificou algumas hipóteses em que o risco não fora repartido de forma coerente. Como exemplo de uma alocação insatisfatória, o Relatório menciona resultado de auditoria realizada na Grécia em que o risco de demanda de um projeto rodoviário foi integralmente transferido para o parceiro privado, embora fosse limitado o seu poder de influenciar o fluxo de tráfego. Neste caso, de acordo com o Relatório, existiria a possibilidade de falência do parceiro, com a extinção prematura da PPP.²⁶

Conforme brevemente explanado no presente tópico, o cuidado na elaboração de uma matriz de risco racional, específica e detalhada, aliada a elaboração de projeto fincado em

²⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1928/2011, de 27 de fevereiro de 2011. Plenário. Rel. Valmir Campelo

²⁵ Rescisão do Contrato da Arena PE com Odebrecht Custará R\$ 246 mi. G1 Pernambuco, Recife. (10 Jun. 2016). [Consult. 10 Jun. 2023] Disponível em <https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2016/06/rescisao-do-contrato-da-arena-pe-com-odebrecht-custara-r-246-mi.html>.

²⁶ Um outro exemplo de compartilhamento ineficiente de riscos é a concessão da M1-M15 Motorway na Hungria. Neste caso o risco de demanda também foi integralmente transferido ao parceiro privado. Tal empreendimento tinha por objeto o planejamento, o financiamento, a construção e a operação da rodovia de Győr até a fronteira austríaca (M1), além de 14 km de rodovias ligando a M1 à Bratislava (M15). Entretanto, posteriormente restou verificado que houve superestimativa do tráfego nas vias objeto da concessão (o volume de tráfego no primeiro ano de operação foi correspondente apenas a 46% das expectativas). A quebra de demanda decorreu de uma série de fatores: desvio de veículos para rotas não pedagiadas, construção de grandes shoppings na própria Hungria e dificuldades relacionadas a entraves burocráticos nas fronteiras que tornavam as viagens pouco atrativas para os utentes. A PPP ainda foi objeto de questionamentos judiciais relacionados ao valor dos pedágios praticados. Por fim, a concessão precisou ser repassada para uma empresa pública, ante a impossibilidade de continuidade do parceiro privado no gerenciamento do empreendimento. (CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, 2018)

estudos prévios completos e condizentes com a realidade do mercado e dos serviços públicos, constitui-se como elemento essencial ao pleno desenvolvimento da parceria, sendo este imprescindível para afastar indesejáveis litígios, ante a alteração de cenários econômicos e de mercado que certamente advirão ante o prazo alongado das PPPs. Em outros termos, é possível afirmar que a boa execução dos contratos concessionais passa pela certeza, clareza e objetividade na repartição dos riscos previamente estabelecidos.

Por derradeiro, é possível afirmar que a opção por soluções simplistas, tais como a demonstrada integral transferência do risco de demanda para o parceiro privado, podem até se apresentar mais cómodas no momento de elaboração da modelagem, bem como mais palatável à aprovação do projeto pela sociedade. Contudo, no longo prazo, a alocação de risco insuficiente poderá acarretar pedidos de revisão contratual com fundamento na teoria da alteração das circunstâncias, bem como na hipótese de extinção prematura da parceria.

2.3 Aplicação da alteração das circunstâncias nas parcerias público-privadas

Em virtude dos argumentos apresentados no Capítulo Primeiro deste trabalho, desnecessário se apresenta neste tópico reiterar as considerações acerca das características principais da teoria da alteração das circunstâncias. Assim, dedicaremos a atenção à possibilidade de aplicação do instituto no âmbito dos contratos de PPPs no contexto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

De princípio cumpre mencionar que o Decreto-Lei n.º 86/2003 não trazia em seu bojo expressa disposição acerca da aplicação da alteração das circunstâncias nos contratos de PPP. Contudo, antes mesmo do advento do Decreto-Lei n.º 111/2012, vozes na doutrina administrativa portuguesa já defendiam a plena aplicabilidade da teoria em questão, por força da natureza de contrato administrativo das PPPs e, sobretudo, em vista de seu primordial objetivo de corrigir injustiças contratuais supervenientes (MELO, 2011).

Embora não mencione expressamente os requisitos autorizadores da aplicação da teoria da alteração das circunstância, o Decreto-Lei n.º 111/2012 prevê que, quando nos termos dos contratos de parceria, verifiquem-se ou sejam invocados factos suscetíveis de ensejar equilíbrio financeiro ou a renegociação do contrato de PPP, deve ser constituída uma comissão de negociação para tal finalidade. Cumpre mencionar também que a norma portuguesa estabelece que o risco de insustentabilidade financeira da parceria quando decorrente de força maior não deverá ser suportado pelo particular.

De modo semelhante ao tema da alocação de riscos, a norma brasileira que disciplina às PPPs também não dispõe acerca da possibilidade de revisão contratual ante o advento de alteração das premissas fáticas as quais as partes formaram a decisão de contratar. Contudo,

a usualmente denominada Lei das PPPs impõe a obrigatoriedade de prévia repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Conforme os argumentos apresentados no tópico antecedente, a elaboração de uma matriz de risco se constitui como parte essencial do contrato de PPP. Assim, uma vez que tal documento irá dispor sobre a responsabilização de parte a parte na eventual hipótese de advento dos riscos com maior probabilidade de impactar a parceria, em teoria, a necessidade de recomposição do equilíbrio financeiro inicial se apresenta consideravelmente mais remota do que nas demais modalidades de contratação administrativa.

Portanto, se a matriz de risco elaborada com anuência de ambos os parceiros transfere a um destes a responsabilidade integral por suportar as consequências gravosas de evento improvável, mas com o condão de trazer impacto à parceria, os danos e desequilíbrios decorrentes de seu advento deverão ser suportados com base na partilha de riscos contratualmente estabelecida (JUSTEN FILHO, 2003).

Além da prévia alocação dos riscos, outro fator que diminui o alcance de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias nas PPPs é de que, na maioria dos casos, a remuneração auferida pelo parceiro privado está diretamente relacionada ao volume de uso dos equipamentos públicos por ele gerenciados, situação esta que torna mais complexa a tarefa de estabelecer um equilíbrio financeiro que garanta determinada taxa de rentabilidade (ALMEIDA, 2015). Em outros termos, a variação da remuneração representaria característica própria deste modalidade de contratação. Portanto, os ditos contratos concessionais são, em sua essência, instrumentos de atribuição de riscos entre os seus partícipes, razão pela qual apenas em hipóteses excepcionais preveem benefícios e ônus estáveis (RIBEIRO, 2011).

Este é o motivo pelo qual a boa prática das PPPs não recomenda que o equilíbrio econômico financeiro leve em consideração a Taxa Interna de Retorno – TIR, estipulada na proposta apresentada pelo parceiro privado. A garantia de uma rentabilidade fixa, conforme dito acima, acaba por tornar irrelevante a competência do parceiro privado para gerir os riscos assumidos, desestimulando, por exemplo, a adoção de medidas de redução de custos. Nestes termos, a garantia de uma margem de retorno fixa se afigura incoerente como objetivo perseguido por meio da prévia elaboração de uma matriz de risco.

Diante de tais particularidades, no atual estágio de evolução dos contratos concessionais, a temática da recomposição do equilíbrio contratual adquire nova roupagem, onde ganha relevo a excelência da prévia alocação dos riscos, diminuindo significativamente

a tutela jurídica destes ao longo da fase da execução contratual, por meio da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias (GUIMARÃES, 2016). Assim, a revisão contratual terá por missão essencial garantir a preservação da matriz de risco ao longo de toda extensa relação contratual.

Contudo, é forçoso avaliar se a verificação de evento previsto na matriz de risco, mas com consequências demasiadamente gravosas, possibilitariam a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias nos contratos de PPPs ou se, mesmo em casos extremos, deverá ser estritamente observada a partilha de riscos contratualmente estipulada, ainda que sob o risco de ruína do parceiro privado e da possibilidade extinção abrupta da parceria.

Antes de apresentarmos o entendimento doutrinário sobre o tema, imperioso se faz relembrar que a teoria da alteração das circunstâncias tem por núcleo central o princípio da boa-fé que deve permear as relações bilaterais. De tal modo, ainda que os eventos que ensejam o desequilíbrio de porte considerável estejam alocados na esfera de responsabilização exclusiva de um dos parceiros, a exigência do cumprimento de obrigações demasiadamente desequilibradas se afigura discutível, sob pena de ofensa ao referido princípio do direito.

Flávio Amaral Garcia (2017) pondera que mesmo nos contratos mais complexos, tais como concessões e PPPs, observa-se a existência de equivalência e equilíbrio dinâmico, atributos que deverão ser resguardados ao longo da execução contratual, cumprindo às partes guardar recíproca boa-fé, a fim de que seja assegurada a estabilidade contratual, objetivo comum e que une os interesses de ambos os parceiros.

Ante o mencionado objetivo de busca pela estabilização da relação contratual, a utilização de mecanismo de revisão periódica com o fito de avaliar indicadores de execução e perspectivas para os próximos períodos, além de eventual necessidade de modificação da matriz de risco, afigura-se como elemento importante ante a eventual modificação de contextos econômicos e/ou sociais ao longo do período de contratação. Acrescente-se que tais pontuais oportunidades poderão servir ainda para que sejam analisadas possibilidade de otimização da prestação do serviço por meio da adoção de novas tecnologias.

Registre-se que o objetivo perene de manutenção da dita estabilidade contratual toma contornos de missão hercúlea nos contextos português e brasileiro, ante a fragilidade das economias e suscetibilidade aos impactos de crises exógenas. Ante o extenso lapso temporal de duração dos contratos em apreço, apresenta-se improvável que as bases objetivas do contrato não sejam impactadas por cenários econômicos adversos. Além de fatores

econômicos, merece ser também referenciado o impacto causado por eventos de grande magnitude, tais como fenômenos naturais, guerras, dentre outros.

De tal modo, ante a materialização de determinado evento ou cenário específico com o condão de alterar substancialmente as circunstâncias que embasaram a formalização do contrato e fundamentaram, inclusive, os critérios adotados para a elaboração da matriz de risco, acarretando extremado abalo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, restaria caracterizada a quebra da base objetiva da avença, exsurgindo o legítimo direito à revisão contratual (GARCIA, 2017).

Na mesma linha, Pedro Costa Gonçalves (2016) leciona que a assunção pelo parceiro privado de um determinado risco não significará que este terá de suportar os efeitos de todo e qualquer fato que venha acarretar efeitos no domínio de tal risco. Como exemplo, na usual hipótese de transferência do risco da demanda ao particular, o impacto causado por um evento extremo, tal como a destruição de rodovia por um terremoto ou um incêndio florestal de grande proporção, não poderá ser considerado como um risco inerente ao próprio contrato, posto que decorrente de evento anormal e imprevisível²⁷.

Ao se deter especificamente sobre os efeitos da pandemia da Covid-19, Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães afirmam que restou caracterizado caso de força maior, ante a rápida propagação do vírus em todo o mundo. Em tal contexto, restaria afastada a discussão acerca da alocação de riscos contratuais, uma vez que a força maior não deve se confundir com o conceito de risco (2020).

Portanto, em cenários extremos, tais autores defendem que a simples aplicação do compartilhamento de riscos contratualmente estabelecidos não se apresenta suficiente para assegurar o reequilíbrio necessário ao contrato diante de impactos não antevistos pelas partes, apresentando-se a mera transferência dos novos encargos ao parceiro privado contrária ao próprio interesse público. Em outros termos, a alteração relevante das circunstâncias demandaria a necessidade de modificação da própria matriz de risco.

A adoção de tal posicionamento se afigura condizente com o critério de alocação de riscos, segundo o qual estes deverão ser repartidos em consonância com a respectiva capacidade de gestão do parceiro. De tal modo, ante a incapacidade do parceiro privado para gerir riscos decorrentes de eventos extraordinários, estes deverão ser suportados pelo

²⁷ Ao dedicar especial atenção ao juízo de eficiência no âmbito das PPPs, como exemplo de risco não abrangido pela matriz contratual original, Pedro Melo (2011) destaca que a alteração das circunstâncias poderá decorrer da “ineficiência superveniente” do empreendimento, citando como exemplo a obsolescência advinda da “vertigem” tecnológica dos tempos atuais.

parceiro público. Reitere-se que o Decreto-Lei n.º 112/2012 dispõe que o risco de insustentabilidade financeira da parceria decorrente de situação de força maior deverá ser alocado na esfera de responsabilidade da Administração.

Ademais a alocação na esfera de responsabilidade do parceiro privado de eventos com probabilidade remotíssima de acontecer, tais como inundações de grandes áreas ou uma pandemia de escala global, trará desnecessária onerosidade ao contrato, posto que serão necessariamente precificados pelos parceiros privados no momento de elaboração das propostas de preços, em que pese sejam tais eventos extremos de difícil (ou até impossível) gerenciamento pelo parceiro privado.

Isto posto, diante de alteração significativa e não transitória do contexto fático em que tenha sido elaborada a proposta vencedora e a matriz de risco, em sendo verificada a onerosidade excessiva de um dos parceiros, excepcionalmente, deveria ser adotada decisão que assegure a recomposição do equilíbrio financeiro original, em observância ao interesse público, assegurando a continuidade da prestação em homenagem ao mencionado princípio da boa-fé.

Tal conclusão, no entanto, não é ponto pacífico na doutrina. Ainda debruçando-se sobre a análise da Lei nº 8.666/93²⁸ que anteriormente regulamentava os concursos e contratos no Brasil, Maurício Portugal Ribeiro (2011) questionava a aplicação aos contratos de PPP do dispositivo que estabelecia a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe que configurassem álea econômica extraordinária e extracontratual.

O citado posicionamento tinha por argumento central o fato de que a norma tratava apenas do risco “extracontratual”. Assim, estando o risco expressamente alocado no contrato não poderia se falar em álea extracontratual, inviabilizando a aplicação da mencionada previsão legal. Nesta toada, a teoria da alteração das circunstâncias apenas teria aplicação quando omissa a matriz de risco, bem como inexistentes disposições acerca da alocação e/ou compartilhamento de riscos residuais.

Importante se faz reiterar neste ponto que a atual lei de licitações e contratos brasileira (Lei nº 14.133/21), ao dispor sobre a aplicação da teoria da alteração das

²⁸ Esta norma teve vigência definitivamente revogada em 1º de abril de 2023. Por um período de 02 anos a mesma vigorou concomitantemente com a Lei nº 14.133/21. Durante tal interregno a Administração poderia optar por qual norma regularia o processo de concurso e o posterior contrato. Por mandamento legal, a opção deveria constar expressamente nos documentos atinentes ao concurso, sendo vedada a aplicação combinada das normas.

circunstâncias, inovando em relação a legislação vetusta, passou a garantir a obrigatoriedade de respeito “em qualquer caso” à repartição objetiva de risco estabelecida no contrato. Também conforme já mencionado no capítulo primeiro deste estudo, em Portugal o art. 312.º do CCP prevê que a modificação contratual extraordinária apenas ocorrerá se o evento ensejador da alteração do contexto fático não estiver coberto pelos riscos próprios do contrato.

Em linha semelhante, Leonardo Ferreira Mendes (2021) defende que caso a matriz de risco de um contrato comutativo estabeleça a alocação de responsabilidades em caso de crise econômica ou mesmo de uma pandemia, restará desautorizada a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, posto que implicará em descumprimento ao gerenciamento contratual dos riscos estipulado quando da formalização do instrumento contratual.

Destaca-se que, se persiste discussão acerca da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias na hipótese de riscos contratualmente alocados, inexistente qualquer controvérsia acerca da obrigatoriedade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro decorrente de impactos causados por fatores extracontratuais, ou seja, não constantes na matriz de risco.

Ante a ausência de disposição legal específica na norma brasileira que disciplina às PPPs, Fernando Cezar Vernalha Guimarães (2016) entende que se afigura viável o deslocamento para o poder concedente dos riscos advindo de álea extracontratual, com fundamento na legislação aplicável aos contratos administrativos ordinários. Registre-se neste ponto que a norma de regência portuguesa também não dispõe expressamente acerca da teoria da alteração das circunstâncias em tais hipóteses.

Cumprido mencionar que as alterações advindas da necessidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro não poderão ser implementadas unilateralmente pela Administração, mas apenas com expressa concordância do parceiro privado ou mediante recurso à via judicial ou corte arbitral. Tais modificações contratuais poderão ser implementadas de formas diversas, tais como por meio do aumento do valor das tarifas, extensão da vigência contratual, indenização ao parceiro privado, ou redução de obrigações de investimentos. (RIBEIRO, 2011)

Em caráter conclusivo, é possível afirmar que por força da obrigatoriedade de prévia e racional alocação dos riscos que poderão impactar as PPPs ao longo da duração do contrato, pelo menos em teoria, a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias seria bastante reduzida, sendo incontroversa apenas nas hipóteses de eventos não expressamente discriminados na matriz de risco. Contudo, verifica-se nos países objeto deste estudo que a

recomposição do equilíbrio nem sempre se apresenta em consonância com a alocação de riscos fixadas no contrato, sendo costumeira a suscitação da teoria da alteração das circunstâncias como fundamento para a mutação contratual.

3. A EXCEPCIONAL LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS. DO RECONHECIMENTO DE ÁREA ‘EXTRAORDINARÍSSIMA’

Apresentadas as linhas gerais da teoria da alteração das circunstâncias, bem como breve estudo sobre os critérios de repartição e compartilhamento dos riscos nos contratos de PPP em Portugal e no Brasil, passa-se a analisar a possibilidade de adoção de um quadro excepcionalíssimo que estabeleça a não aplicação ou aplicação apenas parcial das regras de equilíbrio de contratos de tal natureza, ante a verificação de evento inesperado e significativo que altere de forma drástica o panorama original dimensionado, não apenas para um único contrato, mas simultaneamente para diversos instrumentos celebrados pela Administração Pública.

Os percalços enfrentados durante a pandemia da Covid-19 trouxeram à tona a necessidade de analisar os desafios impostos e as medidas que podem ser eventualmente adotadas diante de um cenário imprevisível e com potencial de causar impacto simultâneo e considerável para a Administração, ante a frustração de receitas, desaquecimento repentino da economia, além da abrupta necessidade de volumosos e inesperados investimentos públicos em diversas áreas sociais e econômicas.

Especificamente sobre os contratos concessionais que configuram o objeto deste estudo, é possível citar como exemplo a quebra de utilização experimentada pelas concessões de estradas e aeroportos. Como não poderia ser de outro modo diante da adoção de medidas de isolamento social, o setor de transporte de passageiros foi severamente impactado tendo em vista o levantamento de diversas barreiras sanitárias de caráter nacional e internacional. Além disso, o transporte de cargas também sofreu o impacto do desbalanceamento entre a oferta e a demanda, considerando oportunidades de negócio advindas das necessidades impostas pela pandemia.

Neste ponto é importante fazer a ressalva de que, embora o objeto do presente estudo seja restrito à análise do impacto de eventos severos sobre as PPPs, denota-se que nem todos os contratos desta natureza foram impactados pela adoção de medidas de isolamento social. Corroborando tal afirmação é possível mencionar contratos nas áreas de saneamento básico e distribuição de água e saúde que passaram ao largo da quebra de demanda experimentada pelos setores citados no parágrafo anterior.

De tal modo, embora de certa forma a maior parte da população mundial tenha sido afetada pelos efeitos da Pandemia da COVID-19 e, por consequência, diversas cadeias produtivas e ramos de atividade, nem todos os setores da economia sofreram perdas ou

quebra de demanda. Em sentido semelhante, é possível argumentar que nem todos os contratos celebrados pela Administração, incluindo-se aí as PPPs, sofreram impactos significativos suficientes para que fossem acionadas cláusulas contratuais de reposição do reequilíbrio financeiro original.

Embora seja adotado como objeto de análise deste estudo as medidas adotadas no contexto do enfrentamento da pandemia da Covid-19, objetiva-se propor análise que seja aplicável também para cenários extremos e excepcionais advindos de desastres naturais de grandes proporções, revoltas sociais, guerras, emergências sanitárias ou outras situações de natureza imprevisível.

Diante de eventos extremos, com grande repercussão econômica e social, é possível visualizar um contexto onde parcela significativa ou até mesmo a totalidade dos contratos de PPP celebrados pela Administração sejam impactados de forma simultânea e por período suficiente para que a quebra de demanda acarrete considerável desequilíbrio financeiro à operação. Não é dispendioso mencionar que até algum tempo atrás tal cenário seria de difícil visualização pelos operadores do direito. Contudo, após a pandemia da Covid-19, esta realidade não mais se apresenta tão irrealizável.

Ademais, importante se faz destacar que as PPPs em Portugal e no Brasil são fenômenos relativamente recentes, que poderiam ser considerados como contratos de ‘primeira geração’ ou ‘primeiro ciclo’, posto que ainda não escoado o prazo de vigência originário, inexistindo ainda discussão sobre a entrega dos bens ao Estado ou de renovação do direito de exploração. Assim, é possível afirmar que todos os contratos de tal natureza já foram, pelo menos uma vez, impactados por evento extremo, imprevisível e com repercussão além dos limites contratuais.

Resgatando o que fora dito no capítulo dedicado à teoria da alteração das circunstâncias, um dos requisitos necessários para sua aplicação é o advento de acontecimento inesperado e com repercussão econômica significativa suficiente para embaraçar o prosseguimento da relação contratual de trato sucessivo nos moldes originalmente pactuados. Tratando-se de contratos administrativos, afigura-se usual a hipótese de revisão das cláusulas financeiras, a fim de que seja assegurado ao particular auferir ganhos condizentes com aqueles estipulados em sua proposta financeira.

Em tais situações, como regra, no momento de análise do preenchimento dos requisitos necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a Administração avaliará se se apresentam reunidos os requisitos estabelecidos pela legislação de regência, exclusivamente, em relação a um único e específico contrato. Em caso positivo, em exercício

de juízo discricionário, avaliar-se-á o interesse público pela revisão e consequente continuidade da avença.

Especificamente em relação aos contratos de PPPs, também em resgate de passagem anterior do presente trabalho, denota-se a obrigatoriedade de prévia alocação de riscos entre os parceiros, exigência que, pelo menos em teoria, deveria restringir as hipóteses de apresentação de pleitos de recomposição do equilíbrio financeiro em decorrência de áleas extraordinárias.

Recomenda a boa prática administrativa que a matriz de riscos seja elaborada de forma ampla e minuciosa, levando em consideração além de riscos comuns à maiorias dos contratos de PPP, também aqueles com maior probabilidade de impactar um empreendimento específico. A alocação ótima impõe que o risco seja posto na esfera de responsabilidade do parceiro que reúna as melhores condições de o gerenciar.

Contudo, também conforme dito anteriormente, eventos com probabilidade remota (ou remotíssima) de virem a acontecer não devem ser alocados na esfera de responsabilidade do particular, sob pena de onerar desnecessariamente o contrato, posto que tais eventos certamente serão precificados no momento de elaboração da proposta financeira, além do fato de que o parceiro privado não reunirá as condições necessárias para gerenciar tal risco de forma eficiente. Também deve ser rememorada a hipótese do pedido de reequilíbrio ter por fundamento situação não expressamente mencionada na matriz de risco.

Como exemplo de aplicação individualizada da teoria da alteração das circunstâncias, é possível elucubrar a possibilidade de interrupção do fluxo de uma rodovia em decorrência do vazamento de uma barragem. Nesta hipótese, um evento de natureza extracontratual, ou até mesmo efetivamente previsto na matriz de riscos mas com consequência demasiadamente grave para o contrato, traria quebra de demanda passível de ensejar a aplicação da teoria em estudo. Entretanto, neste caso, a análise da revisão contratual ficaria novamente circunscrita a um contrato específico.

Não é dispendioso reiterar que o Decreto-Lei n.º 112/2012 estabelece de forma expressa que o risco de insustentabilidade financeira da parceria quando decorrer de caso de força maior não deverá ser alocado na esfera de responsabilidade do parceiro privado. Portanto, ao tratarmos de eventos extremos e de consequências imprevisíveis, dotados de considerável grau de impacto, em regra, deveria ser o ônus suportado pelo parceiro público.

Um fator que deverá ser considerado neste ponto é a diferença entre a decisão de aceitabilidade do pedido de recomposição de preços nos contratos administrativos ordinários e nas PPPs. Em linhas anteriores dissemos que se insere no juízo de atuação discricionária

da Administração a opção pela revisão com o fito de assegurar a continuidade da relação contratual, ante a verificação da efetiva alteração das circunstâncias em que se fundou a decisão pela contratação. Contudo, tendo em vista que os contratos de PPPs envolvem um grande aporte financeiro e, usualmente, empreendimentos de elevada relevância econômico-social, a opção pela simples descontinuidade da relação contratual, via de regra, não se afigura à disposição da Administração.

Registre-se que a resolução contratual deve ser a última das opções consideradas pela Administração em face de suas consequências para o parceiro privado e para a continuidade dos serviços públicos. Assim, deverá ser conferida primazia à tentativa de recomposição do equilíbrio financeiro rompido (MELO e MAGALHÃES, 2020).

Diante de tais premissas, verificada a quebra do equilíbrio financeiro em decorrência de evento extremo, aplicar-se-ia a teoria da alteração das circunstâncias com o fito de restabelecer a equação financeira original, recaindo o ônus para a Administração ante o risco de quebra do parceiro privado e consequente descontinuidade do contrato. Entretanto, em um cenário de grave e simultâneo impacto financeiro para diversas PPPs – além dos demais contratos celebrados pela Administração – o simples reequilíbrio financeiro pode não se configurar como opção economicamente viável para o parceiro público.

Tomando como exemplo o cenário vivenciado ao longo da pandemia da Covid-19, atendo-se apenas às PPPs rodoviárias em Portugal, é possível afirmar que todos os contratos foram impactados em virtude das medidas obrigatórias de confinamento estabelecidas no contexto da declaração do estado de exceção²⁹. Diante da usual garantia de percepção de remuneração mínima pelo parceiro privado, teria a Administração de arcar com um abrupto aumento dos encargos, situação que fatalmente traria considerável impacto aos cofres públicos.

Resgatando em termos breves o disposto no capítulo precedente sobre a utilização do modelo de “bandas” de variação de demanda, até mesmo este formato de compartilhamento de riscos poderia ser inútil em um contexto de extremo comprometimento do volume de utilização dos serviços. Tal afirmação tem por arrimo o fato de que o critério de fixação do quantitativo de cada respectiva “banda” toma por base um cenário de risco ordinário. Assim,

²⁹ De acordo com o Gabinete de Estratégia e Estudos do Ministério da Economia e Mar do Governo Português, nas pontes sobre o rio Tejo, durante os meses de março, abril e maio de 2020 o fluxo de veículos foi, em média, 47,3% inferior ao mesmo período de 2019. (Em Análise: COVID-19 – efeitos do confinamento entre março e dezembro de 2020 na mobilidade de Passageiros, em Portugal Continental. Disponível em <https://www.gee.gov.pt/pt/documentos/destaques/9866-covid-19-efeitos-do-confinamento-entre-marco-e-dezembro-de-2020-na-mobilidade-de-passageiros-em-portugal-continental/file>. Consultado em 08.01.2023).

ainda que a utilização seja abaixo da almejada – com a obrigatoriedade de pagamento de indenização ao parceiro privado, tal situação ocorreria por falha nos estudos prévios, mas ainda dentro de um cenário de normalidade.

Também conforme mencionado no capítulo anterior deste trabalho, em Portugal o percentual do comprometimento das finanças públicas com as despesas oriundas de contratos de PPPs já se apresenta bastante elevado. No cenário de impacto simultâneo de diversos contratos, restaria configurada a hipótese de aumento de tais obrigações em um contexto onde o Estado também precisaria fazer investimentos públicos em outras áreas como forma de combater as causas e amenizar os danos decorrentes de um hipotético evento extremo.

Tal contexto fático faria exsurgir o que poderia vir a ser chamado de uma álea extraordinaríssima. Ou nas palavras de Egon Bockmann Moreira (2020) na “força maior do que as maiores”. Ao analisar o impacto da pandemia sobre as relações contratuais, Manuel Carneiro da Frada (2020, p. 154) afirma que se trataria de hipótese de uma “grande alteração das circunstâncias”, ante a brusca e generalizada alteração da forma de coexistência social, situação que não poderia ser superada mediante recurso às normas comuns de distribuição de riscos, inerentes a cada modalidade contratual.

Neste sentido, ante a gravidade da situação vivenciada, a aplicação das regras consagradas para aplicação em situações contratuais extraordinárias eventualmente não se apresentariam economicamente viáveis para fazer frente a um cenário de necessidade de recomposição de diversos instrumentos contratuais como decorrência de um único fato gerador, cenário agravado pela necessidade de realização de consideráveis e inesperados investimentos estatais em diversas áreas.

Assim, discute-se a viabilidade de edição de normas de aplicação apenas em situações excepcionalíssimas, com o objetivo de evitar ou pelo menos tornar menos gravosa para os cofres públicos a recomposição do equilíbrio econômico em tais circunstâncias. Tal como será melhor analisado no tópico seguinte, a edição de um quadro legislativo excepcional neste sentido foi a solução adotada pelo Estado Português no contexto de enfrentamento da Covid-19.

Sem maior controvérsia, a adoção de um quadro excepcional, legislativo e/ou contratual limitador de direitos, certamente suscitará questionamentos sob o argumento de quebras das expectativas, bem como de ofensa à garantia constitucional da propriedade privada. Também não há discussão que a adoção de tais medidas enfraquecem um ambiente

de confiança e incentivo ao investimento privado, elemento indispensável ao incremento da atividade econômica nos países objeto deste estudo.

Adotando uma linha crítica, seria possível argumentar que a adoção das citadas medidas importa em ofensa ao princípio da segurança jurídica que tem como uma de suas acepções a garantia da imutabilidade do conteúdo das convenções que as partes julgaram conveniente ao contratar. Assim, se afiguraria juridicamente inviável a modificação unilateral dos contratos pela Administração (MORAES, 2017). Também deflui do princípio jurídico em questão a limitação da atividade legislativa, quando em risco a quebra da confiança, podendo se falar em uma espécie de segurança jurídica subjetiva (QUINTILIANO, 2017)

Nesta linha, a negativa ou suspensão do direito ao reequilíbrio econômico, além de importar em negativa de vigência à norma de regência e disposições contratuais previamente estipuladas, constituiria óbice ao restabelecimento da justiça contratual alterada por força de eventos excepcionais.

Como reforço argumentativo, registra-se que as Constituições portuguesa e brasileira albergam expressamente o direito de propriedade privada. Ademais, inexistente um conceito constitucional estático de propriedade, englobando este também as justas expectativas de lucro das empresas celebrantes de contratos de PPP's e que, por força da adoção de um quadro legislativo excepcional imposto pelo Estado, vierem a experimentar prejuízos.

Além de representar ofensa aos citados direitos de índole constitucional, Pedro Melo (2011) defende a existência de um núcleo essencial e indisponível da teoria da alteração das circunstâncias que impediria o seu afastamento ou a sua aplicação de forma desequilibrada. Ademais, a Administração não gozaria de autotutela administrativa para alterar as disposições contratuais de forma unilateral. De tal modo, a modificação apenas poderia ser fruto de convenção das partes, ou por meio de recurso à via judicial ou arbitral.

Outro fator a ser considerado pela Administração é de que a transferência de custos ao parceiro privado ou o seu compartilhamento poderia desestimular futuros investimentos em decorrência da incerteza regulatória em situações extremas. Tal cenário de insegurança jurídica poderá ensejar clima de medo e incerteza, servindo como desestímulo a novos investimentos, ante uma atuação mais defensiva do setor privado, que poderia optar por um maior acúmulo de reservas, em detrimento de medidas de circulação de bens que favoreciam a sociedade (MENDES, 2021)

Além de servir como fator de dissuasão, as incertezas acerca da postura a ser adotada pelo poder concedente poderiam acarretar ainda que, em futuras PPPs, as propostas

financeiras passem a embutir custos atinentes aos impactos decorrentes de eventos extremos, independentemente da remota probabilidade de efetiva ocorrência. Assim, não se materializando o risco excepcionalíssimo, a diferença seria assimilada como lucro.

Eduardo Jordão (2020) alerta ainda que a dificuldade de precificação dos custos decorrentes de tal magnitude se constituiria como fator adicional de dificuldade no momento de elaboração das propostas, importando em severo prejuízo para o já deficitário caráter competitivo das PPPs. Ademais, tal cenário de subjetividade tenderia a favorecer licitantes aventureiros, propensos a aceitar riscos mais elevados, que poderiam deixar de considerar em suas propostas a ocorrência de eventos futuros e incertos.

É possível também ponderar que a não realização ou a suspensão da prerrogativa de recomposição do equilíbrio contratual poderá resultar na deterioração da capacidade financeira do parceiro privado, ainda que reste ultrapassado o período de maior impacto dos eventos extremos. Invariavelmente tal conjuntura importará na diminuição da capacidade de novos investimentos e de cobertura dos custos operacionais, podendo acarretar, em último caso, a rescisão do contrato.

Acrescente-se que a adoção de uma solução uniforme, por meio da edição de medida legislativa de caráter geral, apresenta ainda como ponto negativo a desconsideração das particulares inerentes a cada empreendimento. Assim, contratos com faturamento e taxa de retorno mais elevada estarão mais aptos a suportar o período de quebra de demanda. Por outro lado, contratos que não já não gozavam de situação financeira confortável correrão o risco de descontinuidade em decorrência da impossibilidade de reequilíbrio.

Em arremate à relevância dos questionamentos suscitados e da gravidade das consequências de uma eventual limitação ao direito de reposição do equilíbrio financeiro contratual, imposta em caráter unilateral, ressalta-se que o estado de emergência não pode ser compreendido como um estado de arbitrariedade (estatal ou privada), sendo este momento de anormal funcionamento do Estado de Direito democrático, mas ainda um Estado de Direito democrático (AMADO, 2020).

Contudo, os argumentos acima perfilhados devem ser contrapostos à realidade de um sistema jurídico de exceção e, sobretudo, de um quadro fático desafiador e de grande impacto para as finanças públicas, tendo em vista a possibilidade de que sejam afetados de forma simultânea parte significativa dos contratos públicos, tais como no multicitado exemplo do contexto de enfrentamento da Covid-19.

Apesar da necessidade de respeito aos ditames do Estado de Direito democrático, bem como de fomento a um cenário atrativo para investimentos privados, os desafios

impostos por uma crise aguda justificam o questionamento acerca da capacidade das normas e institutos tradicionais atinentes aos contratos administrativos responderem satisfatoriamente aos anseios da Administração e da sociedade.

Carla Amado Gomes (2020) defende que tempos excepcionais justificam medidas excepcionais, ainda que estas causem estranhamento por sua intensidade e grau de regulação de atividades e liberdades individuais. Muito embora não seja uma situação de arbitrariedade, posto que decretada sob as égides do Estado de Direito, o imperativo de socorro social justifica a adoção de tais medidas, ainda que cercadas de incertezas socioeconômicas sobre os seus efeitos futuros.

É possível afirmar que o estado de direito deverá contemplar mecanismos que estabeleçam flexibilidade normativa suficiente para defender os interesses públicos ameaçados em um contexto de anormalidade. Assim, pode-se falar em um regime excepcional de legalidade, no qual medidas públicas que em contextos normais seriam reputadas ilícitas, passam a ser consideradas (temporariamente) válidas. Portanto, em um contexto extremo, que traga abalo generalizado e imponha desafios para o poder público e para a sociedade de forma geral, passaria a vigorar uma situação de excepcionalidade jurídica (PEDRO, 2022).

Cumprido destacar que não chega a ser inovadora a noção de que contextos de exceção demandam a necessidade de adoção de medidas excepcionais. Neste sentido é possível fazer referência à expressão ‘jurisprudência de crise’ inaugurada pelo Tribunal Constitucional português através de decisões proferidas entre os anos de 2011 e 2013, quando do exercício do controle de constitucionalidade de normas orçamentárias editadas quando o país atravessava grave crise econômica (PINHEIRO, 2014).

Diante de tais circunstâncias, com esteio na primazia do interesse público, o Tribunal Constitucional julgou constitucionais normas que, em um outro contexto fático, fatalmente seriam extirpadas do ordenamento jurídico português, sendo feita, porém, a necessária ressalva de que tais decisões estavam sendo tomadas em caráter transitório e excepcional. Trata-se de posicionamento que pode ser considerado como inevitável, ante a necessidade de ceder às exigências impostas por circunstâncias emergenciais, privilegiando-se o interesse público em detrimento do princípio da proteção da confiança. Neste contexto de crise, restou reconhecida a possibilidade de suspensão temporária de um direito de liberdade ou um direito de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias. (MORAIS, 2022)

Ainda sobre a denominada ‘jurisprudência de crise’, por ocasião do julgamento do Acórdão n.º 396/2011³⁰ o Tribunal Constitucional ao se debruçar sobre o “limites do sacrifício”, apresentou interessante ponderação acerca do princípio da proporcionalidade e o prejuízo causado a determinados seguimentos da sociedade, reconhecendo-se a medida gravosa como legítima e necessária em um cenário de exceção, ante o objetivo de redução de despesas do Estado, com o fito de que fosse alcançado o necessário reequilíbrio orçamental.

Por sua vez, a corte constitucional brasileira também possui precedente albergando a constitucionalidade de medidas extremas adotadas em contextos excepcionais, inclusive, fazendo expressa referência à citada jurisprudência portuguesa. Nesta ocasião na qual restou analisada a possibilidade de supressão de direitos sociais no contexto de medidas econômicas de enfrentamento aos efeitos da pandemia da Covid-19, defendeu-se que a Constituição e as normas ordinárias são elaboradas para produção de efeitos em tempos normais, em um cenário de previsibilidade. Contudo, estão sujeitas à força dos acontecimentos e à necessidade. Em conclusão, restou assentado que “o Direito Constitucional de crise não pode negar validade a essa norma, sob pena de, querendo proteger, acabarmos matando os doentes. E os doentes aqui são muitos, são as empresas, os trabalhadores e o sistema econômico em si” (BRASIL, 2020).³¹

Especificamente em relação ao contexto de enfrentamento da Covid-19, o Supremo Tribunal Administrativo português proferiu decisão no sentido de que a decretação do estado de exceção conferiria legalidade à medidas extremas que, em um contexto de normalidade, seriam consideradas ilícitas e dariam ensejo ao dever de indenização pelo Estado. Assim, em tal oportunidade entendeu-se que os danos decorrentes do fechamento de bares e discotecas seriam considerados encargos sociais normais da vida em sociedade, diante do objetivo maior de conter a propagação do vírus.³²

³⁰ Além do Acórdão n.º 396/2011, interpretação semelhante também foi adotada pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.º 353/2012 e 187/2013.

³¹ Por ocasião do julgamento da ADI n.º 6.363/DF, o Supremo Tribunal Federal analisou a Constitucionalidade da Medida Provisória n.º 936/2020 que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19, tendo analisado especificamente a possibilidade de celebração de acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, sem necessidade de prévia anuência do sindicato profissional.

³² Supremo Tribunal Administrativo. Proc. 0136/20.1.1BALSB. Julgado em 18.02.2021. Relatora Cristina Santos.

De tal modo, verifica-se a existência de precedentes na jurisprudência portuguesa e brasileira albergando a constitucionalidade de quadro normativo de caráter excepcional, editado em momentos de aguda comoção social e enfrentamento de severa crise econômica. Uma vez que as ditas cortes julgaram constitucionais a supressão temporária e excepcional de direitos sociais, adotando-se o mesmo raciocínio, apresenta-se razoável a defesa da constitucionalidade de normas que estabeleçam a limitação ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro no bojo de contratos de PPP. Portanto, em um cenário de crise, a quebra de expectativas dos particulares poderá ser tolerada, face razões de interesse público.

Argumento semelhante pode ser utilizado para rechaçar a alegação de inobservância do direito de propriedade, ante o fato de que tal garantia constitucional poderá ser relativizada por meio da legislação ordinária, a fim de adequar o exercício do direito individual de propriedade aos interesses de toda comunidade. Trata-se da há muito consagrada função social da propriedade. Contudo, embora lícita, as restrições impostas em decorrência da submissão ao interesse coletivo deverão preservar em alguma camada o interesse privado, bem como implementadas com estrita observância do princípio da proporcionalidade, a fim de que sejam adequadas e necessárias.

Paulo Bonavides (2000) afirma que o princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de uma relação adequada entre um ou vários objetivos do Estado e os meios como eles são alcançados. Com fundamento em tal raciocínio, constata o Autor que haverá violação ao princípio sempre que os meios adotados para atingir determinado fim não sejam apropriados e/ou quando constatada manifesta desproporção entre o objetivo almejado e os meios utilizados para tanto.

Registre-se que tal adequação não é exclusiva do exercício e restrições impostas ao direito de propriedade, posto que a ponderação entre os interesses individuais e coletivos é matéria comum a todos os direitos fundamentais, ante a perene necessidade de harmonização e limitação de direitos aparentemente conflitantes. Assim, raciocínio semelhante se amolda com perfeição a já mencionada possibilidade de relativização do princípio da segurança jurídica.

Com fundamento em tais lições basilares, ante a necessidade de adoção de medidas extremas com impacto direto nos contratos celebrados pela Administração, sob o prisma do direito constitucional se afigura viável o sacrifício do princípio da proteção da confiança e do direito de propriedade desde que útil à resolução do problema e inexistir outro meio hábil para se atingir o fim almejado. A relativização de tais garantias deverá ter por limite o

princípio da proporcionalidade, a fim de afastar a hipótese em que o ônus imposto exceda o benefício almejado.

No contexto de adoção de medidas de exceção no específico âmbito dos contratos administrativos, pondera-se que as singularidades do contrato de PPP conferem ao poder concedente um leque mais alargado de opções para fins de reequilíbrio contratual. Embora diante de uma cenário de dificuldade orçamentária não se apresente viável o pagamento de indenização, bem como a elevação de tarifa cobrada aos utentes em face da quebra de demanda, seria possível cogitar a hipótese da diminuição da exigência dos níveis do serviço, a suspensão de investimentos programados, a supressão de parcelas do objeto contratual e ainda a extensão do prazo de vigência do contratual.

Em contraponto, nos contratos administrativos ordinários a margem de atuação da Administração se apresenta mais estreita, posto que restrita à hipótese de aquiescer o pedido de recomposição do equilíbrio financeiro, ante o risco de descontinuidade da execução contratual. Além disto, é possível ponderar que a opção por sacrificar as PPPs se apresentaria menos traumática, posto que plausível a continuidade dos serviços tendo em vista o sempre considerável porte financeiro dos parceiros privados, bem como do interesse destes em reaver os investimentos já realizados.

Por fim, ressalta-se que embora aconselhável que a eventual adoção de um quadro legislativo excepcional seja antecedida de tentativas de negociação com os parceiros privados, advindo fato repentino, com proporções significativas e simultâneas para diversos contratos, fatalmente a necessidade de adoção de medidas céleres e extremas pela Administração inviabilizaria a abertura de tratativas individualizadas, posto que tais espaços de diálogos demandariam um aprofundamento da análise das peculiaridades de cada contrato.

Sem qualquer pretensão de esgotar o debate, nem tampouco de apontar qual seria a solução mais escorreita, pretende-se apenas demonstrar a existência de argumentos contrários e favoráveis a adoção de um quadro legislativo ou contratual excepcional, sendo este decorrente da verificação no caso concreto de uma álea extraordinaríssima, proveniente de eventos extremos, com forte repercussão financeira e simultânea em diversos contratos, inviabilizando a recomposição financeira pelo parceiro público, nos moldes estabelecidos na lei e nos respectivos instrumentos contratuais.

3.1 O Decreto-Lei n.º 19-A/2020

Apresentadas as questões atinentes a viabilidade jurídica, além dos pontos contrários e favoráveis à adoção de um quadro legislativo de exceção, debruça-se neste ponto

especificamente sobre as medidas adotadas pelo Estado português no contexto de enfrentamento da Covid-19 que suspendeu e restringiu temporariamente a aplicação do regramento contratual e normativo atinente à reposição do equilíbrio financeiro e compensação por quebras de utilização, com objetivo atenuar os efeitos financeiros negativos da adoção de medidas de isolamento social para os cofres públicos.

O Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, publicado em 18 de março, decretou o estado de emergência em Portugal com fundamento no então crescente contágio da COVID-19. Em sucessivo, na data de 02 abril, foi publicado o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020 que, além da renovação do estado de emergência, determinou uma série de outras medidas, dentre estas a modificação temporária dos termos e condições dos contratos de execução duradoura, além da limitação do direito à reposição do equilíbrio financeiro de contratos de concessão, na hipótese em que tenham sido estes afetados pelas medidas adotadas no âmbito do estado de emergência.^{33/34}

Aprofundando as disposições atinentes aos contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, em 30 de abril, fora editado o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 que estabeleceu regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro, contendo disposições específicas para as PPPs³⁵. A norma também fixou regras atinentes à indenização pelo sacrifício por ato praticado pelo Estado ou outra entidade pública no âmbito da prevenção e combate à pandemia. Cumpre ressaltar que tal norma teve vigência até 30 de setembro de 2022, momento em que foi revogada pelo Decreto-Lei nº 66-A/2022.

Muito embora não seja a análise da constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 o específico objeto do presente estudo, antes de adentrar na análise das disposições relativas ao reequilíbrio financeiro, não é dispendioso mencionar que a limitação de direitos estabelecida nas normas acima citadas foram arrimadas no art. 19.º da CRP que estabelece a excepcional hipótese de suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias em caso de estado de sítio ou estado de emergência.

³³ Além das disposições atinentes aos contratos administrativos de execução duradoura, o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020 determinou a possibilidade de restrição de deslocamento no território nacional, de circulação internacional, do direito de reunião, de manifestação, de liberdade de culto, dentre outros. O Decreto estabelecia ainda a possibilidade de requisição administrativa da prestação de quaisquer serviços e a utilização de bens móveis e imóveis privados

³⁴ Posteriormente foi editado em 17 de abril o Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020 que estabeleceu nova renovação do estado de emergência, tendo este também ampliado a limitação do direito à reposição do equilíbrio financeiro para os contratos de prestação de serviço.

³⁵ José F.F. Tavares (2020) ao analisar o quadro normativo de emergência aprovado para o estado de exceção de corrente da Covid-19, no âmbito do domínio financeiro, utilizou a expressão “fast-law”, para dispor sobre a produção normativa em tal contexto, ante a necessidade de alterações sucessivas dos diplomas legais, com o objetivo de satisfação imediata e urgente das demandas coletivas.

Por expressa determinação do art. 19.º n. 4º da CRP as medidas adotadas durante o curso do estado de emergência deverão respeitar o princípio da proporcionalidade, limitando-se quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional. Ressalte-se ainda que, nos moldes do disposto no art. 18.º n.º 2 e 3 da CRP, as restrições ao exercício de direitos fundamentais devem se restringir ao mínimo necessário tendente a salvaguardar outros direitos ou interesses albergados pela Constituição, bem como de que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não poderão "diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

Pese embora a relevância dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico, depreende-se da leitura dos acima referidos dispositivos que tais direitos não podem ser considerados como absolutos, posto que encontram limites em outros direitos também de envergadura constitucional por força do denominado princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Resgatando o que fora dito no tópico anterior, diante da hipótese de colisão entre direitos fundamentais o intérprete da norma deverá se utilizar do princípio da concordância prática ou da harmonização, com o dever de ponderar acerca da prevalência de determinado direito ou garantia fundamental sobre outro, devendo tentar evitar o perecimento total do direito não prevalecente, por meio da redução proporcional de seu conteúdo e alcance. Saliente-se que nestas situações o intérprete da norma deve sempre buscar a harmonia do texto constitucional.

Conforme reconhece o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, as limitações impostas ao direito de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos de execução duradoura importam em suspensão ao exercício do direito de propriedade e iniciativa econômica. Além disto, tal como já mencionado anteriormente, a limitação à aplicação de normas e disposições contratuais pode ser considerada como afrontosa ao princípio da segurança jurídica.

Em sua exposição de motivos, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 assevera que a adoção do quadro temporário e excepcional tem por amparo a necessidade de contribuição e, consequente, sacrifício de todos para a consecução de um objetivo maior. Assim, poder-se-ia argumentar que a norma invoca um dever de solidariedade que deve permear a relação entre a Administração e os administrados, sendo este também extensível aos contratos administrativos. A norma dispõe ainda que tais limitações de direito se revelam “necessárias, adequadas e proporcionais aos fins que se visam alcançar e ao estado de exceção”.

Conferindo primazia ao objetivo de continuidade dos contratos administrativos, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 não trata especificamente da possibilidade de rescisão contratual com fundamento na verificação de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que obstaría ou dificultaria sobremaneira a continuidade da avença ou da configuração de força maior, hipóteses de exoneração do dever da Administração de indenizar o particular.

Especificamente em relação à limitação ao direito de reequilíbrio financeiro, o n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 suspendeu por completo, durante o período compreendido entre 02 de abril até o término do estado de emergência, a aplicação das cláusulas contratuais e disposições normativas que versassem sobre tal matéria, bem como acerca de reparação por quebras de demanda, vedando expressamente a pretensão de recomposição de cláusulas financeiras ou perdas em decorrência de fatos ocorridos em tal interregno. Cumpre registrar que o estado de emergência em Portugal vigorou até o final do dia 02 de maio, iniciando-se a partir desta data a situação de calamidade.³⁶

De tal modo, pese embora a manutenção da obrigação de execução das prestações contratuais pactuadas, durante tal período restou suprimido o direito de discussão da superveniente alteração da realidade económica dos contratos afetados e de quebras de utilização suportadas, independente do impacto e dos eventuais prejuízos experimentados pelo particular, face a obrigatoriedade de manutenção das cláusulas financeiras originalmente estabelecidas. Reitere-se que tal disposição alcançava a totalidade dos contratos de execução duradoura firmados pelo Estado ou outra entidade pública, dentre estes os de PPP.³⁷

Além do princípio da segurança jurídica e do *pacta sunt servanda*, tendo em vista a absoluta impossibilidade de acionamento das cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro, vozes críticas ao Decreto-Lei também apontam a violação ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente da vedação de excesso, ante a proibição de adoção de soluções negociadas e/ou amparadas em princípio de boa-fé que poderiam atenuar os prejuízos suportados pelos particulares (CAMPOS et al., 2020).

³⁶ Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020.

³⁷ João Canto e Castro (2022) tece críticas às expressões “contratos de execução duradoura” e a “outra entidade pública” por ausência de uma precisa definição legal, advogando a tese de que tais disposições se aplicam aos contratos de colaboração subordinada, “tais como, concessões de obra e serviço público e concessões de exploração de domínio público, e contratos de prestação de serviços duradouros”. Embora repitam a reprimenda quanto a ausência de definição legal, Campos et al. (2020), defendem que seriam impactados todos os contratos que “durante um período mais ou menos longo” ostentem um conjunto de prestações de trato sucessivo, incluindo, assim, também contratos de empreitada, de prestação de serviços continuados e de locação.

Outro fator de crítica ao dispositivo em apreço, é de que este teria aplicação retroativa, posto que, apesar de publicado apenas em 30 de abril, determinara a suspensão da prerrogativa da reposição do equilíbrio financeiro desde a publicação do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, ocorrida em 02 de abril.

Ademais, o ato da Presidência da República apenas dispunha sobre a prerrogativa de alteração de cláusula contratuais e a limitação do direito à reposição do equilíbrio financeiro de “concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização”. Assim, não teria a citada norma aplicação indiscriminada em todos os contratos de caráter duradouro celebrados pela Administração. Portanto, verifica-se que norma posterior veio regulamentar fatos já ocorridos e que se encontravam então sob o abrigo da legislação ordinária, o que importaria em ofensa ao disposto no n.º 2 do art. 18.º da CRP (RAMOS, 2020).

Além disso, também é digno de nota que, conforme já mencionado, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 tenha sido publicado na data de 30 de abril, dispondo que o n.º 1 de seu art. 3.º teria vigência apenas durante o estado de emergência. Entretanto, apenas dois dias após a publicação da norma, o Estado português fez a opção por substituir o estado de emergência pela situação de calamidade, importando em um rol menos rígido de restrições.

Ultrapassado o estado de emergência, mas ainda no contexto da emergência sanitária, restabeleceu-se o direito à compensação por quebras de utilização e a reposição do equilíbrio financeiro em decorrência da alteração anormal das circunstâncias que decorra de eventos relacionados à pandemia. Contudo, o n.º 2 do art. 3.º do Decreto Lei n.º 19-A/2020 dispunha que a compensação ficaria restrita às hipóteses de prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, restando expressamente vedada a possibilidade de revisão de preços ou de qualquer outro meio de ressarcimento por parte da Administração, independentemente de previsão legal ou contratual.³⁸

Apesar de restaurar o direito à recomposição do equilíbrio financeiro decorrente de eventos relacionados à pandemia, denota-se que as opções disponíveis para tal missão ficaram significativamente reduzidas. João Canto e Castro (2022) argumenta que seria mais

³⁸ O n.º 1 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 estabelecia que o quadro excepcional apenas deixaria de vigorar “no momento em que a Organização Mundial de Saúde determine que a situação epidemiológica do vírus SARS-Cov-2 e da doença COVID-19 não configuram uma pandemia”. Contudo tal dispositivo era digno de crítica ao condicionar matéria de restrito interesse nacional a uma decisão a ser proferida por uma entidade internacional, bem como de que a evolução da doença jamais se apresentou uniforme em todo mundo. Saliente-se que até o momento da elaboração desse trabalho a OMS segue entendendo que o surto da Covid-19 se caracteriza como uma emergência global, não tendo ainda declarado o fim da pandemia. Disponível em <https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2023/02/estamos-em-um-estagio-diferente-nunca-estivemos-tao-perto-de-acabar-com-a-emergencia-diz-lider-da-oms-para-a-covid-19.ghtml>. Consultado em 16.02.2023.

adequado estabelecer que a prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato seriam medidas preferenciais de compensação, desde que se mostrassem menos onerosas e favoráveis para as partes, diante das peculiaridades do caso concreto. Não é difícil imaginar que em decorrência da amplitude da quebra de demanda poderia restar inviabilizada a continuidade da execução do contrato, situação na qual as ditas opções de reequilíbrio se apresentariam insuficientes.

Assim, ao invés de oferecer hipóteses de reequilíbrio financeiro que limitam drasticamente a atuação da Administração no caso concreto, talvez se apresentasse mais vantajoso conferir liberdade para que a situação de cada contrato fosse analisada individualmente. É inegável que os abalos advindos dos efeitos da Covid-19 não foram homogêneos para todos os parceiros privados e contratados, razão pela qual uma solução de molde único seria insuficiente para atender de forma satisfatória tais distintas realidades.

Entretanto, novamente resgatando o que fora dito no tópico precedente, apesar de desconsiderar as peculiaridades de cada contrato, situação que ganha significativo relevo nos casos das PPPs, a opção por uma solução padrão teria o condão de tornar mais célere o procedimento de reequilíbrio ante a limitação da discricionariedade na atuação do Administrador, além de obstar a provável apresentação de pedidos de recomposição que envolvessem o pagamento de indenização ao particular.

O dispositivo seguinte da norma em comento estabelecia a obrigatoriedade de redução ou suspensão, com urgência, das obrigações das concessionárias e subconcessionárias no âmbito das PPPs rodoviárias, ante a modificação dos níveis de tráfego, assegurando o serviços mínimos para a adequada salvaguarda da segurança dos utentes. A redução ou suspensão das obrigações deveria ser acompanhada da redução unilateral e proporcional da remuneração dos pagamentos devidos pelos concedentes ou subconcedentes.

Denota-se que neste ponto a norma propõe uma hipótese adicional de reequilíbrio financeiro, em virtude da economia advinda da suspensão ou diminuição das obrigações contratuais assumidas pelos parceiros privados. A intenção óbvia do legislador foi de tentar obter economia no valor dos repasses devidos aos concessionários, por meio da justificativa de que a diminuição do tráfego de veículos abriria margem para a diminuição das atribuições contratuais. Contudo, é possível que tal norma tenha tido aplicação limitada, posto que, em regra geral, tais contratos não possuem muitas obrigações que possam ser suprimidas total ou parcialmente, sem prejuízo à segurança e/ou os níveis mínimos de qualidade da execução (CAMPOS et al., 2020).

Por sua vez, o art. 5.º da norma em estudo estabelecia ainda a inaplicabilidade do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, a qualquer ato, medida, decisão ou outro tipo de atuação imputável ao poder concedente, incluindo de natureza regulamentar, no âmbito do contexto da pandemia. Cumpre registrar que o citado dispositivo do Decreto-Lei que trata das PPPs versa sobre a hipótese em que determinação unilateral emanada pelo parceiro público possa dar ensejo a pedido de reposição do equilíbrio financeiro.

Portanto, verifica-se que a norma conferiu salvaguarda adicional ao parceiro público, posto que diante da necessidade de promover alterações contratuais que importem em prejuízo ao equilíbrio financeiro do contrato não seria necessário adotar os procedimentos e formalidade previstos na legislação ordinária, assegurando uma maior autonomia e celeridade na implementação de alterações relacionadas ao enfrentamento da pandemia.

Apresentado em caráter sintético o quadro excepcional estabelecido pelo Decreto Lei n.º 19-A/2020, cumpre destacar que o mesmo foi alvo de diversas críticas pela doutrina portuguesa, sobretudo no sentido de que teria a Administração transferido aos contratados e parceiros privados os efeitos negativos da pandemia ao restringir o direito de manutenção ao equilíbrio financeiro dos contratos públicos que tem fundamento na Constituição. Argumenta-se ainda que a previsão legal importou em quebra do princípio da confiança, boa-fé e de respeito pelos interesses legítimos dos particulares (MELO E MAGALHÃES, 2020).

De forma mais incisiva, João Canto e Castro (2022) afirma que ao optar pelo sacrifício dos parceiros privados, a Administração acabou por não dedicar a necessária relevância ao dever de prestar serviços públicos com excelência e atender as necessidades coletivas, em áreas diversas tais como o fornecimento de água e saneamento, saúde, segurança e transportes. A crítica prossegue no sentido de que a adoção de quadro legislativo temporário colocaria em perigo a continuidade dos contratos, ante o risco de que os efeitos de tal intervenção se prolongassem no tempo.

Contudo, tais ponderações não podem deixar de considerar o ineditismo e gravidade da situação então vivenciada, sobretudo em virtude das incertezas e da magnitude econômica e social que se apresentaram nos primeiros momentos da pandemia da Covid-19. Em tal cenário, o Estado português fez a opção por privilegiar o tesouro público em detrimento de parte das obrigações contratuais já assumidas, sob o argumento de que estaria conferindo prevalência ao princípio da solidariedade. Por meio de tal postura intentava redirecionar os recursos públicos para implementação de ações em áreas mais sensíveis e urgentes.

Maior controvérsia não há de que as limitações de direito estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 19-A/2020 se apresentavam duras e suscetíveis de causar severas perdas para os parceiros privados. Entretanto, é possível argumentar que tais medidas se encontravam juridicamente albergadas em um contexto de exceção, onde ganham relevo os princípios da solidariedade e isonomia, razão pela qual seriam condizentes com os impactos econômicos causados pela pandemia para toda sociedade.

Se faz importante ainda mencionar que, apesar das medidas restritivas impostas aos contratos duradouros, em conjunto com a União Europeia, o Estado português lançou mão de uma série de medidas de auxílio com o objetivo de preservar empresas e empregos, bem como de assegurar uma mais rápida retomada da economia no pós pandemia.³⁹ Tais ações não devem deixar de ser consideradas na equação das perdas eventualmente suportadas em decorrência da implementação da edição do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

Em caráter conclusivo, sem adentrar em juízo de valor sobre as motivações do Estado português no momento de edição do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, a controvérsia doutrinária suscitada, por si só, é suficiente para demonstrar que a adoção do demonstrado quadro legislativo excepcional limitador do direito à reposição do equilíbrio financeiro e compensação por quebras de utilização poderia impactar seriamente a saúde financeira dos parceiros privados, atraindo risco de descontinuidade dos serviços, além da possibilidade de desencorajar futuros investimentos privados.

3.2 O posicionamento adotado no Brasil durante a pandemia de Covid-19

Também no contexto do enfrentamento dos efeitos da pandemia foi editada no Brasil a Lei Federal n.º 13.979/2020⁴⁰, em 06 de fevereiro, estabelecendo medidas sanitárias e normas sobre contratação pública de caráter urgente para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos. Entretanto, diferentemente do caso português, não fora editada qualquer disposição legislativa nacional dispondo especificamente sobre eventuais

³⁹ No contexto da pandemia da COVID-19 a Comissão Europeia flexibilizou temporariamente as regras para concessão dos auxílios estatais por meio do reconhecimento de que toda economia da UE vem enfrentando situação considerada como de “perturbação grave”, enquadrada na exceção prevista no art. 107.º, n.º. 3, alínea b.

⁴⁰ Em que pese a Constituição Federal estabeleça expressamente a possibilidade de decretação de estado de emergência, nas modalidades estado de defesa e de sítio, o Governo Federal não se utilizou de tais mecanismos constitucionais, tendo a maioria das medidas de combate à emergência sanitária adotadas por meio de leis ordinárias, decretos executivos de âmbitos federal, estaduais e municipais, dentre outros atos normativos inferiores. (BRITO, 2022)

regras excepcionais sobre o direito à reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos no contexto da citada emergência sanitária.⁴¹

Importante se faz mencionar que chegou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2139/2020⁴², proposto em 23 de abril, que dispunha sobre a adoção de regime jurídico emergencial e transitório nas relações jurídicas contratuais da Administração Pública, em razão dos impactos causados pela pandemia da Covid-19. Contudo, a proposta legislativa que não era de autoria do Poder Executivo Federal não chegou sequer a ser apreciada pelo Poder Legislativo.

Em sentido diametralmente oposto ao Decreto-Lei n.º 19-A/2020, o citado Projeto de Lei estimulava a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, no entanto, observando-se os limites indispensáveis para assegurar a continuidade da execução contratual, bem como evitar possíveis benefícios ao particular. Além disso, especificamente em relação aos contratos concessionais, a proposta previa a suspensão total ou parcial do pagamento de encargos pelo particular, tais como valores de outorga fixa ou variável, valores de receitas alternativas, encargos de fiscalização e encargos setoriais.

Portanto, em um cenário de adversidade, denota-se que o legislador brasileiro demonstrou especial preocupação com a continuidade da execução dos contratos mantidos pela Administração, ainda que tal objetivo acarretasse aumento das despesas públicas. Em que pese não ser possível afirmar com precisão, posto que o projeto de lei não chegou a ser apreciado em plenário, é pertinente elucubrar que por conceder ampla margem para renegociação dos contratos administrativos – não apenas aos de natureza concessionais – a proposta não fora encampada pela base governista.

Tendo em vista a não edição de uma legislação excepcional, verifica-se que o Estado brasileiro fez a opção de manter inalterada as disposições legais e contratuais que regulam a alocação de riscos e as hipóteses de recomposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. Assim, em um cenário de forte alteração das condições regulares de execução contratual, o preenchimento dos requisitos que ensejariam a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias foram analisadas diante das peculiaridades de cada contrato.

⁴¹ O Estado do Rio de Janeiro e o Município de São Paulo, respectivamente, por meio do decreto 47.004, e da lei 17.335, editaram normas próprias regulamentando a suspensão temporária da execução das obrigações contratuais. Em atitude louvável tais normas asseguraram, no entanto, a continuidade do pagamento de parcela relativa à remuneração dos trabalhadores das empresas contratadas.

⁴² Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141682>. Consultado em 17.02.2023.

Este posicionamento restou formalizado por ocasião da manifestação da Advocacia Geral da União – AGU⁴³, por meio do Parecer n.º 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU⁴⁴ em resposta à consulta formulada pelo Ministério da Infraestrutura, dispondo especificamente acerca dos efeitos da pandemia da Covid-19 sobre os contratos de concessão no setor de transportes⁴⁵. Embora desprovida de caráter normativo vinculante, a citada manifestação jurídica serviu como fundamento para atuação dos gestores públicos da Administração Federal em tal período.

Ante os consideráveis impactos então experimentados nos setores da aviação civil, transporte rodoviário de cargas e passageiros e ferroviário, atento ao seu dever institucional de garantir a manutenção dos serviços prestados pelos parceiros privados, em um contexto de abrupta diminuição de receitas, o Ministério dos Transportes questionou à AGU se os efeitos da pandemia “suportados pelos vários setores de infraestrutura” poderiam fundamentar o reequilíbrio financeiro dos contratos de concessão firmados pelo Governo Federal. O citado Ministério questionou também se medidas legais determinando o isolamento social poderiam ensejar a aplicação da teoria do fato do príncipe.

Em resposta, a AGU apresentou manifestação discorrendo sobre os fundamentos e a importância para a Administração pública da correta aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, destacando ainda que se trata de proteção à propriedade privada estatuída na Constituição brasileira. Em sucessivo, o parecer abordou as vantagens de uma eficiente alocação de riscos em contratos concessionais, devendo ser esta a mais exaustiva possível e tomando por base a capacidade de gerenciamento dos riscos pelas partes. Afirmou ainda que, em regra, os particulares assumirão os riscos ordinários do negócio, enquanto o poder concedente suportará os riscos considerados extraordinários.

Especificamente acerca da pandemia da Covid-19, o parecer em apreço defendeu que seja esta classificada como situação de força maior ou caso fortuito⁴⁶, ante a sua magnitude,

⁴³ O art. 131 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que: "a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo."

⁴⁴ Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Consultado em 17.02.2023.

⁴⁵ No bojo da consulta, o Ministério dos Transportes consignou que durante o período mais intenso da pandemia foi registrada uma diminuição de 75% na demanda por voos domésticos e redução de 95% nas viagens internacionais, em relação ao mesmo período de 2019. Fora ainda registrada uma queda de 57% no fluxo de veículos leves e de 29% de veículos pesados, enquanto que o setor de transporte coletivo de passageiros registrou queda de aproximadamente 85% na movimentação de passageiros. Por sua vez, o setor rodoviário verificou queda mais discreta no patamar de 9% na produção de toneladas por quilometro. Por fim, em sentido diverso, os portos registraram aumento de aproximadamente 35% no total de embarques.

⁴⁶ Registre-se que o parecerista tomou as expressões “força maior” e “caso fortuito” como sinônimas.

bem como diante da necessidade de adoção de medidas de forçado isolamento social. Uma vez que tais eventos não poderiam ser previstos ou evitados pelos parceiros privados, bem como de que tal fator de risco não pode ser considerado como ordinário, restariam preenchidos os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, conforme a já mencionada nomenclatura adotada no Brasil.

Nesta toada, a AGU defendeu a plena possibilidade de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, diante da comprovação de que a pandemia configurou efetivo impacto na equação financeira da avença. Além disto, restou ainda reconhecida a necessidade de análise da alocação de risco estabelecida contratualmente, ante a possibilidade de que esta tenha expressamente transferido ao particular a gestão de tais riscos.

De tal modo, pese embora seja inegável a imprevisibilidade no momento de assinatura do contrato dos efeitos de uma epidemia/pandemia nas dimensões do surto da Covid-19, para o citado parecerista, caso tal risco estivesse alocado na esfera de responsabilidade do parceiro privado, deveria este isoladamente suportar os prejuízos financeiros verificados em tal contexto.

Embora tenha sido o objeto de questionamento expresso pelo órgão consultante, a manifestação jurídica em questão não dedicou especial atenção à possibilidade de que as medidas de restrição de liberdade de circulação fossem consideradas aptas a ensejar a aplicação da teoria do fato do príncipe. Remetendo ao que fora disposto no Capítulo Primeiro deste trabalho, o motivo de tal posicionamento decorre da previsão legal contida no então vigente inc. II, 'd', do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, que equiparava as hipóteses de força maior, caso fortuito e fato do príncipe, como justificativas à aplicação da teoria da alteração das circunstâncias.

Novamente resgatando o que fora expandido no Capítulo Primeiro, é possível questionar a ausência de aprofundamento em relação à aplicação do fato do príncipe na manifestação da AGU, posto que a jurisprudência brasileira reconhece a desnecessidade da onerosidade excessiva, ante a interpretação de que o ato emanado pela Administração – pese embora não diretamente relacionado ao contrato – deve ser interpretado como hipótese de alteração unilateral da avença. Portanto, embora a legislação não trate expressamente deste ponto, forçoso se faz destacar tal relevante distinção entre as teorias do fato do príncipe e da alteração das circunstâncias.

Cumprir mencionar que para fins do desenvolvimento do presente projeto, principalmente no ponto em que se analisa o posicionamento adotado pelo órgão de

representação judicial do Estado brasileiro, a diferenciação entre contratos de concessão e PPPs se afigura de importância secundária, ante a similitude da sistemática de alocação de riscos e do reconhecimento de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias em ambas as modalidades contratuais. Ademais, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se afigura ainda mais relevante nas PPPs, ante a usual exigência de investimentos vultosos, em regra, superiores aos verificados nos contratos de concessão pura.

Com fundamento em tais elementos, denota-se que o Estado brasileiro fez a expressa opção pela integral manutenção das normas e disposições contratuais atinentes à alocação de riscos que já regulamentavam a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, não tendo sido adotado quadro normativo diferenciado diante da emergência decorrente da pandemia da Covid-19. Portanto, apesar da necessidade de recomposição do equilíbrio financeiro simultâneo de diversos contratos de caráter concessionais, tal cenário fora classificado como uma “álea extraordinária”, apta a justificar a análise dos impactos suportados em cada contrato individualmente.

Apesar do mencionado posicionamento pela simples recomposição do reequilíbrio financeiro contratual inicial, é possível citar exemplo de implementação de medidas excepcionais e pontuais por parte do poder concedente como forma de minorar os impactos experimentados pelos concessionários, portanto, da adoção de um quadro legislativo excepcional. Contudo, ressalta-se novamente que, diferentemente do exemplo português, tais medidas não objetivavam a salvaguarda do erário público, mas, sobretudo, a continuidade da execução contratual.⁴⁷

Demonstrando a adoção de tais medidas de exceção, a Lei Federal nº 14.034/2020, estabeleceu a prorrogação do prazo de pagamento das outorgas fixas e variáveis previstas

⁴⁷ Diferentemente do posicionamento adotado em relação aos contratos de concessão de serviços, em relação aos contratos de cessão de uso de áreas em aeroportos destinadas à exploração comercial, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO se manifestou em sentido contrário à possibilidade de aplicação da teoria da alteração das circunstâncias em decorrência da quebra de demanda provocada pela diminuição do fluxo de passageiros durante os períodos mais críticos da pandemia. Como medidas atenuantes, a empresa estatal responsável pela administração dos aeroportos não concedidos à iniciativa privada se limitou a prorrogar o vencimento de remunerações devidas pelos concessionários, além de instituir desconto no valor das prestações. Provocado, o Poder Judiciário adotou o entendimento de que as prorrogações de prazo de pagamento e os descontos concedidos seriam suficientes para assegurar a garantia da manutenção do equilíbrio financeiro dos ditos contratos, argumentando ainda que a empresa estatal também sofreu considerável diminuição de receitas durante tal período. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Proc. AI n.º 5000037-82.2021.4.03.0000, de 19 de outubro de 2021. Relator Antônio Cedenho.

em contratos de concessão de aeroportos com vencimento no ano de 2020. Muito embora tal medida não fosse, por si só, suficiente para assegurar o necessário alívio financeiro aos concessionários, tratava-se de hipótese de recomposição do equilíbrio financeiro contratual, ainda que com flagrante alcance limitado.

Portanto, de forma condizente com o anteriormente citado Projeto de Lei n.º 2139/2020 e com o posicionamento albergado pela AGU, o Estado brasileiro conferiu inegável primazia ao princípio da continuidade dos serviços públicos, atraindo para si, em regra, os ônus advindos da quebra de demanda decorrente da severa diminuição do fluxo de usuários e receitas durante o período de vigência das medidas de isolamento social.

Na mesma linha, a doutrina brasileira se manifestou no sentido de que, apesar de grave e incomum, o cenário de crise causado pela pandemia atraía a aplicação de institutos próprios do regime de concessão, nomeadamente os de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, a depender de cada situação, quando estes implicarem em quebra da equação contratual (PEREIRA E SCHWIND, 2020). Adotando-se esta linha, os efeitos econômicos danosos da pandemia deveriam ser suportados pela sociedade, incluindo àqueles advindos da manutenção da execução dos contratos administrativos, afastando-se o compartilhamento dos prejuízos com os parceiros privados, ante a necessidade de respeito ao equilíbrio financeiro original (JUSTEN FILHO, 2020).

Este posicionamento também é defendido por Maurício Portugal Ribeiro (2020) para quem a impossibilidade de compartilhamento dos prejuízos e a consequente recomposição do equilíbrio financeiro afetado pela quebra de receita decorre do fato de que nos contratos concessionais o risco extraordinário deverá ser sempre alocado na esfera de responsabilidade do poder concedente, ante a impossibilidade de gerenciamento deste pelo parceiro privado, bem como em face das vantagens obtidas pela Administração na oportunidade de formulação das propostas financeiras. Com base em tal linha argumentativa, rechaça-se a possibilidade de reconhecimento de uma álea extraordinaríssima, suficiente para alterar as disposições legais e contratuais aplicáveis.

Da análise da citada doutrina brasileira produzida durante a pandemia, depreende-se que o posicionamento defendido vai ao encontro da solução albergada pelo Estado brasileiro, pelo menos em relação aos contratos concessionais, reconhecendo-se o direito ao reequilíbrio financeiro decorrente da quebra de demanda. Neste ponto, é fundamental ressaltar também o alinhamento entre o posicionamento das doutrinas portuguesa e brasileira sobre o tema em cotejo.

Saliente-se que, embora os principais aspectos e requisitos para a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias na realidade portuguesa e brasileira sejam bastante similares, cumpre atentar para importante diferença entre os dois ordenamentos jurídicos. Conforme anteriormente destacado, em Portugal a alteração das circunstâncias dará ensejo à modificação do contrato, a uma compensação financeira ou a reposição do equilíbrio financeiro, no caso de atendimento aos requisitos do n.º 3 do art. 314.º do CCP. Já no caso brasileiro a aplicação da mesma teoria culminará obrigatoriamente na adoção de medidas para o restabelecimento do equilíbrio financeiro inicial.

É inegável que o respeito à garantia ao reequilíbrio financeiro decorrente de eventos imprevisíveis com severo impacto financeiro ao contrato garantirá a continuidade da prestação dos serviços ao público e a salvaguarda da saúde financeira dos parceiros privados, evitando o colapso de modernos equipamentos de infraestrutura. Outro fator importante, talvez o mais relevante, seja a mensagem passada de respeito aos termos previamente pactuados, com o fito de garantir a atratividade da participação privada, principalmente diante da escassez de recursos públicos para investimentos mais vultosos.

Ao assegurar a irrestrita manutenção da legislação e dos ajustes, por meio da assunção dos prejuízos, o Estado brasileiro demonstra prioridade na defesa não apenas da continuidade dos serviços e da posição dos parceiros privados, mas também investe na imagem de um Estado respeitador dos contratos. Contudo, ante a necessidade de um maior investimento em medidas de combate aos efeitos da emergência de saúde pública, em meio a um cenário de retração econômica⁴⁸, tal posicionamento poderá ensejar a necessidade de adoção de medidas gravosas para a sociedade, tais como aumento de tarifas⁴⁹ ou elevação da carga tributária.

Em caráter conclusivo, durante a emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, o Estado brasileiro fez opção pela manutenção e utilização dos institutos clássicos do direito administrativo, disposições legais e contratuais previamente estipuladas relativamente aos contratos de natureza concessionais, diferentemente de Portugal que adotou um quadro legislativo temporário e excepcional que previa a suspensão

⁴⁸ JIMÉNEZ, Carla – PIB de 2020 no Brasil cai 4,1% com pandemia, o pior resultado em 24 anos. **El País**. São Paulo. (03 Mar. 2021). [Consult. 21 Fev. 2023] Disponível em <https://brasil.elpais.com/economia/2021-03-03/ PIB-de-2020-fecha-em-queda-de-41-no-brasil-com-pandemia-de-covid-19.html>.

⁴⁹ Aumento de pedágio vai compensar concessionárias por perdas na pandemia, diz ANTT. **Canal Rural**. [sl]. (08 Nov. 2021). [Consult. 21 Fev. 2023] Disponível em <https://www.canalrural.com.br/agronegocio/aumento-pedagio-compensar-concessionarias/>.

e a limitação da reposição da equação original do contrato durante o período mais severo da emergência de saúde pública.

Condizente com o posicionamento então adotado pela doutrina administrativa brasileira, além do respeito aos instrumentos contratuais firmados, o reconhecimento ao direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos de concessão e PPP tem como principal vantagem conferir garantia para o investimento privado no setor de infraestrutura, diante uma nova realidade onde eventos extremos se apresentam mais prováveis de ocorrer, fator que pode servir para a melhoria da qualidade das propostas em futuros concursos públicos.

CONCLUSÃO

Em notas conclusivas, resgata-se o objetivo manifestado no capítulo introdutório do presente trabalho de investigar e suscitar questionamentos acerca da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos de PPPs, em um contexto de desequilíbrio da equação econômica original decorrente de eventos extremos, com impacto também a um conjunto de outras avenças celebradas pelo Estado. Para tanto, buscou-se ponderar se uma situação caracterizada como uma espécie de álea extraordinaríssima, poderia obstar a aplicação da citada teoria em seus moldes tradicionais.

Em outros termos, investigou-se se desafios de considerável monta para a Administração pública e para a sociedade confeririam ao Estado a prerrogativa de lançar mãos de medidas legislativas ou contratuais emergenciais, constituindo-se estas como exceção ao regramento atinente à teoria da alteração das circunstâncias, instituto jurídico aplicável em situações caracterizadas como extraordinárias ao regular cumprimento do contrato.

Com a finalidade de apresentar análise baseada em exemplos concretos, o presente trabalho se debruçou sobre as medidas estatais no campo do reequilíbrio financeiro dos contratos concessionais no contexto do enfrentamento da emergência sanitária da Covid-19, averiguando aspectos positivos e negativos nas díspares posturas observadas em Portugal e no Brasil. Contudo, uma vez transpostos os desafios impostos pela citada emergência sanitária, o presente estudo busca trazer questionamentos úteis sobre medidas que poderão ser adotadas diante de eventuais futuros cenários de adversidades extremas.

A presente investigação abordou a importância da teoria da alteração das circunstâncias no campo da contratação pública, não apenas como garantia ao particular, mas sobretudo para a própria Administração. Resgatando o que fora dito em linhas anteriores, ao assegurar a recomposição do equilíbrio financeiro impactado por fatores imprevisíveis e estranhos aos desígnios das partes ocorridos ao longo da execução dos contratos de prestação duradoura, confere-se à Administração a possibilidade de ampliar o número de interessados na fase de concurso, além da diminuição do valor das propostas financeiras, ante a limitação dos riscos que serão absolvidos pelo particular.

Portanto, depreende-se que a aplicação da teoria da alteração das circunstâncias de forma equilibrada, calcada nos princípios da equidade e boa-fé, trará benefícios para ambos os contratantes, constituindo-se como relevante ferramenta para a Administração na consecução do interesse público, posto que assegura a continuidade da execução contratual afetada por álea extraordinária.

Também como verificado ao longo da presente investigação, é possível afirmar que os contratos de PPP se apresentam como importante ferramenta para o desenvolvimento da infraestrutura portuguesa e brasileira. Tal afirmação pode ser confirmada ante o inegável avanço da malha rodoviária de Portugal após a transferência da gestão de diversos trechos para a iniciativa privada. No caso do Brasil, é possível fazer referência ao desafio da otimização da infraestrutura em um país com dimensões continentais. Assim, o capital privado pode ser utilizado como boia de salvação para fins de manutenção de investimento em um contexto de dificuldades orçamentárias.

Entretanto, a opção pelo formato de contratação em questão deve ser cercado de diversas cautelas pelo Estado, não podendo ser utilizado sem prévios e meticolosos estudos e planejamento, sob pena de que o Estado fique refém de acordos que demandem elevados repasses aos parceiros privados durante a fase de execução, como forma de compensação pelos investimentos realizados. Além disso, a decisão pela PPP deve ser encarada como um ato de Estado, não podendo ser influenciada por objetivos eleitorais e/ou de curto prazo.

Tanto em Portugal quanto no Brasil as PPPs ostentam como uma de suas características elementares a imposição legal de uma prévia alocação dos riscos entre os parceiros, devendo as áleas serem deslocadas na esfera de responsabilidade da parte que detém a melhor condição de seu gerenciamento. A elaboração de uma matriz de risco eficiente e ampla tem por objetivo reduzir a margem para futuras discussões e pedidos de recomposição de equilíbrio financeiro, evitando custos desnecessários e desgastes que fatalmente enfraqueceriam a relação entre a Administração e o particular.

Nestes termos, é possível afirmar que a elaboração de uma matriz de risco ótima e completa reduzirá drasticamente as hipóteses de aplicação da teoria da alteração das circunstância em tal formato de contratação, ante a prévia fixação da responsabilidade pelos impactos decorrente de evento que, embora previsível, não tinha sua ocorrência como uma certeza no momento da contratação.

A alocação ótima de risco deverá ainda estabelecer o compartilhamento racional de determinados riscos entre os parceiros, tais como pela quebra de demanda, posto que o particular não detém controle absoluto sobre todos os fatores que podem influenciar o nível de utilização do equipamento público e dos serviços concedidos, salientando-se que a variação da demanda também poderá estar atrelada à posturas adotadas pelo poder concedente.

Especificamente em relação à responsabilidade pelos riscos decorrentes de eventos classificados como de força maior, o Decreto-Lei n.º 112/2012 dispõe que, nestes casos, as

consequências da eventual insustentabilidade financeira deverão ser suportadas pela Administração. Embora omissa neste particular aspecto a legislação brasileira, é possível concluir que pelo mencionado critério de alocação de risco com fundamento na capacidade de gerenciamento de cada parte, o prejuízo advindo de eventos classificados como força maior, em tese, não deveriam ser suportados pelo parceiro privado.

Firmadas as premissas aplicáveis em cenários onde o equilíbrio financeiro contratual é abalado por evento de natureza extraordinária, pretendeu-se investigar se tal regramento jurídico seria suficiente para responder aos desafios impostos por um contexto severamente excepcional - a dita 'álea extraordinaríssima' – que teria o condão de afetar simultaneamente diversos contratos administrativos, com sensível impacto para as finanças públicas.

De fato, apenas diante das especificidades de um caso concreto cada Estado poderá averiguar a possibilidade de assumir os prejuízos decorrentes do cumprimento da obrigação de recomposição simultânea do equilíbrio financeiro de diversos contratos. Contudo, no multicitado exemplo da emergência sanitária da Covid-19, o Estado português demonstrou imediata preocupação com o aumento das contraprestações devidas aos parceiros privados diante de um quadro de generalizada quebra de demanda.

Pese embora o demonstrado posicionamento doutrinário contrário ao Decreto-Lei n.º 19-A/2020, o presente estudo demonstrou que a adoção de medidas legislativas em um contexto de exceção que estabeleçam a supressão provisória e proporcional de determinados direitos e garantias constitucionais se coadunam com os princípios do Estado democrático de direito, já tendo sido tal hipótese albergada no passado pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário de ambos os países objetos deste estudo. Assim, em outros termos, resta consagrado o entendimento de que tempos excepcionais demandam a edição de normas também excepcionais.

Apesar do reconhecimento da viabilidade jurídica da adoção de medidas excepcionais, verificou-se uma profunda divergência entre os objetivos perseguidos em Portugal e no Brasil no campo da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos concessionais. Neste ponto cumpre registrar que a similitude entre as legislações de regência aplicáveis à matéria em ambos os ordenamentos justificam a presente investigação, posto que diante de desafio semelhante, as decisões estatais podem ser consideradas como antagônicas.

Como demonstrado no Capítulo Terceiro deste trabalho, em que pese o risco de descontinuidade de contratos e contrariedade dos parceiros privados, o Estado português buscou afastar a possibilidade de pagamento de indenização ou incidência de outros reflexos

de natureza pecuniária como compensação pelos desequilíbrios contratuais decorrentes da imposição de medidas isolamento social, justificando tal postura como necessárias diante da gravidade da situação onde deveriam prevalecer princípios como da solidariedade e do interesse público.

Demonstrando a mencionada oposição de posturas, reitera-se que o Estado brasileiro por meio de seu órgão de representação jurídica entendeu que a pandemia deveria ser considerada como evento de força maior, situação que embasaria a recomposição do equilíbrio econômico dos contratos diretamente afetados, por meio do que poderia ser considerada uma aplicação ordinária da teoria da alteração das circunstâncias. Assim, no Brasil foi rejeitada por completo a possibilidade da emergência sanitária ser considerada como uma ‘álea extraordinaríssima’.

Muito embora seja incontroversa a possibilidade de supressão temporária de direitos de envergadura constitucional em um contexto de exceção, da análise da doutrina consultada para fins de desenvolvimento do presente estudo se observa um posicionamento semelhante em Portugal e no Brasil no sentido de que existiria um poder/dever de reequilíbrio dos contratos, a fim de afastar a possibilidade de que os parceiros privados arcassem com os prejuízos advindos da dita quebra de demanda.

Embora seja possível supor que o Estado português não dispusesse de outras opções tendo em vista o elevado nível de comprometimento orçamentário com obrigações assumidas perante os parceiros privados, de fato, é inegável que a supressão do direito ao reequilíbrio contratual poderia abalar a saúde financeira das PPPs, com possíveis reflexos na qualidade dos serviços, bem como desestimular futuros investimentos privados no setor público e/ou exigência de uma maior taxa de retorno ante a assunção de riscos extraordinários.

Por sua vez, no Brasil a pandemia fora considerada como evento suficiente para ensejar a regular aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, nos moldes previstos na legislação e nos contratos. Acrescente-se que o impacto simultâneo em diversos contratos celebrados pela Administração não fora considerado pelo Estado, restando assegurado o direito às expectativas dos parceiros privados, pelo menos nos contratos de natureza concessionais.

Assim, é possível afirmar que o Estado português se viu obrigado a lançar mãos de medidas mais ousadas e de maior impacto para os parceiros privados, atitude que não gozou de popularidade perante a doutrina administrativa. Por sua vez, o governo brasileiro se permitiu agir de forma mais conservadora, privilegiando a continuidade dos contratos e os

interesses privados, ainda que em um contexto de recessão econômica e considerável déficit orçamentário.

Ante tais ponderações, verifica-se que não existem caminhos fáceis, nem tampouco solução que satisfaça plenamente os interesses de todas as partes envolvidas, fazendo-se eventualmente necessária a imposição de determinado grau de sacrifício para os parceiros privados – sacrifício este também suportado por outros setores da economia, registre-se, bem como também para os utentes, ante a possibilidade de elevação das tarifas e precarização dos serviços.

Sem qualquer pretensão de apontar qual das posturas acima mencionadas melhor alberga o interesse público, posto que a decisão estatal demandará análise de questões de cunho orçamentário, administrativo e social, o presente estudo procurou lançar luzes sobre os aspectos jurídicos das medidas que podem ser adotadas pela Administração em um contexto fático de extremo desafio, por meio de análise de fatores positivos e negativos, além de possíveis futuros reflexos para o campo dos contratos de PPPs.

Em caráter final, registra-se que os elementos observados e os questionamentos suscitados podem eventualmente servir como contributo para a avaliação de adoção de medidas excepcionais no campo da aplicação da teoria da alteração das circunstâncias, diante da infelizmente mais corriqueira ocorrência de eventos extremos, com repercussão generalizada, que atualmente é vivenciada em todo o globo.

Bibliografia

ALMEIDA, Mario Aroso de – Apontamento Sobre o Problema da Repartição do Risco e do Reequilíbrio Financeiro nos Contratos de Concessão. *In* Otero, PAULO; GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago, coord. – **Estudos em Homenagem a Rui Machete**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 679-692. ISBN 978-972-40-6182-5.

_____. – Sobre o Regime de Modificação Objetiva dos Contratos administrativos. *In* PENA, Nuno; MELO, Pedro, coord. – **Estudos em Homenagem a Rui Pena**. 30.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 713-749. ISBN 978-972-40-8071-0.

AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo – Volume II**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 443-560. ISBN 9789724075693.

AMORIM, Leila Machado – Pernambuco, a Companhia das Índias Ocidentais e o Atlântico. **Neari em Revista**. [Em linha]. [sl.], v. 5, n.º 8, 2019. ISSN 2447-2646. Disponível em <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/neari/issue/view/88>. [Consult. 16 Jan. 2023]

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. – As Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Rodoviária: Experiência Recente em Portugal. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Volume 48, n.º 03, (mai. – jun. 2014), p. 571-593. ISSN 1982-3134. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121606>. [Consult. 16 Jan. 2022].

ASCENSÃO, José de Oliveira - Onerosidade Excessiva por "Alteração das Circunstâncias". **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 65. Vol. III. Dez. 2005. Disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias>. [Consult. 16 Ago. 2022].

AZEVEDO, Maria Eduarda – **As Parcerias Público Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública**. Lisboa, 2008. 659 fls. Dissertação de Doutoramento em Direito, apresentada à Universidade de Direito de Lisboa. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/159/2/18247_ulsd_re383_TESE.pdf. [Consult. 06 de Jan. 2023].

BRAGA, Francisco Saturnino – A Propósito de Pedágio. **Revista do Serviço Público**. [Em linha] Ano 17. Volume III. N.º 1. Julho de 1954. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5591>. [Consult. 04 Jan. 2023].

BRITO, Miguel Nogueira – A Crescente Uniformização dos Modelos de Emergência Constitucional. *In* MORAIS, Carlos Blanco; Brito, Miguel Nogueira de; Raimundo, Miguel Assis, coord. – **Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Estruturas do Direito Público**. São Paulo: Almedina, 2022. p.167-203. ISBN 978-65-5627-714-1.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – **Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias**. [Em linha]. Brasília, [sn]. 2018. Disponível em

https://cbic.org.br/infraestrutura/wp-content/uploads/sites/26/2018/09/guia_de_riscos.pdf.
[Consult. 01 Fev. 2023]

CAMPOS, Diogo Duarte de *et al* – **Reequilíbrio Financeiro de Contratos. Regime Excepcional e Temporário. Comentário a Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril**. [Em linha]. [sl]:[sn], 2020. Disponível em <https://www.plmj.com/pt/conhecimento/novidades-legislativas/Coronavirus-Reequilíbrio-financeiro-de-contratos-Regime-excepcional-e-temporario/30818/>. [Consult. 02 Dez. 2022]

CARVALHO, Raquel – A Força Maior. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo, coord. – **Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção**. Lisboa: AAFDL, 2020. p.195-216. ISBN 978-972-629-552-5.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 5, p. 243-309. ISBN 978-85-97-01589-8.

CASTRO, João Canto – **Reflexão e Análise Crítica sobre o Regime Excepcional e Temporário de Reposição do Equilíbrio Financeiro de Concessões e Parcerias Público-Privadas no âmbito da Pandemia da Doença COVID-10 (Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril)**. Lisboa: AAFDL, 2022. ISBN 978-972-629-791-8.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – **Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões**. [Em linha]. Bruxelas, [sn], 2004. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327>. [Consult. 01 de Fev. 2023]

COSTA, Andreia Duarte – Circunstâncias Imprevisíveis nas Concessões à Luz do Novo CCP. In PENA, Nuno; MELO, Pedro, coord. – **Estudos em homenagem a Rui Pena**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 107-128. ISBN 978-972-40-8071-0.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Cap. 8, p. 334-454. ISBN: 978-85-309-7615-6.

FRADA, Manuel Carneiro da – A Alteração Das Circunstâncias À Luz do COVID-19 : Teses e Reflexões para um Diálogo. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Lisboa, Ano 80, n.º 1-2 (Jan.-Jun. 2020), p.153-163. ISSN: 0870-8118. Disponível em <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>. [Consult. 01 de Fev. 2023]

GARCIA, Flávio Amaral - A imprevisão na Previsão e os Contratos Concessionais. In DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, coord. – **20 Anos de Concessões em Infraestrutura no Brasil**. [Em Linha] Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 26-50. ISBN: 978-85-63265-77-7. Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15261/1/20%20anos%20de%20concess%C3%B5es%20em%20infraestrutura%20no%20Brasil_P.pdf. [Consult. 02 de Fev. 2023]

GASPARINI, Diógenes - **Direito Administrativo**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Cap. 10, p. 532-614. ISBN: 85-02-04044-8.

GOMES, Carla Amado – A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos. In GONÇALVES, Pedro Costa, coord. **Estudos da Contratação Pública - I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 519-567. ISBN 978-97-232-1648-6.

_____ - Da Aceitação de um Regime de Modificação do Acto Administrativo por Alteração Superveniente dos Pressupostos, e do Controlo Jurisdicional desta Competência: Pistas de Reflexão. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 67, n.º 03, dezembro 2007. p. 1041-1089. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65534. [Consult. 25 jul. 2022]

_____ - Legalidade em Tempos Atípicos: Notas sobre a Política Sanitária no Âmbito da Pandemia. **Revista do Ministério Público**. Ano 41, Número Especial COVID, junho 2020. p. 43-77. ISSN 0870-6170.

GONÇALVES, Pedro Costa; colab. MACHADO, Carla; MOREIRA, José Azevedo – **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra : Almedina, 2015. p. 627 p. ISBN 978-972-40-6088-0

GUIMARÃES, Fernando Cezar Vernalha – O Equilíbrio Económico-Financeiro nas Concessões e PPPs: Formação e Metodologias para Recomposição. In MOREIRA, Egon Bockmann, coord. – **Contratos Administrativos, Equilíbrio Económico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno**. [Em linha] São Paulo: Forum, 2016. p. 89-108. ISBN 978-85-450-0168-3. Disponível em <https://doi.org/10.5281/zenodo.5633503>. [Consult. 28 de Jan. 2023]

_____ – Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. In NUNES JR., Vidal Serrano *et al*, coord. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II**. [Em linha] 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. [Consult. 03 de Ago. 2022]

JORDÃO, Eduardo – **Pandemia e Concessões: A Criação de uma Álea “Muito” Extraordinária**. [Em linha]. [sl], [sn], 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/pandemia-e-concessoes-a-criacao-de-uma-alea-muito-extraordinaria-21072020>. [Consult. 08 Fev. 2023]

JUSTEN FILHO, Marçal - **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 654. ISBN 857500087x

_____ – **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 3, p. 917-1130. ISBN: 978-85-203-5145-1.

_____ – **Curso de Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Cap. 8, p. 554-669. ISBN: 978-85-203-6930-2.

_____ – Efeitos Jurídicos da Crise Sobre as Contratações Administrativas. In JUSTEN FILHO, Marçal, coord. – **COVID 19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. p. 8-17. ISBN 978-65-990869-0-8

LEITÃO, Alexandra – **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais**. [Em linha]. Lisboa: [sn], 2012. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf [Consult. 30 Ago. 2022].

LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos - Alocação e Mitigação dos Riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**. [Em linha] Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Volume 49, n.º 02, (mar. – abr. 2015), p. 267-291. ISSN 1982-3134. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/i/2015.v49n2/>. [Consult. 16 Jan. 2022].

LYNCH, Maria Antonieta - Da Cláusula *Rebus Sic Stantibus* à Onerosidade Excessiva. **Revista de informação legislativa**. [Em linha] Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Ano 46, n.º 184 (out. – dez. 2009), p. 7-19. ISSN 0034-835X. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496916>. [Consult. 17 Jul. 2022].

MAÇAS, Fernanda - A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos. In GONÇALVES, Pedro Costa, coord. **Estudos da Contratação Pública - I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 371-430. ISBN 978-97-232-1648-6.

MARTINS, Ana Gouveia - A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas. In MIRANDA, Jorge, coord. – **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia**. Vol. II. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, P. 59-118. ISBN 972-00-321-6042-8.

MELO, Pedro – O Juízo de Eficiência na Alteração de Circunstancias das Parcerias Público-Privadas. In **Estudos de Direito Público**. Lisboa: Coimbra, 2011. p. 35-90. ISBN 978-972-32-1968-5.

_____ – Algumas Reflexões Sobre a Força Maior nos Contratos Administrativos de Concessão de Obras Públicas. In FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico, coord. - **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. Vol. III**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 641-655. ISBN 978-972-40-4903-8.

MELO, Pedro; MAGALHÃES, Sandra Tavares – O Impacto da Pandemia nos Contratos Administrativos: em Especial Empreitadas e Concessões. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo, coord. – **Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção**. Lisboa: AAFDL, 2020. ISBN 978-972-629-552-5. p.515-553.

MENDES, Leonardo Ferreira – Da Aplicação da Teoria da Alteração das Circunstâncias em Razão da Pandemia da Covid-19. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. [Em linha]. Ano 7, n.º 05, 2021, p. 1517-1544. ISSN 2183-539X. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-7-2021-n-5/218>. [Consult. 19 Ago. 2022].

MEYER, Bernardo – **Parcerias Público-Privadas. Uma estratégia Governamental**. 1. ed. São Paulo: Actual; 2021. p. 198. ISBN 978-65-87019-13-0.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. – 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Cap. 3, p. 44-113. ISBN 978-85-97-01129-6.

MORAIS, Carlos Blanco – Declaração e Execução dos Estados de Emergência e de Calamidade Pública em Portugal Durante a Pandemia: Um Direito em Construção? *In* MORAIS, Carlos Blanco; Brito, Miguel Nogueira de; Raimundo, Miguel Assis, coord. – **Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Estruturas do Direito Público**. São Paulo: Almedina, 2022. p.19-80. ISBN 978-65-5627-714-1.

MOREIRA, Egon Bockman - **Contratos de Concessão, Força Maior Extraordinária e Revisão da Matriz De Riscos. Fundamentos Jurídicos e Modo de Usar**. [Em linha]. [sl], [sn]. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. [Consult. 04 Fev. 2023]

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2021. Cap. 18, p. 896-1029. ISBN 978-85-309-9395-5.

PEDRO, Ricardo – Traços Gerais da Indemnização Civil Extracontratual Pública em Contexto de Excepcionalidade. *In* MORAIS, Carlos Blanco; Brito, Miguel Nogueira de; Raimundo, Miguel Assis, coord. – **Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Estruturas do Direito Público**. São Paulo: Almedina, 2022. P.377-411. ISBN 978-65-5627-714-1.

____ – **COVID-19 and State liability in Portugal**. [Em linha]. Lisbon Public Law Working Paper Series, n.º 5, 2022-1. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=4259184> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4259184> [Consult. 08 Mar. 2023]

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach – Pandemia de Covid-19 e o Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões. *In* JUSTEN FILHO, Marçal, coord. – **COVID 19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. 9. p. 40-52. ISBN 978-65-990869-0-8

PINHEIRO, Alexandre Souza - A Jurisprudência da Crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. [Em Linha]. Ano 7, n.º 1, (jan. - jun. 2014). ISSN 1982-4564. p. 168-189. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961>. [Consult. 14 Jan. 2023]

QUINTILIANO, Leonardo David - Princípio da Proteção da Confiança - Fundamentos para Limitação dos Poderes Constituídos na Modificação de Direitos Sociais em Tempo De Crise. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. [Em Linha] São Paulo: [sn]. v. 112, (jan. - dez. 2017) p. 133 - 162. ISSN 0303-9838. Disponível <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/10781>. [Consult. 08 Fev. 2023]

RAMOS, Vasco Moura – O Regime Excepcional e Temporário dos Contratos de Execução Duradoura (Parcerias Público-Privadas). *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo, coord. – **Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção**. Lisboa: AAFDL, 2020. p.747-772. ISBN 978-972-629-552-5.

RIBEIRO, Maurício Portugal - **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** [Em linha]. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em <https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps>. [Consult. 18 Jan. 2023].

_____. – **O Ambiente Privado para Investimentos em Infraestrutura e a Urgente Necessidade de Superar a Discussão sobre de Quem é o Risco dos Impactos da Pandemia nos Contratos Administrativos.** [Em linha]. [sl], [sn], 2020. Disponível em <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-o-ambiente-privado-para-investimentos-em-infraestrutura-e-a-urgente-necessidade-de-superar-a-discussao-sobre-de-quem-e-o-risco-dos-impactos-da-pandemia-nos-contratos-administrativos/> [Consult. 08 Fev. 2023].

RODRIGUES, Nuno Cunha – A Experiência com Parcerias Público-Privadas em Portugal. **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** [Em linha]. Ano 1, n.º 01, 2015, p. 177-189. ISSN 2183-539X. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-1-2015-n-1/156>. [Consult. 06 Set. 2022].

RODRIGUES JR., Otavio Luiz – **A Célebre Lei do Deputado Failliot e a Teoria da Imprevisão.** [Em linha]. [sl], [sn], 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-impreviao>. [Consult. 20 jul. 2022]

SÁNCHEZ, Pedro Fernández – **Estudos Sobre Contratos Públicos.** 1. ed. Lisboa: AAFDL Editora; 2019. Cap. 11, p. 241-263. ISBN 978-972-629-290-6.

SILVA, Zélio Furtado da – **A Admissibilidade da Teoria da Imprevisão na Jurisprudência Brasileira Como Princípio Geral de Direito.** [Em linha]. Recife, 2003. 203 fls. Dissertação de Doutorado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em http://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4213/1/arquivo9538_1.pdf. [Consult. 18 Jul. 2022]

SILVA, José Manuel Braz da – **Parcerias Público-Privadas.** 1. ed. Coimbra: Almedina; 2016. p. 317. ISBN 978-972-40-6114-6.

SOUZA, Lúcia Maria Cruz – **Evolução e Reflexos das Parcerias Público-Privadas na Administração Pública – Um Estudo Comparativo Entre Brasil e Portugal.** [Em linha] Porto, 2015. 62 fls. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade do Porto. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/81510/2/37260.pdf>. [Consult. 02 de Jan. 2023]

TAVARES, José F.F. – O Regime Jurídico-Financeiro no Estado de Exceção – A Necessidade de “Fast-Law” para Situações Emergentes. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo, coord. – **Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção.** Lisboa: AAFDL, 2020. p.905-922. ISBN 978-972-629-552-5.

TERRINHA, Luís Heleno – Parcerias Público-Privadas e Alocação do Risco. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas.** [Em linha] Porto: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, 2011, p.109-127. Disponível em <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/979>. [Consult. 16 Nov. 2022]

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU – **Relatório Especial n.º 09/2018. Parcerias Públicas Privadas na EU: Insuficiências Generalizadas e Benefícios Limitados.** [Em linha]. Bruxelas. 2018. Disponível em <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ppp-9-2018/pt/>. [Consult. 18 Jan. 2023]

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL – **Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP.** [Em linha]. Portugal. 2008. Disponível em https://www.unifesp.br/reitoria/dci/images/DCI/revistas/Entreteses/guia_referencias_ABNT_2014.pdf. [Consult. 01 de Fev. 2023]

ATOS NORMATIVOS

Código Civil Brasileiro: Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. [Em linha] Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. [Consult. 22 Jul. 2022]

Código Civil Brasileiro: Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. [Em linha] Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. [Consult. 26 Jul. 2022]

Código Civil Português. Aprovado por Carta de Lei em 1º de julho de 1867. [Em linha]. Disponível em <https://purl.pt/12145/4/>. [Consult. 22 Jul. 2022]

Código Civil Português: Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. [Em linha] Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. [Consult. 22 Jul. 2022]

Código dos Contratos Públicos: Decreto-Lei n.º 18, de 31 de agosto de 2017. [Em linha] Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>. [Consult. 17 Ago. 2022]

Decreto n.º 19.573, de 07 de janeiro de 1931. [Em linha]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19573-7-janeiro-1931-531980-publicacaooriginal-82823-pe.html> [Consult. 26 Jul. 2022]

Decreto n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933. [Em linha]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23501-27-novembro-1933-500678-norma-pe.html> [Consult. 26 Jul. 2022]

Decreto n.º 24.150, de 24 de abril de 1934. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24150.htm [Consult. 26 Jul. 2022]

Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm [Consult. 17 Ago. 2022]

Decreto-Lei n.º 55/1999, de 26 de fevereiro. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/55-1999-165241>. [Consult. 15 Jan. 2023]

Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril. [Em linha]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1237&tabela=leis&so_miolo=. [Consult. 06 Jan. 2023]

Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2012-122777667>. [Consult. 06 de Jan. 2023]

Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2020-132936675-202132145>. [Consult. 06 de Jul. 2022]

Decreto-Lei n.º 66-A/2022, de 30 de setembro. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/66-a-2022-201773286>. [Consult. 06 de Jul. 2022]

Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-presidente-republica/14-a-2020-130399862>. [Consult. 06 de Jul. 2022]

Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 02 de abril. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-presidente-republica/17-a-2020-131068115>. [Consult. 06 de Jul. 2022]

Lei n.º 71, de 24 de maio de 1988. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/71-1988-374423> [Consult. 10 Jan. 2023]

Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. [Em Linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm [Consult. 20 Ago. 2022]

Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. [Em Linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm [Consult. 01 Fev. 2023]

Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. [Em Linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/111079cons.htm [Consult. 16 Jan. 2023]

Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm; [Consult. 02 Fev. 2023]

Lei n.º 14.133, de 1º de abril 2021. [Em Linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm [Consult. 20 Ago. 2022]

FONTES JURISPRUDENCIAIS

BARROSO, Roberto Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n.º 902.910, de 06 de novembro de 2018. [Em linha]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur394555/false>. [Consult. 11. Jan. 2023]

CADILHA, Carlos Fernandes Relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional Português**, com o n.º 187/2013, de 04 de abril de 2013. [Em linha]. Disponível em <https://files.dre.pt/1s/2013/04/07800/0232802423.pdf>. [Consult. 14 Jan. 2023]

CAMPELO, Valmir Relat. – **Acórdão do Tribunal de Contas da União**, com o n.º 1928/2011, de 27.02.2011. [Em linha]. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1189886%22>. [Consult. 10. Fev. 2023]

CEDENHO, Antônio Relat. – **Acórdão do Tribunal Regional da 3ª Região**, no Agravo de Instrumento n.º 5000037-82.2021.4.03.0000. [Em linha]. Disponível em <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/199666476>. [Consult. 27 Nov. 2021]

COSTA, Ribeiro Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n.º 11.415, de 13 de setembro de 1948, [Em linha]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac25356/false>. [Consult. 19. Ago. 2022]

DIAS, Artur Relat. – **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra**, com o n.º 1097/12.6TBMGR.C1, de 13 de maio de 2014. [Em linha]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4582f01a7b63e5e680257cde0032a112?OpenDocument>. [Consult. 15 Mar. 2023]

FARIA, Gurgel de Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**, Agravo em Recurso Especial n.º 1.139.146/RJ, de 25 de junho de 2019. [Em linha]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802886343. [Consult. 12 Jan. 2023]

FUX, Luiz Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial n.º 744.446/DF, de 19 de novembro de 2002. [Em linha]. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200200898074>. [Consult. 20 Ago. 2022]

HUNGRIA, Nelson Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n.º 18.518, de 24 de novembro de 1952. [Em linha]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur68421/false>. [Consult. 29. Jul. 2022]

JARMELA, Catarina Relat. – **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul**, com o n.º 2017-07-05 (Processo n.º 08873/12), de 05 de julho de 2017. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/08873-2017-116183891>. [Consult. 06 de Jul. 2022]

LEWANDOWSKI, Ricardo Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal**, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.363, de 17 de abril de 2020. [Em linha]. Disponível em

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=754462782>.
[Consult. 14. Jan. 2023]

MARIANO, João Cura Relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional Português**, com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/353-2012-179500>. [Consult. 14 Jan. 2023]

MARTINS, Humberto Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial n.º 744.446/DF, de 17 de abril de 2008. [Em linha]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500662867. [Consult. 20 Ago. 2022]

RAMOS, Alexandre Luiz Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal do Trabalho**, Agravo em Agravo em Recurso de Revista n.º 129-26.2020.5.05.0491, de 14 de dezembro de 2020. [Em linha]. Disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#d7c399101a6c73e61c07797375f369b9>. [Consult. 11 Jan. 2023]

RIBEIRO, Joaquim de Sousa Relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional Português**, com o n.º 396/2011, de 17 de outubro de 2011. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/396-2011-3036937>. [Consult. 14 Jan. 2023]

SANTOS, Cristina Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**, com o n.º 0136/20.1BALSB, de 18 de fevereiro de 2021. [Em linha]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2a79b64e8a145d9c80258688005c2f92?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1. [Consult. 14 Jan. 2023]