

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**FELIPE PEREIRA MARTINS DE SOUSA**

**REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE PARCERIA  
PÚBLICO PRIVADA**

Uma análise doutrinária e prática frente a pandemia do Covid-19

SÃO PAULO - SP

2023

FELIPE PEREIRA MARTINS DE SOUSA

**REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE PARCERIA  
PÚBLICO PRIVADA**

Uma análise doutrinária e prática frente a pandemia do Covid 19

TRABALHO APRESENTADO NO CURSO  
DA GRADUAÇÃO NO CURSO DE  
DIREITO DA PONTÍFICA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO  
PAULO.

ORIENTADOR: DR. JACINTHO ARRUDA  
CÂMARA

SÃO PAULO - SP

2023

## DEDICATÓRIA

Esse trabalho é dedicado a todos os meus familiares e, em especial, aos meus pais, Ulisses e Patricia, que me emprestaram seus ombros para que pudesse enxergar mais longe.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Ulisses e Patricia, por todo o amor e carinho que vocês me proporcionam. Cada conquista minha é fruto do trabalho de vocês e espero fazê-los orgulhosos.

Aos meus avós, Benedito, Severino e Vânia, todos deveriam ter a experiência de ter avós como vocês. E um agradecimento especial à minha querida Vó Theresa, apesar de infelizmente não estar mais aqui ao meu lado, suas aulas de português me acompanharam ao longo do presente trabalho e, com certeza, fazem parte de todas as minhas conquistas.

Aos meus irmãos, Arthur, Guilherme e Thiago, pela eterna parceria e irmandade, a vinda de vocês para São Paulo alegrou os meus dias.

Aos meus amigos da PUC, após compartilharmos histórias, risadas e angústias, estamos encerrando um ciclo que iniciamos juntos e, nessa próxima fase da vida, espero contar com vocês para aproveitá-la.

Como não poderia deixar de ser, um agradecimento especial aos meus amigos de São Luís-MA, a saudade é diária e saibam que, mesmo de longe, estou aqui sempre na torcida pelo sucesso de cada um de vocês.

À minha namorada, Letícia, nenhuma distância é capaz de diminuir o nosso amor, obrigado por se fazer estar presente todos os dias.

Por fim, um agradecimento ao escritório Wald, que não só contribui para o meu amadurecimento na vida profissional, como também, sem a sua vasta e rica biblioteca o presente trabalho tornar-se-ia ainda mais árduo.

## RESUMO

Este trabalho possui o objetivo de analisar os aspectos gerais do equilíbrio econômico-financeiro e da matriz de risco dos contratos de Parceria Público-Privada, modalidade de concessão de serviço público. A partir disso, pretende-se aplicar os conceitos explorados frente às consequências advindas da pandemia do Covid-19. Compreendido tal ponto, será realizada a análise da matriz de risco do Contrato de Concessão Patrocinada para implantação e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas.

Palavras-chave: Concessões. Parcerias Público-Privadas. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Matriz de risco. Pandemia.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the general aspects of the economic-financial balance and risk matrix of Public-Private Partnership contracts, a form of public service concession. Subsequently, it intends to apply the concepts explored in light of the consequences arising from the Covid-19 pandemic. Once this point is understood, the risk matrix analysis of the Sponsored Concession Contract for the implementation and operation of the Salvador and Lauro de Freitas Metropolitan System will be carried out.

Keywords: Keywords: Concessions. Public-Private Partnerships. Economic-Financial Balance. Risk Matrix. Pandemic

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1. Contextualização do tema.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2. Objeto da pesquisa e metodologia.....</b>	<b>10</b>
<b>2. ORIGENS DO INSTITUTO DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO BRASIL....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. Histórico e evolução da modalidade .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. Objetivo com instauração da PPP no Brasil .....</b>	<b>13</b>
<b>3. O CONTRATO DE PPP .....</b>	<b>14</b>
<b>3.1. Partes .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2. Natureza jurídica .....</b>	<b>16</b>
<b>3.3. Cláusulas .....</b>	<b>19</b>
<b>3.4. Equilíbrio econômico-financeiro .....</b>	<b>20</b>
<b>3.5. A matriz de risco .....</b>	<b>23</b>
<b>4. ANÁLISE PRÁTICA: CONTRATO SMSL .....</b>	<b>29</b>
<b>4.1. Objeto e noções gerais .....</b>	<b>29</b>
<b>4.2. Matriz de risco .....</b>	<b>30</b>
<b>5. A PANDEMIA DO COVID-19 E A MATRIZ DE RISCO DA PPP .....</b>	<b>34</b>
<b>6. FUNCIONAMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO MOTIVADO PELA PANDEMIA DO COVID-19: INTERPRETAÇÃO DA MATRIZ DE RISCO DO CONTRATO SMSL .....</b>	<b>36</b>
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>37</b>
Referências Bibliográficas .....	38

## 1. INTRODUÇÃO

As Parcerias Público-Privadas (“PPPs”), de um modo simplista, representam uma das formas pelas quais a Administração Pública convida o particular a explorar um serviço público e fornecê-lo à população.

Ela está inserida entre as modalidades de contrato de concessão, nos quais um serviço público de responsabilidade do Estado, passa a ser fornecido à sociedade por meio da iniciativa privada, que assume os investimentos para implementação do serviço e receberá o pagamento diretamente dos usuários, por meio das tarifas.

Nesse sentido, no Brasil, tal arranjo foi positivado em nosso ordenamento jurídico a partir da promulgação da Lei nº 11.079/04 (“Lei das PPPs”) e, na última década, as PPPs representaram 25% (vinte e cinco por cento) do gasto total de infraestrutura no país, sendo o Brasil eleito como o melhor país para desenvolvimento de tal modelo de concessão na América Latina e Caribe, conforme dados apresentados no relatório Infrascopes divulgado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pela revista *The Economist*.<sup>1</sup>

Sendo assim, ante o princípio da continuidade do serviço público, definido por BANDEIRA DE MELLO como “*a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido*”<sup>2</sup>, as concessionárias, no âmbito de concessões de transporte público, viram-se obrigadas a continuar a prestar o serviço de locomoção de passageiros, mesmo diante de uma demanda inferior à anteriormente prevista, em razão das adoção de políticas públicas para enfrentamento da pandemia do Covid-19, entre 2020 e 2021.

Ao passo que não se questiona o acerto do Poder Público na adoção das políticas de isolamento social para impedir a disseminação do vírus, contratos como os de PPP do sistema metroviário têm sua equação econômico-financeira desbalanceada devido a essa inesperada redução no número de usuários do

---

<sup>1</sup> BRASIL. Desconhecido. Ministério da Economia. **Brasil lidera o ranking do relatório Infrascopes sobre a evolução de projetos de Parcerias Público-Privadas na América Latina e Caribe**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi/noticias-1/brasil-lidera-o-ranking-do-relatorio-infrascopes-sobre-a-evolucao-de-projetos-de-parcerias-publico-privadas-na-america-latina-e-caribe#:~:text=O%20documento%20destacou%20que%20o,totale%20em%20infraestrutura%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 15 out. 2023.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 624.

transporte público. Isso pois tal relação econômica é elaborada no momento da proposta, com base no contexto socioeconômico existente no momento da licitação.

Nesse cenário, o presente trabalho, ante a imprevisibilidade da pandemia do Covid-19, por meio da análise contratual de uma concessão do sistema metroviário, irá buscar identificar se tal avença, apesar de extemporânea à Covid-19, possui mecanismos sofisticados e aptos suficientes para lidar com esse desequilíbrio gerado.

### 1.1. Contextualização do tema

Como será visto adiante, um dos principais elementos inseridos na matriz de risco de contratos de PPPs do setor metroviário é a demanda efetivada, de acordo com a demanda projetada durante o procedimento licitatório.

Nesse contexto, com o surgimento da pandemia do Covid-19, que levou o Brasil a um estado de calamidade pública em março de 2020<sup>3</sup>, o país atravessou um período de edição de leis e normas com o objetivo de combater a pandemia e garantir o isolamento social, a principal medida encorajada pelas organizações de saúde no combate ao vírus, sendo o *lockdown* uma das estratégias mais utilizadas pelos Estados.

Por conseguinte, houve uma drástica redução nos números de circulação de pessoas e, como não poderia deixar de ser, uma vertiginosa queda nos usuários dos serviços públicos de transporte.

Diante disso, a Covid-19 representa uma verdadeira distorção tanto da matriz de risco, quanto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos metroviários na modalidade PPP, de modo que, por um lado, o particular estará sujeito a um enorme prejuízo proveniente da não utilização do transporte público. Contudo, de outro, a Administração Pública esteve diante de uma situação de inesperado incremento de despesas para combate aos efeitos da pandemia no Brasil.<sup>4</sup>

Nesse sentido, ante o inegável desequilíbrio econômico-financeiro causado, será que os contratos existentes, no âmbito do setor metroviário, são capazes de

---

<sup>3</sup> Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020 (DOU 20.03.2020, Seção 1 – Extra, pag. 1).

<sup>4</sup> Pierre Triboli. **Gastos do governo com pandemia chegam a R\$ 38,2 bi na Saúde e R\$ 2,7 bi na Cultura**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/701831-gastos-do-governo-com-pandemia-chegam-a-r-382-bi-na-saude-e-r-27-bi-na-cultura/>. Acesso em: 15 out. 2023.

possuir, em sua matriz de risco, previsão para quem seria responsável por arcar com esse ônus econômico?

Para responder tal pergunta, será analisado o Contrato de concessão patrocinada firmado entre o Governo da Bahia e a Companhia do Metrô da Bahia (“Contrato SMSL”).

## **1.2. Objeto da pesquisa e metodologia**

Frente à contextualização realizada no tópico anterior, o presente trabalho objetiva realizar uma análise da natureza e características de um contrato de PPP para, assim, analisar sobre a forma e efeitos do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de PPP, no âmbito do sistema metroviário, com foco no entendimento dos efeitos da pandemia do Covid-19 dentro da equação econômico-financeira e da matriz de risco.

Para tanto, inicialmente, será apresentada uma breve contextualização sobre a origem das PPPs no Brasil, destacando suas peculiaridades e vantagens tanto para a Administração Pública, quanto para o particular. Em seguida, serão examinados os fundamentos legais atinentes ao contrato de PPP.

Posteriormente, serão abordados os elementos do contrato de PPP, com especial enfoque para a alocação de riscos dentro da avença, detalhando a classificação desses riscos e como eles são compartilhados entre as Partes, bem como as consequências jurídicas de tais arranjos.

Na sequência, será apresentado um breve delineado sobre as especificidades do setor metroviário, no âmbito das PPPs, com análise da matriz de risco do Contrato SMSL.

## **2. ORIGENS DO INSTITUTO DA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO BRASIL**

### **2.1. Histórico e evolução da modalidade**

A partir da década de 80, o Estado, devido a crise de financiamento percebida ao redor do mundo, perdeu sua capacidade de realizar investimentos nos setores de infraestrutura e serviços públicos.

Nesse passo, ocorreu a transição do modelo burocrático para o modelo gerencial da Administração Pública, sendo esse uma tentativa do Estado de reduzir os custos incorridos com a administração e, ao mesmo tempo, tornar-se mais eficiente no atendimento dos anseios da sociedade.

Reflexo disso, o Brasil, por meio do Programa Nacional de Desburocratização<sup>5</sup>, iniciou um movimento de desestatização, no intuito de reduzir o inchaço estatal, e, assim, aumentar seus lucros.

Na sequência, o presidente Fernando Collor de Mello editou o Programa Nacional de Desestatização<sup>6</sup> (“PND”) que, já em seu art. 1º, I, elenca como um dos seus principais objetivos: “*reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*”. Não só isso, o PND determinou, em seu art. 7º, expressamente que para a privatização de empresas que prestam serviços públicos seria necessária “*a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração*”.

Contudo, a primeira experiência brasileira não foi satisfatória, como bem pontua Aragão (2012, p. 1):

Ocorre que, mesmo após as desestatizações da década de noventa, o Estado manteve-se em grave crise fiscal, sujeito a uma grande dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que todos conhecemos, com o que, em mais uma frustração da cidadania, nem aqueles serviços públicos essenciais passaram a ter verba para poderem ser prestados como deveriam. O problema hoje é que, para essa crise fiscal ser pelo menos mitigada, o País tem que crescer, e, para tanto, precisa reformar e ampliar a sua infraestrutura, para o que, no entanto, continua sem os recursos suficientes e com a capacidade de endividamento esgotada. Busca-se uma saída para esse impasse: para crescer e sair da crise financeira o Estado tem que investir em infraestrutura, mas não tem como financeiramente realizar tais investimentos.

Sobre esse momento econômico brasileira, sinaliza FROÉS (2006, p. 248):

A experiência brasileira das décadas de 80 e 90 do século XX demonstrou que a queda da taxa média de crescimento do PIB (8.2% na década de 70,

<sup>5</sup> BRASIL. **Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979**. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. . Brasília, DF, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d83740.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm). Acesso em: 18 out. 2023.

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.031%2C%20DE%2012%20DE%20ABRIL%20DE%201990.&text=Cria%20o%20Programa%20Nacional%20de,Art..](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.031%2C%20DE%2012%20DE%20ABRIL%20DE%201990.&text=Cria%20o%20Programa%20Nacional%20de,Art..) Acesso em: 18 out. 2023.

4,5% nos anos 1980, contra 3,2% nos anos 1990) esteve acompanhada da diminuição dos investimentos na economia. O declínio dos investimentos deu-se a partir de uma média de participação de 23% do PIB nos anos 1970, para 18% nos anos 1980. Entre 1990 e 1995 a taxa de investimento chegou a apenas 15% do PIB. Não foi coincidência a formação de capital na infraestrutura pública (principalmente nos setores de telecomunicações, energia elétrica e transportes) ter sido significativamente afetada neste período, caindo de uma média anual de 7,4% do PIB em 1980/1982 para somente 5.5% em 1991/1995. (...) Os investimentos na infraestrutura pública brasileira, realizados à época sob responsabilidade quase que exclusiva do Setor Público (Quadro 5), foram também drasticamente reduzidos. As inversões em energia elétrica, que em 1980 haviam somado US\$ 4,6 bilhões, caíram para cerca de um quarto deste valor em 1995. No setor de transportes o declínio foi ainda mais marcante: os investimentos em 1995 representaram pouco mais de um décimo do valor de 1980. Até em telecomunicações - onde as dificuldades de financiamento foram menores - o incremento nos investimentos não acompanhou o crescimento do PIB, apesar de haver elevado déficit desses serviços.

Apesar do insucesso das políticas iniciais de desestatização, mais especialmente do PND, foi a partir dele que o Estado brasileiro passou a utilizar a concessão como forma de impulsionar o desenvolvimento econômico, visto que, a partir dessa nova parceria com a iniciativa privada, a Administração Pública conseguiria realizar os avanços em infraestrutura necessários para a evolução do país, assim como, evitava o crescimento do seu endividamento.<sup>7</sup>

Sobre isso, ensina VERNALHA (2012, p. 17):

Numa segunda etapa desse processo, o contraponto da ausência de suficiente fluxo de recursos públicos à necessidade de expansão e desenvolvimento dos Estados, calcado primordialmente na execução de obras e serviços de infraestrutura, conduziu à busca por novos instrumentos de financiamento do setor público. (...) No Brasil não foi diferente, tendo o Estado nacional de recorrer a essa modalidade de contratação de molde a superar os óbices a um crescimento sustentado, cumprindo-se políticas desenvolvimentistas.

Nesse contexto, portanto, em um primeiro momento, foi editada a Lei nº 8.987/95 (“Lei das Concessões”), regulamentando o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Contudo, como os resultados da referida lei ainda não foram satisfatórios, no intuito de tornar-se mais atrativo para os investimentos da iniciativa privada nos setores de serviço público e infraestrutura, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em seu primeiro mandato, promulgou a Lei nº 11.079/04 (“Lei das PPPs”), a qual introduziu as normas gerais para licitação e

---

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas - PPPs No Direito Positivo Brasileiro. **Revista dos Tribunais**: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, [s. l.], v. 5, nov. 2012., p. 488.

contratação das PPPs no Brasil, assim, criando duas modalidades de concessão: patrocinada ou administrativa.

## 2.2. Objetivo com instauração da PPP no Brasil

Com a sanção da Lei das PPPs, o presidente Lula foi enfático:<sup>8</sup>

Se o Estado não pode, vamos fazer parceria para a iniciativa privada fazer. Do ponto de vista do povo, ele não quer saber se foi o dinheiro do Estado ou dinheiro privado; quer saber se está vendo o filho dele brincar numa rua sem esgoto a céu aberto, ou com esgoto tratado, água encanada, potável, de boa qualidade.

Apesar do tom populista, a fala do presidente traz o principal objetivo com a instauração das PPPs no Brasil: a realização de parcerias com a iniciativa privada nos investimentos nos setores de infraestrutura e na exploração do serviço público.

Sobre a dinâmica desses projetos, bem pontuam QUEIROZ e ALVARENGA (2006, p. 642):

Trata-se de projetos do Setor Privado nos quais as próprias empresas têm interesse, e que simultaneamente redundam em benefício para a política de desenvolvimento. Devido ao interesse próprio no êxito econômico em longo prazo de seu projeto, são primeiro as empresas, nacionais ou estrangeiras, as que investem recursos próprios no projeto - a saber: capital, especialistas e conhecimentos. A Administração Pública apoia esses projetos, entendendo representarem forte componente de fomento do desenvolvimento. Dessa parceria deriva para a empresa e para o governo um benefício maior do que caso realizassem uma atividade só pública ou só privada. (...) As parcerias público-privadas são reflexos das debilidades que os Estados têm na obtenção de recursos que permitam a realização de obras e certos serviços públicos sem sua privatização. Na perspectiva de se buscar uma nova dimensão na captação de recursos que possibilitem aquilo que hoje o Poder Público não tem condições de realizar é que surgem as parcerias público-privadas, buscando ampliar o campo de colaboração como o universo privado.”

Ainda sobre os objetivos governamentais com a Lei das PPPs, RIBEIRO e PRADO (2007, p. 31/32), apontam dois pontos cruciais à Administração:

Do ponto de vista do marco legal, havia dois objetivos principais. Em primeiro lugar, era preciso abrir espaço para viabilizar a implementação de projetos incapazes de, por si sós, alcançarem a auto-sustentabilidade financeira,<sup>21</sup>

<sup>8</sup> SOLIANI, André; SCOLESE, Eduardo. **Lula sanciona lei das PPPs, mas obras só virão em 2006**. 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3112200411.htm>. Acesso em: 24 out. 2023.

apesar do seu alto retorno econômico e social. Nesse sentido, a Lei de PPP passou a admitir a realização de pagamento de subsídio pela Administração aos concessionários de serviços públicos em projetos que não se sustentam com a mera cobrança de tarifas. Além disso, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos, que é o limite trazido pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos para as contratações tradicionais de serviços e obras pela Administração. Tratava-se de permitir expressamente a utilização da estrutura econômica das concessões de serviço público para a contratação de serviços antes submetidos ao regime contratual previsto na Lei 8.666/1993.

Ou seja, por um lado, a Administração Pública está diante de uma possibilidade de ampliar sua política de desenvolvimento econômico, enquanto, de outro, a iniciativa privada recebe a oportunidade de explorar um serviço público que, normalmente, estaria nas mãos do Estado por um período suficiente para, não só recuperar o investimento inicialmente realizado (nos termos do art. 5º, I, da Lei das PPPs, o prazo de vigência do contrato deverá ser compatível com a amortização dos investimentos realizados, desde que não seja inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos), como também angariar lucro com o projeto, tendo em vista que sua receita não estará restrita apenas às tarifas pagas pelos usuários e poderá receber subsídios da Administração para execução do projeto.<sup>9</sup>

Diante disso, é possível dizer que as PPPs possuem como objetivo criar um arranjo contratual e obrigacional entre Administração Pública e iniciativa privada, no intuito de implantar ou gerir determinado serviço público, de modo que o financiamento, a responsabilidade pela instauração e exploração cabem, no todo ou em parte, ao particular.

### **3. O CONTRATO DE PPP**

#### **3.1. Partes**

Para fins de padronização da nomenclatura a ser utilizada adiante, nesse primeiro momento, iniciar-se-á apontando os participantes do contrato de PPP.

---

<sup>9</sup> PINTO, Marcos Barbosa. **Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina Legislativa.** In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 31.

Primeiro, poderão figurar na qualidade de parceiro público e, portanto, celebrar o contrato de PPP aqueles listados no art. 1º, parágrafo único, da Lei das PPPs, a saber:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 2004).

Ao assumirem essa posição, o parceiro público recebe a denominação de “Poder Concedente”. Sobre as competências do Poder Concedente, aponta VERNALHA (2012, p. 123):

A posição jurídica do Poder Concedente envolve uma multiplicidade de competências, relacionando poderes para (a) legislar sobre o serviço público, inclusive autorizando legislativamente a outorga e, também, acerca de providências inerentes à concessão e dependentes de autorização legislativa, como a encampação; (b) a regulamentação do serviço público; (c) exercer a sua efetiva prestação; (d) planejar e fiscalizar a delegação, interna e externamente à delegação; e (e) conceder e exercer todas as competências imperativas que detém sobre a relação de concessão.

Do lado do particular, deverá o parceiro privado além de deter condições para o financiamento, implementação e a exploração total ou parcial do projeto, antes da celebração do contrato, constituir Sociedade Propósito Específico (“SPE”) para gerir a parceria, nos termos do art. 9º, caput, da Lei das PPPs.

Ou seja, no contrato de PPP, quem figurará como ente privado no projeto é a própria SPE constituída para sua efetivação, e, portanto, podem ser pessoas diversas o licitante vencedor do certame e aquele contratado como “Concessionário”. Sobre tal situação, assinala ALMEIDA (2011, p. 101):

Obviamente o contratado (concessionário) não poderá ser qualquer pessoa, mas empresa constituída pelo licitante - individual ou consórcio - vencedor, o que não viola o sentido da licitação, mas também não nega o fato de "criador" e "criatura" serem pessoas jurídicas diversas.

Sobre a SPE, o art. 9º da Lei das PPPs impõe as determinações a serem obrigatoriamente seguidas pelo Poder Concedente e Concessionário, quais sejam: a necessidade de previsão no edital sobre a forma de transferência do controle da SPE (art. 9, § 1º); a adoção de padrões de governança corporativa e de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas (art. 9º, § 3º); a proibição da Administração Pública ser titular da maioria do capital votante da SPE (art. 9º, § 4º). Ainda, a SPE “*poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado*” (art. 9, § 2º, Lei das PPPs).

### 3.2. Natureza jurídica

O art. 2º, caput, da Lei das PPPs estabelece o seguinte: “*Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*”.

A partir do conceito legal, é possível explicar a natureza jurídica de tal instituto com a decomposição dos termos adotados pelo legislador, a saber: contrato administrativo e concessão.

Sendo assim, segundo JUSTEN FILHO, enquanto o contrato administrativo em sentido amplo representa um acordo de vontade da Administração Pública, no qual são criados direitos e obrigações, conforme facultado legislativamente, o contrato administrativo em sentido restrito seria um acordo de vontades, no intuito de criar uma relação jurídica, a fim de que sejam satisfeitas, diretamente, necessidades da Administração Pública ou seja formada uma delegação a um particular da prestação de um serviço público.<sup>10</sup>

Ainda sobre essa distinção entre as espécies de contrato administrativo, leciona DI PIETRO (2011, p. 254):

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

---

<sup>10</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 469 e 477

Nesse passo, como as PPPs, conforme exposto anteriormente, são uma forma pela qual a Administração Pública efetiva sua política de desenvolvimento econômico com a delegação da instauração, investimento e exploração do serviço público ao particular, infere-se que a PPP está inserida na espécie do contrato administrativo em sentido restrito.

Nesse cenário, o texto legal concedeu à PPP o caráter de concessão de serviço público. Assim, seria a concessão de serviço público, segundo BANDEIRA DE MELLO (2023, p. 639):

é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Para MEIRELLES, seria o contrato administrativo de concessão (2012, p. 435):

um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente.

No entanto, como bem alerta ARRUDA CÂMARA, tais conceitos remetem à ideia da concessão comum, criado a partir da entrada em vigor da Lei das PPPs, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a concessão patrocinada e administrativa.<sup>11</sup>

Por conseguinte, as PPPs representam uma nova modalidade de concessão de serviço público, de forma que o próprio texto legal trouxe a diferenciação entre tal instituto e a concessão comum:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

---

<sup>11</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. **Contratos de concessão de serviço público e afins**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V. 6, P. 410/411

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (BRASIL, 2004). (BRASIL, 2004)

Acerca da concessão administrativa, para o presente estudo, a definição legal é suficiente, uma vez que o contrato analisado no tópico 4 refere-se a uma concessão patrocinada.

Com relação a concessão patrocinada, observe-se, a partir do texto legal, que a distinção entre a modalidade e a concessão comum reside na forma de remuneração do concessionário, naquela, além da remuneração tarifária paga pelos usuários do serviço público, a concessionária receberá uma contraprestação pecuniária paga pelo Poder Concedente. Nesse sentido, conceitua DI PIETRO (2011, p. 310):

é possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Nesse contexto, apesar de ser a PPP uma modalidade de concessão especial<sup>12</sup>, ela será regida subsidiariamente pela Lei de Concessões, nos termos do art. 3ª, § 2º, da Lei das PPPs, tendo em vista que, ao final do dia, a concessão patrocinada nada mais é que a concessão de serviços públicos econômico. Essa relação de subsidiariedade entre os textos legais, segundo RIBEIRO e PRADO, trouxe segurança jurídica para o ambiente de instituição do instituto, uma vez que, assim (2007, p. 74):

a Lei 11.079/2004 criou condições de encaixe perfeito das PPPs no desenho constitucional e legal das atividades econômicas cujo exercício pela iniciativa privada se faz por delegação estatal: os serviços públicos. Em suma, onde quer que a lei ou a Constituição permitam a realização de concessão para a delegação da prestação de serviços públicos será cabível a contratação de PPP. Isso porque a Lei de PPP em nada modificou o espectro de atividades cuja titularidade é atribuída ao Estado.

---

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2012, p. 450.

Sobre o tema, SUNDFELD, compartilha o mesmo entendimento ao consignar que o objetivo do legislador foi “*empregar em novos objetos a estrutura contratual e lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões*”.<sup>13</sup>

Diante do exposto, infere-se que a PPP, em sua modalidade patrocinada, possui a natureza jurídica de contrato administrativo (regido pela Lei das PPPs e, no que couber, pela Lei das Concessões), visto que representa a avença contratual por meio da qual a Administração Pública, de um lado, concede ao particular o direito de explorar serviço público, diferenciando-se da modalidade de concessão comum pelo fato de que a remuneração do parceiro privado será composta pela receita tarifária e de contraprestação pecuniária paga pelo Poder Concedente.

### 3.3. Cláusulas

No âmbito das PPPs, as principais cláusulas a estarem presentes no instrumento contratual são as apontadas no art. 23 da Lei das Concessões, nos termos do caput do art. 5º da Lei das PPPs, além das cláusulas adicionais previstas em seus incisos. Veja-se:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever... (BRASIL, 2004).

O art. 23 da Leis das Concessões apresenta as cláusulas gerais que deverão constar em qualquer contrato de concessão, das quais destaca-se as disposições relativas a: a) procedimentos para o reajuste e a revisão tarifária; b) os casos de extinção da concessão; c) forma de cálculo e pagamento das indenizações devidas à concessionária; d) o procedimento para prestação de contas da concessionária ao poder concedente; e e) exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária.

---

<sup>13</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFLED, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 33.

Por sua vez o art. 5º da Lei das PPPs apresenta as cláusulas especiais e específicas que deverão constar no contrato de concessão patrocinada ou administrativa. Dessas, destaca-se: a) a necessidade de o prazo de vigência do contrato ser compatível com a amortização dos investimentos, desde que não seja inferior a 5 anos ou superior a 35 anos; e b) a repartição de riscos entre as partes, inclusive com a alocação das hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Ainda, importante consignar que a contraprestação da Administração Pública dirigida ao concessionário deve ser, obrigatoriamente, precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato, nos termos do art. 7º, caput, da Lei das PPPs. Tal disposição coaduna com o objetivo das PPPs de não onerar o poder concedente durante a projeção e implantação do objeto contratual.<sup>14</sup>

Além disso, devem ser consideradas as cláusulas essenciais para os contratos públicos, previstas na Lei n. 8.666/93, de forma, que, no total, deverão estar presentes no contrato de PPP cerca de 30 cláusulas obrigatórias.<sup>15</sup>

Por último, é digno de nota o encorajamento do legislador à adoção de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos do art. 11, III, da Lei das PPPs.

### **3.4. Equilíbrio econômico-financeiro**

Ao tratar das disposições gerais referentes à Administração Pública, a Constituição Federal, em seu art. 37, além de estabelecer que ela obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ao tratar sobre o processo de licitação pública, atesta o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)  
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

---

<sup>14</sup> NETO, José Cretella. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 67.

<sup>15</sup> NETO, op. cit., p. 51.

condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

A partir da norma constitucional acima, observe-se que a Administração Pública possui a obrigação de manter as condições efetivas da proposta ao vencedor da licitação, de modo que para cumpri-la, deverá o poder público manter as condições do equilíbrio econômico-financeiro pactuados inicialmente. Dessa forma, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em primeiro lugar, é uma exegese do texto constitucional.<sup>16</sup>

Nesse cenário, a regra constitucional foi amplamente refletida na legislação federal. A Lei das Concessões é expressa ao consignar que “*sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*”<sup>17</sup>.

Nesse sentido, defende MEIRELLES ser o equilíbrio econômico-financeiro (2012, p. 225):

a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.

Não só isso, segundo BANDEIRA DE MELLO, essa equação econômico-financeira do contrato “*é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá*”.<sup>18</sup>

Diante desses conceitos, possível é inferir que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito do concessionário, de forma que a manutenção dessa expressão econômica deve ser respeitada no decorrer da execução da avença.

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 549.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei nº 8.987, de 14 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 27 out. 2023

<sup>18</sup> MELLO, op. cit., p. 561.

Não obstante, a proteção ao equilíbrio financeiro do contrato, não só busca resguardar o concessionário, mas também objetiva permitir a continuidade do serviço público, a fim de que ele siga sendo prestado com eficiência à sociedade<sup>19</sup>, e resguardar a Administração Pública, uma vez que plenamente possível, em hipóteses de desequilíbrio econômico, surgir situação em que deverá o parceiro privado recompor a equação financeira do contrato.<sup>20</sup>

No âmbito das PPPs, por tratar-se de um contrato administrativo em sentido restrito, também deverá ser aplicada a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>21</sup>

Nessa modalidade, entretanto, apesar da existência do dever de mantê-la incólume, não significa que a equação econômico-financeira será imutável. Isso porque, principalmente no regime dos contratos de concessão de serviços públicos, nos quais, não só os prazos de duração são longos e os objetos contratuais são complexos, como também, as partes estão sujeitas a riscos inerentes e estranhos à avença, o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve considerar as condições do contrato e o contexto econômico-financeiro no qual o projeto está inserido, sob o risco de, caso desconsiderados esses fatores, tornar o conceito deveras simplista.<sup>22</sup>

A partir desse cenário teórico, necessário demonstrar como, na prática, a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se traduz e, para tanto, segundo BOCKMAN MOREIRA, é necessário observar a alocação de riscos do contrato (2023, p. 125):

O que importa é saber conviver com o modo de funcionamento da matriz de alocação de riscos. A cláusula define-os e, assim, caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Não é possível, pois, compreender os contratos sem a análise desta cláusula. Tampouco é possível desprezá-la, como se não existisse, ou alterá-la unilateralmente, como se não fosse a mais pura expressão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022p. 417.

<sup>20</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 341.

<sup>21</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 829.

<sup>22</sup> MOREIRA, Egon Bockman. **Direitos das Concessões de Serviço Público: concessões, parcerias, permissões e autorizações**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 364/365.

Nessa toada, para as PPPs, para RIBEIRO e PRADO, a equação econômico-financeira e matriz de risco deverão ir ao encontro uma da outra, de forma que, ao assim fazer, não só apenas será atendido a previsão constitucional de manutenção das condições da proposta, bem como, permitir-se-á o máximo aproveitamento da PPP (2005, p. 118/119):

Em qualquer caso, é perfeitamente distinguível o esquema de distribuição dos riscos (algo, por assim dizer, estático) da dinâmica de recomposição do equilíbrio do contrato, que existe em vista dos efeitos da passagem do tempo sobre a partição de riscos originalmente pactuada. E claro, entretanto, que, quando se trata da definição da modelagem contratual de um dado projeto, o sistema de distribuição de riscos e o mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro devem ser pensados de forma conjunta, como instrumentos que se destinam a maximizar a eficiência da contratação e, portanto, no caso dos contratos de PPP, obter a melhor relação qualidade custo para o usuário e para a Administração Pública.

Sendo assim, segundo VERNALHA, a efetiva recomposição do equilíbrio econômico-financeiro “*significa reestabelecer o status quo da parte eventualmente lesada pelo evento gravoso*”.<sup>23</sup>

Nesse sentido, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato representa a relação entre os encargos financeiros assumidos e previstos pelas partes, no momento da proposta, para execução do serviço público, somado à expectativa de retorno econômico do projeto, sendo necessária a manutenção de tal relação para a saúde da concessão.

Para isso, elemento crucial à análise da composição do equilíbrio da equação financeira de um contrato de PPP é a sua matriz de risco, uma vez que ela indicará a parte que terá direito a eventual recomposição de acordo com o evento ocorrido no curso da concessão – e será ela o objeto de análise no próximo tópico.

### 3.5. A matriz de risco

A distribuição de riscos é a principal e mais árdua tarefa em um contrato de concessão e recebe tratamento especial no âmbito das PPPs, sendo, inclusive e como destacado no tópico 3.3, uma cláusula obrigatória nessa modalidade de parceria entre

---

<sup>23</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, a. 15, n. 58, jun. 2017.

poder público e iniciativa privada. Nesse sentido, a boa alocação de riscos dentro da avença representa um incentivo às partes adotarem as melhores condutas para obtenção do intuito fim do contrato.<sup>24</sup>

Nessa conjuntura, segundo SUNDFLED, a Lei das PPPs não criou critérios legais para divisão de riscos entre as partes, uma vez que (2005, p. 39):

A lei remeteu o assunto ao contrato de concessão (art. 5º, III). Não existe uma divisão natural de riscos. Tudo tem a ver com a viabilidade econômica, bem como com a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário. Assim, é perfeitamente possível que, em uma concessão rodoviária patrocinada, o risco de demanda seja total ou parcialmente assumido por qualquer das partes, a depender do contrato. A circunstância de a Lei de Concessões definir a concessão de serviço público como aquela em que o concessionário atua “por sua conta e risco” (art. 2º, II) não importa devam ser atribuídos ao concessionário “todos os riscos”.

Ou seja, na modalidade PPP, os riscos devem ser arbitrados e estipulados por meio do contrato – e não em decorrência de previsão legal –, assim, objetiva-se uma matriz de risco mais apurada e elaborada com fundamento em critérios racionais, que considerem, não só qual das partes possui melhor condição de evitar a ocorrência do evento ou melhor geri-lo, na hipótese do sinistro, como também quem terá melhores condições de absorver as consequências advindas do evento danoso.<sup>25</sup>

Nessa seara, VERNALHA defende a liberdade das partes na alocação de riscos dentro do contrato, ao diferenciar tal ato da previsão constitucional, esculpida no art. 37, XXI, da Constituição Federal, de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença:

seria relevante notar que o texto constitucional não delimita alcance jurídico do princípio da equação econômico-financeiro do contrato. Do enunciado do inciso XXI do art. 37 da Constituição tira-se apenas uma regra que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das “condições efetivas da proposta”\*. Tal não restringe, nesse particular, o espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato. A regra constitucional apenas assegura a intangibilidade das condições fixadas na proposta, protegendo o pacto de intervenções administrativas autoritárias na esfera das cláusulas econômicas do contrato. Não impõe, porém, qualquer restrição à livre disposição pelas partes quanto

<sup>24</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 117

<sup>25</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituição do Direito Administrativo**. Tese (Professor Titular do Departamento de Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, 2013, p. 308.

à partilha de responsabilidades sobre riscos (que importe na alocação de riscos ordinários e extraordinários entre as partes).

Nesse passo, conforme a própria literalidade do inciso III do art. 5º da Lei das PPPs, isso não significa, por um lado, transferir à concessionária os riscos relacionados à atividade empresarial, e, por outro, os riscos extraordinários (i.e. caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica) ao poder concedente, mas sim sobrepesar os eventos e, a partir da análise de suas causas e consequências, atribuí-lo àquele capaz de melhor geri-lo. Sendo tal fato, responsável pela criação de uma boa matriz de risco.<sup>26</sup>

Nessa conjuntura, fundamental a distinção entre o conceito de álea ordinária e álea extraordinária.

Primeiro, a álea ordinária representaria os riscos comuns à atividade empresarial, como as concessões em geral, não deixam de ser um empreendimento, explorados pelo particular por sua conta e risco, esta seria a seara, na qual o concessionário assumiria os riscos por serem inerentes à atividade. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO (2023, p. 670):

Cumpra esclarecer que a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro. Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por sua conta, risco e perigos, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser, como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico.

Nesse sentido, ARRUDA CÂMARA classifica a álea ordinária, nas concessões, como “*a parcela de risco assumida pela concessionária*”, uma vez que “*corresponde ao risco que o particular aceitou assumir ao firmar o contrato de concessão*”.<sup>27</sup> Ou seja, trata-se de circunstâncias previsíveis, no momento de elaboração da proposta, ou, se imprevisíveis, passíveis de fácil superação. Portanto, deverão ser precificados pelo particular e integrarem a proposta feita durante a licitação para delegação da exploração do serviço público. Dessa forma, casos tais eventos venham a ocorrer,

<sup>26</sup>TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

<sup>27</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratos de concessão de serviço público e afins. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V. 6, p. 409-467.

estará a concessionária resguardada economicamente, e a execução da concessão permanecerá viável.

Na seara das PPPs, de maneira diferente, segundo WAGNER NESTER, esses riscos intrínsecos à atividade são compartilhados entre poder concedente e concessionária (2005, p. 186):

Esse novo regime de concessões permite uma espécie de mitigação do risco econômico do parceiro privado, a fim de incentivar o investimento em determinados setores da economia. O parceiro privado concorda em assumir determinado empreendimento desde que o parceiro público ofereça uma garantia real e efetiva de retorno do investimento, mais o lucro calculado em patamares razoáveis. (...) Em suma, o risco normal do empreendimento deixa de ser transferido para o concessionário (ou, em última instância, para os usuários dos serviços, que remuneram o capital privado através do pagamento das tarifas), passando a ser arcado pelo Poder Público. Quando menos, passa a ser compartilhado entre os parceiros público e privado, mas com uma participação relevante do Estado nessa divisão.

Por sua vez, a álea extraordinária acarretará a necessidade recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo ela dividida na álea administrativa (abrange o poder de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente e o fato da Administração) e na álea extraordinária, propriamente dita, (resultante de circunstâncias externas e não relacionadas às partes).<sup>28</sup>

Nessa conjuntura, o primeiro evento relacionado à álea administrativa é a possibilidade de a Administração Pública alterar unilateralmente a avença, sendo um direito inerente do poder público e uma consequência do princípio da continuidade do serviço público.<sup>29</sup>

Na sequência, o próximo elemento da álea administrativa diz respeito ao fato da administração que representa *“qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como, parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico”*<sup>30</sup>.

Por último, há o fato do príncipe que, ocorre quando *“a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato”*, de forma que surgirá

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 343.

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2012, p. 224/225.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 284.

o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença.<sup>31</sup> A diferença, portanto, entre o fato do príncipe e o fato da administração reside na origem do ato causador do desequilíbrio econômico da avença.

Já no campo da álea extraordinária, existe a possibilidade ocorrência de três eventos: o caso fortuito, a força maior e a álea econômica. Os três institutos guardam semelhança, pois são oriundos de fatos estranhos às partes, cujos efeitos são inevitáveis na execução do contrato. Contudo, a diferença entre si reside nas suas implicações no contrato.

Enquanto o caso fortuito representa “*a ocorrência de evento que torna a execução subsequente do contrato excessivamente onerosa para uma das partes*”, a força maior representa a “*ocorrência de evento imprevisível pelas partes, invencível, capaz de tornar impossível a execução do contrato*”.<sup>32</sup>

Ou seja, a diferença entre os dois institutos reside nas consequências às quais as partes são submetidas. Enquanto, em hipótese de caso fortuito, a execução do contrato demandaria um hercúleo e custoso esforço para uma das partes, a partir daquele momento; a força maior, o evento, por ser o evento tão gravoso para o objeto contratual, a execução do contrato não poderia ser retomada.

Por outro lado, segundo DI PIETRO, a álea econômica “*é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado*”.<sup>33</sup> Como consequência disso, a autora aponta a necessidade da aplicação da teoria da imprevisão.

Nesse contexto, segundo BANDEIRA DE MELLO: (2023, p. 570):

Para a aplicação da teoria, entendia-se necessária a ocorrência de três requisitos, a saber: a) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; b) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas previsto, mas também imprevisível; c) que o prejuízo resultante para o onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsionador da economia do contrato.

---

<sup>31</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013p. 552

<sup>32</sup> NETO, José Cretella. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 53.

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 286

Logo, impõe-se que a ocorrência da álea econômica implica a necessidade de adoção de métodos de recomposição do reequilíbrio financeiro do contrato. Enquanto isso, a força maior demandará a extinção do contrato com a ausência de responsabilização das partes. E, por fim, o caso fortuito representa uma condição que deixará execução do contrato para sempre mais onerosa.

Dessa forma, ante a proximidade dos conceitos, distinguir as subdivisões da álea extraordinária demonstra-se uma árdua e inesgotável tarefa. Entretanto, é possível afirmar que a previsão desses tipos de risco no contrato pode garantir o menor prejuízo financeiro às partes, e – em contratos de concessão – permite a permanência da prestação do serviço público, como bem pontua BOCKMAN MOREIRA (2023, p. 134):

Já as variáveis exógenas dizem respeito àqueles itens em face dos quais o contrato de concessão não tem qualquer influência. Não há correlação imediata entre o que foi decidido na contratação - sua configuração estrutural - e o que se experimentará no mundo dos fatos. O contrato e a sua base objetiva sofrerão os efeitos dessas variáveis sem poder nelas influir de antemão. Mas o que o projeto pode fazer é consignar um elenco de eventos de possível incidência e desenvolver instrumentos que protejam a relação contratual (seguros, fórmulas paramétricas de reajustes e respectivos itens de composição, procedimentos de reequilíbrio etc.). Se, por um lado, isso incrementa os custos primários do contrato, por outro, diminui o preço do dinheiro necessário aos investimentos (em tese, investimentos seguros custam menos) e permite certo conforto na permanência da sua execução (sobretudo aos usuários).

Nessa conjuntura, como o inciso III do art. 5º da Lei das PPPs expressamente determinou que a repartição desses riscos deverá estar presente na matriz de risco da concessão, é possível inferir que, nessa espécie de concessão, cada modalidade merece tratamento diverso na alocação de riscos entre poder concedente e concessionário. Ou seja, nas PPPs, o particular assumirá uma parcela dos riscos referentes a álea extraordinária, sendo tal fato apontado como uma consequência da contraprestação pecuniária paga pelo poder público.<sup>34</sup>

Sobre o ponto, inclusive, para VERNALHA, a alocação dos riscos extraordinários para a concessionária representa um incentivo ao princípio da

---

<sup>34</sup> NESTER, Wagner Nester. **O risco do empreendimento nas Parcerias Público Privadas**. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 174/192, p. 188.

eficiência na prestação do serviço público, visto que, além de ter que precificá-lo corretamente, o parceiro privado deverá estar preparado para geri-lo.<sup>35</sup>

Diante do exposto, a lógica por de trás da construção da matriz de risco de uma PPP é, além de corretamente mensurar a álea ordinária, alocar ao poder concedente a à concessionária os riscos extraordinários de acordo com sua capacidade de enfrentá-los.

#### 4. ANÁLISE PRÁTICA: CONTRATO SMSL

##### 4.1. Objeto e noções gerais

O Contrato SMSL foi firmado entre o Estado da Bahia e a Companhia do Metrô Bahia, com o objetivo de delegar, por meio de parceria público-privada, na modalidade de concessão patrocinada, a implantação e a operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. A presente PPP resultou na criação de 22 estações metroviárias no Estado da Bahia. A outorga do serviço público possui previsão de encerrar em 2043, conforme o prazo de 30 anos estipulado na cláusula 5ª, sendo admitida uma possível prorrogação, caso ocorra a necessidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com o previsto na Cláusula 26.9.2.

Na avença, foi atribuída à Concessionária a obrigação de obter eventuais financiamentos necessários para implantação e operação da PPP, sendo facultado, inclusive, a transferência ao financiador de eventuais receitas oriundas do projeto, tais como a contraprestação a ser paga pelo poder concedente e a própria tarifa cobrada dos usuários pela utilização do sistema metroviário SMSL, nos termos da cláusula de 10 e 10.7.1, respectivamente.

No âmbito das declarações, presentes na cláusula 18.2, destaca-se que a Concessionária expressa “*ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos*”<sup>36</sup>, de forma que utilizou tais riscos “*na formulação de sua proposta econômica*”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012p. 307-310.

<sup>36</sup> Cláusula 18.2.1 do Contrato SMSL.

<sup>37</sup> Cláusula 18.2.2 do Contrato SMSL.

Na sequência, o capítulo III do Contrato SMSL trata do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse cenário, a cláusula 23.1.1 estabelece que o valor total estimado do Contrato é de R\$ 5.783.444.119,85 (cinco bilhões, setecentos e oitenta e três milhões, quatrocentos e quarenta e quatro mil e cento e dezenove reais e oitenta e cinco centavos), referente ao montante estimado pelo poder concedente a título de contraprestação anual máxima e de aporte de recursos na concessão. Por sua vez, a concessionária, nos termos da cláusula 23.2.1 será remunerada por meio de: a) tarifa de remuneração; b) contraprestação pecuniária e aporte de recursos pagos pelo poder concedente; c) receitas extraordinárias advindas da exploração da concessão; e d) outras fontes permitidas pelo contrato.

Para fins de diferenciação, a tarifa de remuneração não representa o valor tarifário cobrado dos usuários do serviço público, sendo fixada em R\$ 2.10 (dois reais e dez centavos) por usuário.

Feita essas considerações introdutórias, a Cláusula 25<sup>a</sup> traz a repartição de riscos entre o Estado da Bahia e a Companhia do Metrô Bahia.

#### **4.2. Matriz de risco**

A primeira determinação, referente a alocação de riscos no Contrato SMSL, é a obrigação da concessionária em realizar um levantamento dos riscos assumidos com a assinatura do contrato de concessão patrocinada e na execução do projeto do SMSL, assumindo a responsabilidade pela adoção de estratégia para melhor geri-los e mitigá-los.<sup>38</sup>

Na sequência, são elencados os riscos expressamente assumidos pela concessionária, sendo eles conectados aos riscos inerentes à própria atividade empresarial.<sup>39</sup> Por outro lado, no âmbito dos riscos assumidos pelo poder concedente, o contrato foi expresso ao já consignar que tais acontecimentos “*ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor ou não do concedente*”<sup>40</sup>; os eventos estão listados na cláusula 25.3.1 e relacionam-se com a álea administrativa, com enfoque em possíveis modificações unilaterais realizados

---

<sup>38</sup> Cláusula 25.1.1 do Contrato SMSL.

<sup>39</sup> Cláusula 25.2 do Contrato SMSL.

<sup>40</sup> Cláusula 25.3.1 do Contrato SMSL.

pelo poder concedente e possíveis alterações na carga tributária incidente sobre a concessão.

Após a discriminação dos riscos assumidos integralmente por cada uma das partes, o contrato irá tratar dos riscos compartilhados entre poder concedente e concessionária, apontando os casos em que a ocorrência de determinado evento ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em primeiro lugar, caso mesmo com a atuação diligente da concessionária, ocorram atrasos e negativas injustificadas na obtenção de licenças e autorizações necessários para o início da operação, será devido a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária.<sup>41</sup> Nessa hipótese, estar-se-ia diante de fato da administração e, logo, não poderia a concessionária por ele ser penalizada.

Na sequência, o contrato reserva a cláusula 25.4.3 para tratar expressamente das hipóteses de caso fortuito e da força maior. Nesse sentido, caso a ocorrência do evento imprevisto corresponda a um risco segurável no Brasil ao tempo da contratação dos seguros obrigatórios, a concessionária não terá o direito a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>42</sup> Por outro lado, quando o evento de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe retardar ou impedir a execução do contrato, deverá ser realizada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro<sup>43</sup>, desde que as consequências de tal evento ultrapassem o valor dos seguros obrigatórios ou não seja o evento segurável no Brasil ao tempo da contratação<sup>44</sup>.

Nesse contexto, o Contrato SMSL, primeiro, aponta como riscos seguráveis, aqueles relacionados à implantação do sistema metroviário, tais como riscos de engenharia (por exemplo, erro de projeto e despesas extraordinárias) e de responsabilidade civil (por exemplo, indenizações trabalhistas e poluição acidental).<sup>45</sup> Já durante a operação, deverão ser contratados sinistros referentes a riscos operacionais existentes, de forma que, apenas caberá revisão do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese do sinistro, caso, por razões não imputáveis a concessionária, o valor da garantia seja superado.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Cláusula 25.4.1.1 do Contrato SMSL.

<sup>42</sup> Cláusula 25.4.3.1 SMSL

<sup>43</sup> Cláusula 25.4.3.3 SMSL

<sup>44</sup> Cláusulas 25.4.3.3.1 e 25.4.3.3.2 SMSL

<sup>45</sup> Cláusulas 27.2.1 e 27.2.2 SMSL.

<sup>46</sup> Cláusula 27.3.1 e 27.15 SMSL.

Ainda sobre a matriz de risco do Contrato SMSL, a Cláusula 25.4.6 merece atenção especial, pois trata especificamente de um dos principais riscos inerentes à atividade do serviço público de transporte: o risco de demanda.

Nessa conjuntura, inicialmente, observe-se que “o equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão considerada a demanda projetada pelo concedente”<sup>47</sup>, de forma que “o risco da variação da demanda projetada será compartilhado entre o concedente e a concessionária”<sup>48</sup>. Ou seja, nesse contrato, ocorreu uma das características diferenciadoras da PPP: o compartilhamento de um risco típico da álea ordinária entre poder público e parceiro privado.

Tal risco, foi compartilhado da seguinte maneira:

25.4.6.3 A partir do início da OPERAÇÃO PLENA DO SMSL, durante o primeiro ano desta operação, o risco de demanda será assim compartilhado:

25.4.6.3.1 Caso a demanda real de passageiros apurada no período esteja entre 90% (noventa por cento), inclusive, e 110% (cento e dez por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o mesmo período, não haverá nenhum acréscimo ou redução à RECEITA TARIFÁRIA da CONCESSIONÁRIA.

25.4.6.3.2 Caso a demanda real de passageiros contabilizada no mesmo período esteja entre 90% (noventa por cento) e 75% (setenta e cinco por cento), inclusive da DEMANDA PROJETADA para o PERÍODO, a CONCESSIONÁRIA fará jus ao recebimento do valor equivalente a 30% (trinta por cento) da diferença da RECEITA TARIFÁRIA, até o limite do risco integralmente assumido pela CONCESSIONÁRIA, qual seja, 90% da DEMANDA PROJETADA.

25.4.6.3.3 Caso a demanda real de passageiros contabilizada no mesmo período esteja entre 110% (cento e dez por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, a CONCESSIONÁRIA fará jus ao recebimento de 70% (setenta por cento) RECEITA TARIFÁRIA excedente à projetada.

25.4.6.3.4 Os restantes 30% (trinta por cento) da RECEITA TARIFÁRIA excedente serão apropriados pelo CONCEDENTE e abatidos da CONTRAPRESTAÇÃO EFETIVA, observados os procedimentos indicados na subcláusula 25.4.6.5 e seguintes.

25.4.6.3.5 Caso a demanda real de passageiros anual contabilizada esteja abaixo de 75% (setenta e cinco por cento) ou acima de 125% (cento e vinte e cinco por cento) da DEMANDA PROJETADA para o período, caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

25.4.6.3.5.1 Conforme Respostas SEDUR/SMSU01.2013-137 e SEDUR/SMSU01.2013-223, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prevista na subcláusula 25.4.6.3.5 tomará por base o centro da DEMANDA PROJETADA (100%), de modo a restabelecer o equilíbrio contratual do ano em que foi apurada a variação da demanda de passageiros.

<sup>47</sup> Cláusula 25.4.6.1 SMSL.

<sup>48</sup> Cláusula 25.4.6.2 SMSL.

Como se pode observar, a disciplina contratual para o compartilhamento de risco de demanda foi traçada a partir de quatro bandas, as quais levam em consideração o percentual que a Demanda Real representa em relação à Demanda Projetada pelo Poder Concedente para aquele mesmo período.

Nesse caso, a primeira banda (Cláusula 25.4.6.3.1) prevê que a assunção das partes de variações de até 10% (dez por cento) entre a Demanda Projetada e a Demanda Real. Aqui, estar-se-ia diante da normalidade do empreendimento, de forma que a concessionária assume o risco de a demanda ser 10% menor do que o esperado, enquanto, o poder concedente não faz jus ao compartilhamento desse incremento na receita.

Na sequência, a segunda e terceira banda (25.4.6.3.2 e 25.4.6.3.2) preveem um acordo de compartilhamento dos ganhos ou perdas inferidas, caso ocorram variações entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte cinco por cento) entre a Demanda Projetada e a Demanda Real, de forma que as partes serão compensadas em 30% (trinta por cento) dos ganhos ou perdas aferidas. Ou seja, caso a Demanda Real esteja entre 110% (cento e dez por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento), deverá a concessionária compartilhar com o poder concedente 30% (trinta por cento) da Receita Tarifária excedente. Por outro lado, na hipótese de a Demanda Real ser abaixo de 90% (noventa por cento) e superior a 75% (setenta e cinco por cento), o poder concedente deverá compensar a Receita Tarifária até o valor previsto para 90% (noventa por cento) da Demanda Projetada.

Por último, a quarta banda (Cláusula 25.4.6.3.5) determina que, caso ocorram variações a maior ou a menor superiores a 25% (vinte e cinco por cento) entre a Demanda Projetada e a Demanda Real, deverá ocorrer a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato SMSL. Nessa hipótese, há um cenário de anormalidade que justificaria a restauração da equação econômico-financeira inicial ou em favor da concessionária, caso a demanda seja 75% (setenta e cinco por cento) inferior à Demanda Projetada, ou a favor do poder concedente, se a demanda for 125% (cento e vinte e cinco por cento) maior que a Demanda Projetada.

A partir dos anos seguintes de operação, o mecanismo de compartilhamento será o mesmo, entretanto, deverá observar a variação da demanda real de passageiros em cada ano, de acordo com a demanda projetada para o mesmo período.

Diante do exposto, observe-se que o contrato SMSL possui matriz de risco detalhada, na qual os riscos, tanto da álea ordinária, quanto da álea extraordinária, são compartilhados entre poder concedente e concessionária, conforme preceitua o inciso III do art. 5º da Lei das PPPs. Contudo, como será visto adiante, em face de um evento como a pandemia do Covid-19 é possível extrair mais de uma interpretação para sua alocação dentro do Contrato SMSL.

## 5. A PANDEMIA DO COVID-19 E A MATRIZ DE RISCO DA PPP

Diante da insegurança jurídica criada pela pandemia do Covid-19, no âmbito dos contratos administrativos, o procurador federal Felipe Nogueira Fernandes, em parecer de sua autoria, consignou o seguinte (2020, p. 18):<sup>49</sup>

O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.

Nesse passo, necessário retomar os tipos de risco envolvidos na álea extraordinária do contrato administrativo e os conceitos a eles empregados neste trabalho. Primeiro, o caso fortuito representa o acontecimento que torna a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Já a força maior é o evento que, devido a sua gravidade, impossibilita definitivamente a execução do contrato. Por sua vez, a álea econômica representa evento imprevisível e imprevisível que impacta

---

<sup>49</sup> FELIPE NOGUEIRA FERNANDES. PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. ASSUNTOS: Consulta em tese. Covid-19. Reequilíbrio de contratos de concessão. Força maior. Brasília, 15 de abril de 2020; Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> . Acesso em 30 de outubro de 2023.

diretamente a equação econômico-financeiro do contrato, impondo a aplicação da teoria da imprevisão.

Sobre tal teoria, segundo ARAGÃO, seria *“todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”*.<sup>50</sup>

Nessa toada, CARVALHO FILHO defende que acontecimentos desse feitio podem significar a rescisão contratual, caso não seja possível executar o contrato, ou a revisão do preço, a fim de que se conserve o equilíbrio econômico-financeiro.<sup>51</sup>

Na conjuntura das PPPs, especificamente, a possível aplicação da teoria da imprevisão deve ser utilizada com precaução, uma vez que deve ser respeitada a autonomia das partes na alocação dos riscos. Nessa linha, segundo BOCKMAN MOREIRA (2022, p. 375):

A teoria da imprevisão - que trouxe a cláusula rebus sic stantibus aos contratos administrativos -, como o nome já diz, exigia a detecção de eventos imprevisíveis e imprevisíveis geradores de relevante impacto na execução contratual, desde que não oriundos do sujeito contratado. Em decorrência, não haveria a viabilidade de alocação dos riscos do negócio - eles já seriam naturalmente divididos entre as partes. Estas premissas dirigem-se precipuamente a outros contratos que não os contemporâneos de concessão de serviços públicos. O que dizer, então, da balança estática de receitas e encargos, peças de difícil encaixe nos atuais contratos de concessão? Mais ainda: esta concepção recebeu forte influência da vontade das partes e respectiva carga de subjetivismo para a definição do desequilíbrio. Em que pese à atenuação e às críticas construídas pela doutrina brasileira, célebre classificação é pouco eficaz - se não incompleta - para enfrentar os desequilíbrios instalados nas atuais concessões brasileiras de serviço público. Ela fica bastante esvaziada diante de cenários contratuais com predefinição expressa da matriz de alocação de riscos (v., acima, §23-A). Pode, sim, se prestar à compreensão dos desafios enfrentados pela execução contratual, servir de referência teórico-explicativa e gerar aplicação subsidiária

Ora, como já exposto, a matriz de risco é a pura expressão do equilíbrio econômico-financeiro da concessão e, logo, por mais imprevisíveis e inevitáveis que sejam os efeitos da pandemia, antes de aplicar a teoria da imprevisão, necessário é observar se as cláusulas existentes na matriz de risco não fornecem segurança jurídica suficiente às partes.

<sup>50</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 345.

<sup>51</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 203/204.

## 6. FUNCIONAMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO MOTIVADO PELA PANDEMIA DO COVID-19: INTERPRETAÇÃO DA MATRIZ DE RISCO DO CONTRATO SMSL

Ao retomar a análise da matriz de risco do Contrato SMSL e nela inserir a pandemia do Covid-19, o primeiro passo é analisar a cláusula 25.4.23, responsável por disciplinar as hipóteses de caso fortuito e força maior. O dispositivo em comento traz a obrigação da concessionária em obter seguro para as hipóteses elencadas na cláusula 27 do Contrato SMSL, a qual, na subcláusula 27.14, traz a seguinte redação:

A cobertura de seguros deverá incluir danos por motivos de força maior, sempre que forem seguráveis no mercado brasileiro dentro de condições comerciais razoáveis, na época de contratação e das respectivas renovações das apólices de seguro.

Nesse contexto, ante a extrema imprevisibilidade e ineditismo da pandemia do Covid-19, o risco pandêmico, por lógica, não era um risco segurável no mercado securitário brasileiro. Dessa forma, quanto à alocação de riscos da álea extraordinária no Contrato SMSL, na hipótese de eventual onerosidade excessiva, por essa primeira cláusula, faria jus a concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por outro lado, é possível analisar a possibilidade de recomposição reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato SMSL pelo ângulo da diminuição da demanda de usuários do sistema metroviário. Para frear a disseminação do vírus, tanto a prefeitura de Salvador, quanto o Governo do Estado da Bahia, adotaram medidas, como o *lockdown*, no intuito de diminuir a circulação de pessoas ao longo do ano de 2020 e 2021.<sup>52,53</sup>

Sendo assim, há de se imaginar que a Demanda Real ficou aquém da Demanda Projetada. Isso porque ambas foram calculadas em momento em que nunca se imaginaria tamanha restrição ao direito de ir e vir da sociedade. Tais estudos são

<sup>52</sup> ARAÚJO, Jamile. **Bahia terá "lockdown" em 90% das cidades a partir de sexta-feira (26)**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/02/25/bahia-tera-restricao-total-de-atividades-nao-essenciais-a-partir-de-sexta-feira-26>. Acesso em: 30 out. 2023.

<sup>53</sup> SANTOS, Gil. **Bairros de Salvador começam a entrar em lockdown no sábado (9)**. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/coronavirus/bairros-de-salvador-comecam-a-entrar-em-lockdown-no-sabado-9-0520>. Acesso em: 30 out. 2023.

de extrema importância e representam referência fundamental para que o parceiro privado possa precificar sua proposta e a viabilidade da própria PPP.<sup>54</sup>

No caso em análise, a Cláusula 25.4.6.3 do Contrato SMSL revela que variações ordinárias de até 10% (dez por cento) são consideradas naturais (Cláusula 25.4.6.3.1); variações entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento), apesar de mais sensíveis, são previsíveis e, portanto, podem ser endereçadas por mecanismos mais singelos de compensação, no intuito de mitigar parcela considerável dos custos incorridos com uma operação abaixo do esperado, ou compartilhando receitas obtidas além do esperado (Cláusulas 25.4.6.3.2 e 25.4.6.3.3).

Por outro lado, na hipótese de variações maiores que 25% (vinte e cinco por cento), o Contrato SMSL prevê como solução a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo poder concedente e concessionária classificado tal variação como extraordinária (Cláusula 25.4.6.3.5).

Nessa conjuntura, a partir da verificação da Demanda Real do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas nos anos afetados pelas políticas de combate ao Covid-19, é possível que a concessionária possua o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão pelo não perfazimento da Demanda Projetada.

Portanto, infere-se que o Contrato SMSL possui uma matriz de risco capaz de, indiretamente, alocar os efeitos causados pela pandemia do Covid-19, de forma que é papel do Poder Concedente e Concessionária encontrarem a melhor forma de realizar eventual recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

## **7. CONCLUSÃO**

A matriz de risco de uma PPP é talvez a cláusula mais importante dentro do contrato dessa modalidade de concessão. Como visto a partir do exemplo do Contrato SMSL, uma alocação de riscos bem detalhada e rica em conteúdo é capaz integrar um evento imprevisível da magnitude do Covid-19 e, assim, garantir segurança jurídica às partes.

Nesse sentido, o fato de as PPPs possuírem previsão expressa quanto à alocação de riscos associados à álea extraordinária incentiva tanto a Administração

---

<sup>54</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243-245.

Pública, quanto a iniciativa privada, a atribuírem tais possibilidades a quem melhor puder lidá-los.

Sendo assim, as PPPs, apesar de ainda novas em nosso ordenamento jurídico, demonstram ser, não só um apto instrumento para o impulsionamento do desenvolvimento econômico do país, mas também um exemplo de contrato a ser seguido pela Administração Pública, no qual o esforço conjunto entre parceiro público e privado, permite a criação de sofisticados instrumentos contratuais, no intuito de trazer estabilidade para as relações jurídicas dali advindas.

No âmbito das concessões, principalmente, tal condição revela-se essencial para o atendimento do princípio da continuidade de prestação do serviço público, de modo que, é possível concluir que a criação de uma matriz de risco, por meio de critérios econômico e financeiros racionais, permite o estabelecimento de um estável projeto, apto a retornar à sociedade o alto volume financeiro despendido para sua instalação.

Portanto, pode-se responder que os contratos de PPP, no âmbito do sistema metroviário, possuem sim capacidade para abrigar cláusulas que consigam incorporar o risco pandêmico em sua matriz de risco.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS - PPPS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO. **Revista dos Tribunais**: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, [s. l], v. 5, p. 487-536, nov. 2012

\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Contratos de concessão de serviço público e afins**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V. 6, p. 409-467.

\_\_\_\_. **Contratos para infraestrutura pública**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V. 6, p. 468-492.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRÓES, Fernando. **Infra-estrutura pública: conceitos básicos, importância e a intervenção governamental**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista. *Curso de Direito Administrativo Econômico: volume 2*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 219-343.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alocação de riscos na PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, a. 15, n. 58, jun. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituição do Direito Administrativo.** Tese (Professor Titular do Departamento de Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 36ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MOREIRA, Egon Bockman. **Direitos das Concessões de Serviço Público: concessões, parcerias, permissões e autorizações.** 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NESTER, Wagner Nester. **O risco do empreendimento nas Parcerias Público Privadas.** In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 174/192

NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Estudos sobre a lei das Parcerias Público-Privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NETO, José Cretella. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. **Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina Legislativa.** In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 28/38.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; ALVARENGA, José Eduardo de. **O novo regime jurídico contratual: as Parcerias Público-Privadas (PPP).** In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista. *Curso de Direito Administrativo Econômico: volume 2.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 641-677.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.