

**Título :** CONTRATOS DE CONCESSÃO: PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA PANDEMIA E SOLUÇÕES PARA O DESEQUILÍBRIO DESSES CONTRATOS

**Autor :** Edite Hupsel

## **DOCTRINA – JUL/2020**

### **CONTRATOS DE CONCESSÃO: PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA PANDEMIA E SOLUÇÕES PARA O DESEQUILÍBRIO DESSES CONTRATOS**

#### **EDITE HUPSEL**

Procuradora do Estado da Bahia aposentada. Professora de Direito Administrativo. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Coautora da obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia - Lei nº 9.433, de 01 de março de 2005*, Editora Fórum. Autora da obra *Parcerias Público-Privadas à luz de seus fundamentos teóricos e da legislação brasileira*, Editora Juruá, 2014.

Muito se tem escrito sobre os efeitos da atual pandemia - que assola praticamente todos os países - nos contratos em geral. Soluções vêm sendo buscadas visando proteger as partes contratantes que, no momento da celebração do ajuste, não podiam prever tal acontecimento.

A Teoria da Imprevisão vem sendo invocada pelos contratantes na defesa da resolução e/ou da revisão dos contratos, teoria que ganhou vulto com a ocorrência dos conflitos mundiais do século passado.

No Brasil, essa teoria está positivada no Código Civil, nos seus arts. 478 e 479 aplicáveis aos contratos em geral.

No que diz respeito, especificamente, aos ajustes administrativos, é o Prof. Marcelo Caetano que afirma tratar-se de um princípio geral de Direito Administrativo a sua aplicação nos ajustes desta natureza <sup>1</sup>.

No nosso direito pátrio, para os contratos administrativos em geral, está essa teoria assentada na Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993 – no artigo que disciplina as alterações contratuais. É no artigo 65, inciso II, do citado diploma, especificamente na sua alínea “d”, que ela se encontra. Esse dispositivo determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem “fatos imprevisíveis (...) ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Dentre as situações elencadas no citado artigo da Lei geral de licitações e contratos, tem a pandemia perfeito enquadramento em “fato imprevisível”, na chamada teoria da imprevisão “que consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão para ajustá-los às circunstâncias supervenientes” <sup>2</sup>. A imprevisibilidade da pandemia, a excepcionalidade da álea e o desequilíbrio entre as prestações são os pressupostos de sua incidência.

Assim como é posto na lei, também doutrinadores pátrios tratam, separadamente, a teoria da imprevisão (fatos imprevisíveis) da força maior, do caso fortuito e do fato do príncipe <sup>3</sup>. Parece clara a distinção da álea econômica que justifica a aplicação da teoria da imprevisão, da força maior e do caso fortuito.

Contratos de obras, de serviços e de fornecimentos que tenham sofrido impacto com essa pandemia (fatos imprevisíveis, na forma da lei geral de licitações e contratos) e tenham tido sua equação econômico-financeira desequilibrada devem ser revistos pela Administração, com fundamento no

dispositivo legal acima mencionado, no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993.

Essa revisão, porém, uma garantia para os ajustes administrativos em geral, não abrange todas as modalidades de contratos da Administração <sup>4</sup>. Muitos deles têm regras próprias, instituídas por diplomas legais específicos, que também protegem os contratados.

Não se aplica esse dispositivo, como posto, aos contratos de concessão comum e aos de parceria público-privadas.

Nos contratos de concessão de obras e serviços públicos é na Lei nº 8.987/1995, que trata sobre o seu regime jurídico, que se tem a proteção do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste. No que diz respeito às parcerias público-privadas, a previsão, na Lei nº 11.079/2004, da repartição dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e áleas econômicas extraordinárias – art. 5º, inciso III - tem o condão de afastar desses contratos a incidência daquelas disposições da Lei nº 8.666/1993.

Nos ajustes administrativos que preveem a repartição de riscos entre as partes fica afastada a incidência do artigo 65, II, alínea “d” da Lei nº 8.666/1993.

Isto porque quando se trata de contratos administrativos ou o Poder Público contratante assume totalmente esses riscos – da ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, de caso fortuito, força maior, configuradores de álea extraordinária e extracontratual - ou, na forma da lei de PPPs e de outros diplomas, os riscos são repartidos entre os contratantes. Ou uma coisa ou outra. Melhor dizendo, a disciplina de uma lei afasta a disciplina do outro diploma. Por expressa incompatibilidade, lei especial afasta a aplicação de lei geral quando dispõe de forma diversa.

Neste sentido, as lições de Egon Bockmann Moreira segundo as quais forçar a aplicação da Lei nº 8.666 quando se está diante da lei de concessão ou da lei de PPPs é o mesmo que, por exemplo, pretender-se aplicar o Código Comercial de 1850 “subsidiariamente” ao Código de Defesa do Consumidor. Segundo o mesmo autor, é preciso que nos conscientizemos que leis especiais – como a Lei do Pregão, a Lei Geral de Concessões, a Lei de PPPs e o RDC - constituem microssistemas normativos diferenciados que possuem a sua própria lógica e, só excepcionalmente, se referia de modo literal, podem dar margem à aplicação da Lei nº 8.666/1993. E que “quando houver editais, contratos e atos relativos a tais licitações diferenciadas, o certo é dizer ‘Não me fale da 8.666!’” <sup>5</sup>.

Nesse sentido, reforça a melhor doutrina:

não se pode esquecer que a solução adotada na Lei nº 8.666 para o reequilíbrio do contrato não se aplica aos contratos de parceria público-privadas, disciplinados na Lei nº 11.079/04, tendo em vista que seu art. 5º, III, prevê, repetindo mais uma vez, a repartição dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e áleas econômicas extraordinárias.<sup>6</sup>

Não se aplica, pois, o art. 65, II, alínea “d” da Lei Geral de Licitações aos contratos regulados por diplomas especiais. Em havendo previsão legal da repartição de riscos entre as partes, fica, automaticamente, afastada a incidência deste dispositivo. Ou uma coisa ou outra, vale seja repetido.

Também, e para melhor elucidar as questões que podem surgir da aplicação dos diplomas legais pertinentes e de cláusulas contratuais, pensamos que não se há de falar em pandemia como caso fortuito, já que este é definido como evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria, para o contratado, impossibilidade intransponível de regular a execução do contrato. Sequer como força maior, entendida como evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria, para o contratado, impossibilidade intransponível de regular a execução do contrato. Com grande administrativista aprendemos essas lições <sup>7</sup>.

Em **álea econômica extraordinária** tem, essa pandemia, enquadramento. E, na forma da Lei nº 11.079/2004, os contratos de PPP devem ter a previsão da repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária <sup>8</sup>.

Caso tenha faltado essa previsão em muitos desses ajustes administrativos disciplinados por leis

específicas - que determinam a repartição de riscos entre os contratantes -, devem esses contratados buscar amparo na teoria da imprevisão, eis que se trata de fato totalmente imprevisível na ocasião da assinatura dos ajustes, estranho à vontade das partes contratantes, inevitável e causador de grande desequilíbrio na relação travada entre as partes.

Vale trazer à baila que, na *Guidance Note*, emitida em 2 de abril próximo passado pela *Infrastructure and Project Authority*, o governo do Reino Unido veio a afirmar que a pandemia da Covid-19 não configura um “*Force Majeure Event*”, o que reforça a posição defendida neste trabalho no sentido do seu não enquadramento como evento de “força maior”.

Desimportante, para seguir a mesma trilha de entendimento, o fato de, no Brasil, a lei não definir taxativamente quais os eventos que se caracterizam como caso fortuito ou força maior. A doutrina pátria traz essa definição, como já acima lembrado.

O entendimento do Reino Unido, perfeitamente aplicável ao nosso país, só reforça a necessidade de construção de soluções que amparem os concessionários, propiciando a continuidade dos contratos e dos serviços prestados sem, contudo, imputar todos os prejuízos ao Poder Concedente.

Lições relevantes podem ser extraídas das orientações do Governo do Reino Unido.

A construção, entre nós, de propostas para o enfrentamento da crise atual causada pela pandemia com posturas pragmáticas e cooperativas com as contratadas é a conduta a ser aqui adotada.

## NOTAS E REFERÊNCIAS

<sup>1</sup> Caetano apud Carvalho Fernandes, Luisa. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris, 2001, p. 235.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 197.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 321-322. Também Couto, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo: segundo a jurisprudência do STJ e do STF*- São Paulo: Atlas, 2011, p. 263-271. E Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 174-176.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 329.

<sup>5</sup> “Não me fale da 8.666!”. Artigo publicado na Gazeta do Povo de 5 de outubro de 2015.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 329.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 198.

<sup>8</sup> “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: I ...; II ...; III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

### Como citar este texto:

HUPSEL, Edite. **Contratos de concessão: prejuízos trazidos pela pandemia e soluções para o desequilíbrio desses contratos**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 17 jul. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.