



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bernardo Corrêa Cardoso Coelho

**A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de
infraestrutura aeroportuária: o caso do aeroporto do Galeão**

Rio de Janeiro

2022

Bernardo Corrêa Cardoso Coelho

**A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de infraestrutura
aeroportuária: o caso do aeroporto do Galeão**



Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Economia da Regulação e da Concorrência.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2022

Ficha elaborada pelo autor através do
Sistema para Geração Automática de Ficha Catalográfica da Rede Sirius - UERJ

C672

Coelho, Bernardo Correa Cardoso.

A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de infraestrutura aeroportuária : o caso do aeroporto do Galeão / Bernardo Correa Cardoso Coelho. - 2022.

103 f.

Orientador: Alexandre Santos de Aragão.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, para obtenção do título de especialista em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência.

1. Direito regulatório – Monografias. 2. Equilíbrio econômico-financeiro – Monografias. 3. Concessões – Monografias. I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 33.34

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial deste trabalho de conclusão de curso, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bernardo Corrêa Cardoso Coelho

**A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de infraestrutura
aeroportuária: o caso do aeroporto do Galeão**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência.

Data de aprovação: __/__/__.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão – UERJ (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Ms. Carolina Barros Fidalgo
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Daniel Bento
Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Ao meu avô Paulo, a minha centenária inspiração.

À Vivi, ao Miguel e à Helena, razões do meu viver.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Alexandre Aragão, meu orientador, pelas infindáveis gentileza e paciência com um aluno que desafiou todos os prazos impostos para a conclusão deste trabalho.

Ao Carlos Roberto Ruchiga Corrêa Filho, colega da Controladoria-Geral da União, que auxiliou na prospecção e seleção do tema desta pesquisa.

Aos meus pais, Rogerio e Lucia, pelo constante estímulo à nossa formação.

Aos meus irmão Daniel e Roberto, pelos constantes incentivos.

À Vivi e ao Miguel e à Helena, mulher e filhos amados, de quem roubei tanto tempo de convívio para poder concretizar um sonho e que, mesmo sem saberem, garantiram-me uma força de vontade que jamais imaginei ter.

A resposta certa não importa nada: o essencial é que as perguntas estejam certas.

Mário Quintana

RESUMO

COELHO, Bernardo Corrêa Cardoso. **A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de infraestrutura aeroportuária: o caso do aeroporto do Galeão.** 2022. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A hipótese deste trabalho é de que as decisões adotadas pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) nos julgamentos de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro formulados por concessionários de infraestrutura aeroportuária, em virtude da pandemia de COVID-19, estariam em desacordo com o arcabouço jurídico brasileiro. Pretende-se, portanto, verificar se as decisões do órgão regulador são compatíveis com os entendimentos doutrinário, jurisprudencial, regulatório e administrativo então dominantes no Brasil. Tratando-se de estudo de caso, a metodologia terá como base a análise detalhada do pedido formulado pelo concessionário do aeroporto do Galeão e da decisão adotada pela agência, que depois serão confrontados com os resultados das pesquisas doutrinária, de julgados judiciais e regulatórios e de pareceres elaborados pelo órgão de assessoramento jurídico do governo federal.

Palavras-chave: Direito Regulatório. Equilíbrio econômico-financeiro. Concessão. Infraestrutura aeroportuária.

ABSTRACT

COELHO, Bernardo Corrêa Cardoso. **A pandemia e o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões de infraestrutura aeroportuária: o caso do aeroporto do Galeão.** 2022. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The hypothesis of this work is that the decisions adopted by the National Civil Aviation Agency (ANAC) in the judgments of requests for economic and financial rebalancing formulated by airport infrastructure concession holders, due to the COVID-19 pandemic, would diverge from Brazilian's legal framework. It is intended to verify if the decisions of the agency are compatible with the doctrinal, jurisprudential, regulatory and administrative understandings then dominant in Brazil. Since this is a case study, the methodology will be based on a detailed analysis of the request made by the Galeão airport concession holder and the decision adopted by the regulatory body, which will then be confronted with the results of doctrinal research, judicial and regulatory judgments and opinions of the legal advisory body of the federal government.

Keywords: Regulatory law. Economic and financial rebalancing. Concession. Airport infrastructure.

LISTA DE ABREVIATURAS

AGU	Advocacia-Geral da União
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ASGA	Aeroportos de São Gonçalo do Amarante
CC	Código Civil
CONJUR	Consultoria Jurídica
DAC	Departamento de Aviação Civil
GERE	Gerência de Regulação Econômica/SRE/ANAC
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
LGC	Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95)
LGL	Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93)
MINFRA	Ministério da Infraestrutura
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPP	Parceria Público-Privada
SRE	Superintendência de Regulação Econômica/ANAC
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas das União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 AS CONCESSÕES DE AEROPORTOS NO BRASIL E A PANDEMIA DE COVID-19	23
1.1 Breve histórico da aviação comercial no Brasil e no mundo	23
1.2 O desenvolvimento dos aeroportos brasileiros durante o século XX e o seu regime jurídico.....	25
1.3 O advento da pandemia de COVID-19 e seus impactos sobre a atividade aeroportuária no Brasil	30
2 O PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO FORMULADO PELA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DO GALEÃO E O SEU JULGAMENTO PELA ANAC	37
2.1 Do pedido.....	38
2.1.1 O advento da pandemia de COVID-19, sua configuração como caso fortuito ou força maior e a alocação do risco ao poder concedente	38
2.1.2 Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	40
2.1.3 Do fato do príncipe.....	40
2.2 Os contratos da 3ª rodada de concessões e suas matrizes de riscos	41
2.3 A decisão proferida pela ANAC	43
3 A ANÁLISE DO PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO FORMULADO PELA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DO GALEÃO E DO JULGAMENTO REALIZADO PELA ANAC	47
3.1 O equilíbrio econômico-financeiro, sua previsão na legislação brasileira e sua concepção doutrinária, jurisprudencial e regulatória	47
3.2 A análise da matriz de riscos do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão.....	53
3.3 Da ocorrência da pandemia de COVID-19 como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.....	58

3.3.1	Do enquadramento da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior e de suas consequências: revisão extraordinária ou resolução do contrato?	59
3.3.2	Da aplicação subsidiária da teoria da imprevisão ao contrato de concessão do aeroporto do Galeão	65
3.3.2.1	Da (in) aplicabilidade do artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 como fundamento para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão ..	74
3.4	Do fato do príncipe	77
3.5	Do aparente conflito entre o caso fortuito/força maior e a os riscos de demanda....	82
4	CONCLUSÃO	87
4.1	Qual era o objetivo deste trabalho?	87
4.2	Qual o caminho percorrido para testar a hipótese do trabalho e quais as conclusões a que se chegou?.....	87
4.3	Considerações finais	91
	REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

A invenção do avião, no início do século XX, foi logo percebida como uma forma muito eficiente de cobrir enormes distâncias em pouco tempo, o que seria especialmente útil em países com grandes extensões territoriais e com infraestrutura de transportes ainda deficiente. Não tardou, portanto, para que os investimentos no transporte aéreo dessem origem a uma ainda incipiente aviação comercial.

O desenvolvimento constante das aeronaves, com aumento de velocidade, de tamanho e de capacidade de carga passou a exigir que as antes rudimentares pistas de pouso fossem substituídas por infraestruturas mais modernas e seguras, criadas para atender especificamente à aviação comercial. Esses equipamentos eram os aeródromos ou aeroportos.

O crescimento do número de rotas e de passageiros transportados em linhas domésticas ou internacionais difundiu os aeroportos pelo mundo, inclusive pelo Brasil. Com o passar do tempo, as infraestruturas aeroportuárias, que se voltavam exclusivamente para a atividade de aviação, tornaram-se verdadeiros centros comerciais e de lazer, exigindo pesados investimentos por parte de seus controladores.

O Brasil, que durante muito tempo viu seus aeroportos serem administrados diretamente pelo Ministério da Aeronáutica, criou uma empresa pública (INFRAERO) com o intuito específico de cuidar da infraestrutura de transporte aéreo. No fim do século XX, no entanto, o pequeno orçamento da INFRAERO, insuficiente para modernizar os aeroportos brasileiros, somado à alteração de rumo da economia brasileira promovida pela Constituição de 1988, que instituíra um modelo de Estado Regulador, deu início a uma série de reformas no aparelho estatal.

A primeira grande alteração foi a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), responsável pela regulação da atividade de transporte aéreo e da atividade de exploração de infraestruturas aeroportuárias. Pouco tempo depois, no início da década de 2010, tiveram início as primeiras concessões de infraestruturas aeroportuárias federais.

O aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro/RJ, foi concedido à exploração da iniciativa privada durante o auge dos investimentos particulares em Infraestrutura no Brasil. Naquele momento, acreditava-se na concretização do potencial de expansão da economia brasileira,

ideia que era reforçada pelos grandes eventos que o Brasil sediaria, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, na própria cidade do Rio de Janeiro.

Pouco tempo depois das concessões, no entanto, o Brasil passou a sofrer grave crise econômica, que derrubou as previsões de passageiros a serem transportados e, conseqüentemente, dos lucros a serem auferidos pelos concessionários de aeroportos. Todavia, o golpe que estava por vir seria ainda mais duro para a saúde financeira das concessionárias.

No início de 2020, a doença causada por um novo coronavírus (COVID-19), que fora identificada no final de 2019 na cidade Wuhan, na China, espalhou-se rapidamente pelo mundo, atingindo o patamar de pandemia, e não tardou a alcançar o território brasileiro. Assim como ocorrera em outros países, provocou fechamentos de estabelecimentos comerciais e redução (voluntária ou obrigatória) no deslocamento de cidadãos e fechamentos de fronteiras, o que praticamente paralisou o transporte aéreo e, por consequência, a atividade aeroportuária.

Os aeroportos brasileiros, que já sofriam com a longa crise da economia brasileira, viram as suas receitas minguarem da noite para o dia e, de forma quase imediata, apresentaram pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com base nos contratos de concessões de exploração de Infraestrutura aeroportuária firmados anos antes. A ANAC, então, passou a analisar pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com valores muito superiores àqueles aos quais estava acostumada, além de precisar decidir com base em normas entendimentos que não haviam sido desenhados levando em consideração a existência de uma crise tão severa.

A primeira pandemia em mais 100 anos colocou à prova o arcabouço jurídico que versava sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. De forma quase imediata, surgiam opiniões diametralmente opostas: enquanto uns entendiam que o Estado deveria ser o único e integral garantidor da crise, outros afirmavam que caberia aos concessionários suportar os prejuízos decorrentes do evento, uma vez que estariam explorando atividade econômica.

Essa celeuma criada no meio jurídico não é discussão meramente acadêmica, decorrente de mero amor ao debate. A consequência prática da posição eventualmente adotada por ser imputar um prejuízo de dezenas de bilhões de reais a um Estado já debilitado financeiramente ou a particulares incapazes de suportar o dano e dar continuidade às

atividades desempenhadas. A atualidade do tema e sua importância prática estimularam-nos a realizar esta pesquisa.

O objetivo deste trabalho será o de analisar o comportamento da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) frente aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro apresentados pelas concessionárias de exploração de Infraestrutura aeroportuária. Pretende-se verificar se os pedidos e as decisões são compatíveis com as normas e os entendimentos doutrinário, jurisprudencial, administrativo e regulatório até então existentes, bem como com as manifestações realizadas em decorrência do advento da própria pandemia. A hipótese, no começo, desta pesquisa, era de que as decisões da ANAC estariam levando em conta o momento social turbulento e as dificuldades econômicas enfrentadas pelos concessionários, empregando soluções que teriam caráter muito mais pragmático do que jurídico.

A fim de podermos nos deter com maior atenção aos detalhes do pedido e da decisão, optamos por realizar um estudo de caso e, para isso, selecionamos o requerimento apresentado pela concessionária do aeroporto do Galeão à ANAC. O aeroporto carioca, como se sabe, além de ser um dos mais severamente atingidos pela pandemia, já enfrentava uma frustração de demanda bastante significativa, o que permitirá analisar uma possível confusão entre os riscos definidos na matriz do contrato (caso fortuito/força maior x não efetivação da demanda).

O intuito é de que ao final do trabalho tenhamos a capacidade de estabelecer se a decisão da ANAC é compatível com o arcabouço jurídico brasileiro até então existente e, ainda, se os entendimentos anteriormente exarados se aplicam a uma situação tão excepcional quanto a de uma pandemia, ou se um evento tão excepcional pede a aplicação de entendimentos específicos.

1 AS CONCESSÕES DE AEROPORTOS NO BRASIL E A PANDEMIA DE COVID-19

1.1 Breve histórico da aviação comercial no Brasil e no mundo

A invenção do avião, nos primeiros anos do século XX, não demorou a resultar no início da aviação comercial. Já em 1914, estabelecia-se aquela que é reconhecida como a primeira linha aérea regular da história, entre as cidades de São Petersburgo e Tampa, ambas localizadas no Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América¹.

O advento da 1ª Guerra Mundial, no final da década de 10 do século XX, interrompeu o desenvolvimento da ainda incipiente aviação comercial, uma vez que os poucos aviões existentes eram todos direcionados aos esforços de guerra. Todavia, o estímulo concedido pelo governo norte-americano às companhias aéreas, responsáveis principalmente pelo transporte de correspondências dentro de um país de dimensões continentais, contribuiu para manter acesa a chama da aviação nos Estados Unidos.

O Brasil, embora tenha registrado o primeiro voo em solo nacional em 1911², viu a aviação comercial no país florescer apenas no final da década seguinte, mais precisamente a partir de 1927. Foi em 1ª de janeiro desse ano que a empresa alemã *Condor Syndikat* realizou voo de apresentação a Vitor Konder, o então Ministro de Viação e Obras Públicas.

Naquela época, no entanto, os aviões ainda eram pequenos, possuíam autonomia restrita e voavam a baixas altitudes, o que permitia o transporte de poucos passageiros por voo, exigia constantes paradas para reabastecimento e tornava a viagem desagradável para a maior parte dos viajantes³. Esses fatores, somados às baixas velocidades alcançadas pelas aeronaves, faziam-nas perder a disputa com os automóveis e as ferrovias.

Se, por um lado, as pequenas dimensões e a pouca complexidade das aeronaves da ocasião não permitiam o pleno desenvolvimento da aviação comercial, por outro, era possível pousá-las em praticamente qualquer “planície com boa drenagem” (AURÉLIO, 2017) ou

¹ AURÉLIO, BRUNO. **A exploração da infraestrutura aeroportuária no Brasil: a Infraero e as concessionárias de serviço público**. São Paulo. Contracorrente. 2017. p. 33.

² HANGAR 33 (Brasil). **Edmond Plauchaud e o levantar voo da aviação brasileira**. 2014. Disponível em: <http://blog.hangar33.com.br/edmond-plauchut-e-o-levantar-vo-da-aviacao-brasileira/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

³ FERREIRA, Josué Catharino. **Um breve histórico da aviação comercial brasileira**. 2017. In: XII Congresso Brasileiro de História Econômica e 13ª Conferência Internacional de História de Empresas. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/uploads/ABPHE%202017/16%20Um%20breve%20hist%C3%B3rico%20da%20avia%C3%A7%C3%A3o%20comercial%20brasileira.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

mesmo em lâminas d'água, uma vez que muitos dos aviões utilizados nos primeiros voos realizados em solo nacional eram hidroaviões, como era o caso da linha operada entre Rio de Janeiro e Porto Alegre/RS, cujo embarque na cidade gaúcha era realizado na Prainha do Rio Guaíba⁴.

A primeira norma a reger os aeroportos foi Decreto nº 16.983, de 22 de julho de 1925, que aprovou o regulamento para os Serviços Civis de Navegação Aérea. O diploma normativo previa apenas a possibilidade da União e dos Estados estabelecerem e manterem os aeródromos (artigo 31) mas, na prática, a sua administração foi transferida às companhias aéreas, muito em virtude da desnecessidade de criação de infraestrutura aeroportuária. O governo federal, por intermédio do Ministério da Viação de Obras Públicas, ficara responsável apenas pela “imediata jurisdição e fiscalização.”⁵.

Dois fatores contribuíram decisivamente para estimular a até então lenta expansão da aviação comercial no início do século XX. O primeiro, a viagem intercontinental realizada em 21 de maio de 1927 pelo avião *Spirit of Saint Louis*, que pousou em Paris, França, depois de decolar de Long Island, nos Estados Unidos⁶. A viagem mostrou que seria possível que aviões atravessassem oceanos sem a realização de escalas, aumentando o alcance do transporte aéreo. O segundo fator foi a criação do avião DC-3, capaz de transportar um número até então inimaginável de passageiros (entre 21 e 32 passageiros, dependendo da configuração), tornando as passagens aéreas mais baratas e, conseqüentemente, acessíveis a um público que até então não tinha a possibilidade de utilizar o transporte aéreo.

A deflagração da 2ª Guerra Mundial, em 1939, em que pese tenha suspenso temporariamente grande parte das rotas comerciais, também contribuiu de forma definitiva para a consolidação do transporte aéreo. Ao contrário do que ocorrera na 1ª Guerra Mundial, quando as aeronaves ainda estavam em estágio inicial de desenvolvimento, na 2ª Guerra os aviões já eram considerados equipamentos importantes tanto como máquinas de guerra (bombardeiros e caças) quanto de transporte de tropas e de equipamentos (cargueiros). Foram os maciços investimentos realizados durante a guerra que permitiram, por exemplo,

⁴ BRASIL. Infraero. Secretaria de Aviação Civil da Presidência. **INFRAERO, 40 anos servindo pessoas, empresas e o Brasil.** 2013. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/portal/images/stories/Infraero/INFRAERO40ANOS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁵ BRASIL. Decreto nº 16.983, de 22 de julho de 1925. Aprova o regulamento para os Serviços Civis de Navegação Aérea. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, RJ, 28 ago. 1925. Seção 1, p. 16934.

⁶ BARBOSA, Mariana. **Como nasceu a indústria do transporte aéreo.** 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/como-nasceu-a-industria-do-transporte-aereo/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

que surgisse o primeiro caça a jato da história, o Messerschmitt Me 262 Schwalbe. Uma vez encerrada a guerra, toda a tecnologia desenvolvida em virtude dos embates foi direcionada à aviação comercial, que agora contava com aeronaves maiores, mais rápidas, mais seguras e com capacidade de voarem a maiores altitudes, dando início à chamada “*golden age*” da aviação comercial, a partir da década de 50 do século XX.

1.2 O desenvolvimento dos aeroportos brasileiros durante o século XX e o seu regime jurídico

O aumento do tamanho das aeronaves, de suas velocidades e capacidades de carga demandava também uma infraestrutura aeroportuária mais moderna, uma vez que as pistas, agora indispensáveis, precisavam ser maiores e mais seguras; os terminais de embarque e desembarque deveriam ser capazes de suportar, simultaneamente, um número cada vez maior de passageiros; e terminais de abastecimento precisariam comportar grande quantidade de combustível. Além disso, a expansão do transporte aéreo de cargas exigia a construção de infraestrutura até então inexistente.

No início da década de 1960, no entanto, por mais que a União já tivesse retomado o controle dos aeroportos brasileiros das mãos das companhias de transporte aéreo⁷, a precária infraestrutura de grande parte dos aeródromos nacionais havia feito com que o oligopólio formado pelas maiores empresas do país (VARIG, VASP, Cruzeiro do Sul e Transbrasil) decidisse “reduzir o número de cidades atendidas, em parte devido à inadequação dos aeroportos, incompatíveis com os aviões modernos que as aéreas utilizavam e em parte devido ao baixo rendimento econômico que tais rotas propiciavam às empresas.”⁸

Naquela oportunidade, a realidade dos aeroportos brasileiros estava muito distante da considerada ideal para receber as modernas aeronaves e os crescentes número de passageiros e volume de cargas. O aeroporto de Congonhas, por exemplo, localizado no coração daquela que, à época, já era a maior cidade brasileira (São Paulo/SP), não possuía esteira de bagagens, enquanto no terminal de Curitiba/PR não havia telefones públicos, por exemplo⁹. A segurança da navegação aérea também estava comprometida, pois apenas 5 dos 137 aeroportos

⁷ AURÉLIO, op. cit., p. 37.

⁸ FERREIRA, op. cit.

⁹ BRASIL. INFRAERO, op. cit.

brasileiros na ocasião possuíam radar ou o chamado Instrument Landing System (ILS), que permitia operações de pousos e decolagens por instrumentos.

A Aeronáutica, órgão da União responsável pela administração dos aeródromos durante a década de 1960, tinha ciência de que a velocidade da burocracia estatal seria insuficiente para acompanhar as transformações que a aviação comercial impunha às estruturas aeroportuárias, fazendo surgir, no seio da própria Força Aérea, uma comissão responsável por elaborar propostas para a solução dos problemas. A comissão, em consonância com os instrumentos normativos modernizadores da Administração Pública Federal (Decreto-Lei nº 200/67 e Decreto-Lei nº 900/69), propôs a criação de entidade da administração indireta para assumir o controle da infraestrutura aeroportuária.

Na esteira dos resultados do trabalho formulado pela comissão militar, foi editada a Lei nº 5.580, de 25 de maio de 1970, que autorizou a União a constituir a sociedade de economia mista denominada ARSA – Aeroportos Rio de Janeiro S.A., vinculada ao Ministério da Aeronáutica, cujo objeto seria a implantação, administração, operação e exploração do novo Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, o Galeão.

Aparentemente, a experiência realizada com a ARSA foi considerada bem-sucedida, uma vez que menos de três anos depois foi publicada a Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, que autorizou a União a constituir uma nova entidade da administração pública indireta, dessa vez uma empresa pública, denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, também vinculada ao Ministério da Aeronáutica.

Ao contrário do que ocorrera com a ARSA, a INFRAERO não ficou circunscrita à administração de aeroportos em uma determinada unidade federativa: o objetivo era o de que a empresa pública recém-criada passasse a administrar todos os aeroportos federais do país. Tanto é assim que a própria ARSA, constituída dois anos antes, passou à condição de subsidiária da nova empresa pública (artigo 8º, parágrafo único da Lei 5862/1972), até ser definitivamente incorporada em 1987.

Nos primeiros anos de administração da INFRAERO, os aeroportos brasileiros passaram por significativas transformações. Reformas foram realizadas nas pistas dos principais aeródromos, aumentando a segurança de pousos e decolagens e permitindo que as aeronaves decolassem com sua carga total, o que aumentava o lucro das companhias aéreas. Capítulo à parte na história da INFRAERO, o Aeroporto do Galeão, inaugurado em 1977 na cidade do Rio de Janeiro/RJ, era considerado o mais moderno do Brasil e, segundo a revista Veja, a

“sofisticação do Galeão só encontra paralelo nos grandes aeroportos internacionais da Europa e dos Estados Unidos.”¹⁰

A grave crise econômica por que passou o Brasil na década de 1980 (considerada a década perdida em toda a América Latina, em virtude da grande estagnação econômica que assolou os países da região), no entanto, impediu o desenvolvimento econômico nacional e, conseqüentemente, o da aviação comercial. Nesse momento, os poucos voos e o baixo número de passageiros não demandavam a ampliação da infraestrutura aeroportuária, permitindo que os desembolsos realizados pela INFRAERO fizessem frente aos desafios da época.

No fim da década de 1980, no entanto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 daria início a significativas mudanças na organização jurídica brasileira. A Carta Magna dava fim ao Estado Social que surgira após a Segunda Guerra Mundial e que concentrava em suas mãos o exercício de diversas atividades econômicas. Parcialmente inspirada pelos ventos neoliberais que sopravam dos Estados Unidos e da Europa desde o fim da década de 1970, a Constituição Federal instituiria o denominado Estado Regulador. Agora, com exceção das atividades consideradas serviços públicos, que seriam destacadas do livre mercado, as demais atividades econômicas seriam de livre exercício pela iniciativa privada. Mais do que isso, a intervenção estatal direta nessas atividades demandaria a demonstração de “imperativos de segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo” (artigo 173 da Constituição Federal de 1988).

Além da nova Constituição Federal, os primeiros Presidentes da República eleitos a partir de 1989 também possuíam inclinações liberais. O resultado foi o início de diversas reformas estruturais que alterariam significativamente o Estado brasileiro.

O primeiro Presidente eleito após a redemocratização, Fernando Collor de Mello, editou, no dia de sua posse – 15 de março de 1990 - , a Medida Provisória nº 155/1990, que instituía o chamado Plano Nacional de Desestatização (PND), que deu início a uma marcante saída do Estado da exploração de atividades econômicas. Apesar de ter conseguido vender apenas estatais de menor relevância, o movimento iniciado durante o governo do Presidente Collor teve seqüência nos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso.

¹⁰ BRASIL. INFRAERO, op. cit.

Evidentemente, os movimentos liberais praticados em solo nacional durante a década de 1990 acabariam por repercutir sobre a aviação comercial.

A partir do início da década de 1990, o governo brasileiro percebeu que o oligopólio formado pelas três maiores empresas brasileiras de transporte aéreo (VARIG, VASP e Transbrasil) desde a década de 1960 impediria o saudável desenvolvimento da aviação comercial brasileira, passando a adotar medidas capazes de desregular o mercado e estimular a concorrência entre as empresas existentes, dentre as quais se destacam o fim dos monopólios regionais, a liberação do antigo tabelamento de preços das passagens e a derrubada da barreira à entrada de novos concorrentes.

É bem verdade que as medidas foram adotadas pelos governos de forma paulatina ao longo de toda a década de 1990, assim como se fizera na Europa, com o objetivo de evitar o surgimento de uma concorrência predatória¹¹. Ainda assim, as medidas resultaram na alteração do mercado até então estabelecido. O incremento da concorrência e a queda dos preços resultaram em um aumento médio do número de passageiros transportados da ordem de 4% ao ano entre 1997 e 2002¹². Esse aumento, somado ao baixo investimento em infraestrutura aeroportuária que vinha desde a década de 1990, resultou na crise aérea denominada de “Apagão Aéreo”, entre os anos de 2006 e 2007.

Em 2005, dando andamento à concretização do Estado Regulador, foi aprovada a Lei nº 11.182/2005, que instituiu a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), agência reguladora que assumiu diversas atribuições do agora extinto Departamento de Aviação Civil (DAC), órgão do Comando da Aeronáutica, e tornou-se responsável pela regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Logo em seus primórdios, a recém-criada agência reguladora liderou estudo que demonstrou a necessidade de realização de investimentos da ordem de 4,2 bilhões de reais na infraestrutura aeroportuária brasileira até 2010¹³. Os números apresentados pelo estudo escancararam que os investimentos necessários seriam muito superiores às forças da INFRAERO, o que já

¹¹ FERREIRA, op. cit.

¹² YOSIMOTO, Vinicius; CHAMBARELLI, Rafael; MATTOS, Bernardo; OLIVEIRA, Paulo; CAMACHO, Fernando; PINTO, Henrique. A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro. **Revista do Bndes**, Rio de Janeiro, p. 243-292, jun. 2016. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/9394/2/7%20-%20A%20%C3%B3gica%20atual%20do%20setor%20aeroportu%C3%A1rio%20brasileiro_P.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹³ AURÉLIO, op.cit., p. 42.

começara a ficar claro desde a década de 1990. Todavia, a situação, que já era complicada, agravou-se.

A partir de 2004, os seguidos crescimentos do Produto Interno Bruto brasileiro, somados à queda dos preços das passagens, em virtude da desregulamentação do setor, resultaram num aumento exponencial do número de passageiros nos aeroportos brasileiros. Entre os anos de 2004 e 2013, por exemplo, o aumento médio do número de passageiros transportados foi da ordem de 10% ao ano. Segundo a própria INFRAERO, o número de viajantes, que era de 71 milhões em 2003, passou para surpreendentes 209 milhões em 2014.

Durante a década de 2010, enquanto a infraestrutura aeroportuária precisava lidar com um número de passageiros cerca de três vezes maior do que o de dez anos antes, os investimentos estavam praticamente estagnados. Estudo elaborado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) aponta que entre os anos de 2011 e 2015, mesmo com a proximidade de eventos importantes como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a INFRAERO conseguiu executar apenas 58,6% do orçamento autorizado¹⁴.

Por óbvio, o aumento substancial de demanda, somado à falta de investimento em infraestrutura, gerou consequências para o funcionamento dos aeroportos brasileiros. Em 2009, já se possuía diagnóstico de que a maior parte dos vinte maiores aeródromos brasileiros operava, nos horários de pico, com “elevados níveis de atraso e com componentes de embarque lotados”¹⁵, o que resultava em restrições operacionais ou, no mínimo, resultaria em dificuldades em futuro próximo. A situação seria considerada ainda mais grave se levássemos em conta que o mercado de aviação brasileiro estava em estágio inicial de desenvolvimento, com uma média de 0,98 passageiros por habitante ao ano, enquanto mercados maduros possuem média de 3,3 passageiros por habitante ao ano¹⁶.

Além dos números já superarem a capacidade da infraestrutura aeroportuária da ocasião, a situação tenderia a agravar-se com velocidade nos anos seguintes. Dessa forma, “o desafio de realizar vultosos investimentos de curto e médio prazos, somado às restrições fiscais do poder público e à possibilidade de ganho de eficiência com o setor privado, motivou

¹⁴ CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Reflexões sobre investimentos em infraestrutura de transporte no Brasil. **Radar**, Brasília-Df, n. 47, p. 7-21, out. 2016. Bimestral. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/radar47_1_reflexao.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022

¹⁵ YOSIMOTO, op. cit.

¹⁶ YOSIMOTO, op. cit.

o processo de concessão de aeroportos”¹⁷. A solução encontrada pelo Estado brasileiro, no entanto, já tinha visto o seu embrião ser gerado anos antes.

Os estudos liderados pela ANAC em meados dos anos 2000 resultaram na inclusão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (ASGA), localizado na região metropolitana de Natal/RN, no Plano Nacional de Desestatização (PND). Depois ser aprovado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), o edital de concessão do aeroporto foi lançado em 2011 e o leilão ocorreu em 22 de agosto do mesmo ano. Cerca de três meses mais tarde, foi assinado o primeiro contrato de concessão de um aeroporto federal brasileiro.

1.3 O advento da pandemia de COVID-19 e seus impactos sobre a atividade aeroportuária no Brasil

A concessão da exploração do Aeroporto de Natal/RN, considerada exitosa pelo governo brasileiro (muito em virtude do ágio de 228% sobre o valor originalmente previsto para a outorga), resultou em diversas outras rodadas de concessões de infraestruturas aeroportuárias país afora. Apenas um ano após a outorga do aeroporto nordestino à administração privada, foi realizada a segunda rodada de concessões, em cujo bojo estavam os importantes aeroportos de Guarulhos/SP, Viracopos (Campinas/SP) e Brasília/DF.

A terceira rodada de concessões não tardou e em outubro de 2013 foi publicado o edital do processo de concessão do aeroporto do Galeão, localizado no município do Rio de Janeiro/RJ. Com ele, foram também publicados os indispensáveis estudos de viabilidade e, dentre eles, o estudo de mercado que, ao analisar o histórico de passageiros do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, registrou que aquele aeródromo movimentara, em 2012, quase 17,5 milhões de passageiros¹⁸.

O mesmo estudo de mercado, visando subsidiar os valores estabelecidos para o pagamento de outorga e os investimentos a serem realizados pelo futuro concessionário,

¹⁷ MACHADO, Bernardo Viana Zurli; INGOUVILLE, Martin; DAMASCENO, Thiago Machado; SALLES, Daniel Cardoso de; ALBUQUERQUE, Clarissa Taquette Vaz. A evolução recente do modelo de concessão aeroportuária sob a ótica da financeira. **Revista do Bndes**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 7-65, set. 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/19101/1/PRArt214970_A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20modelo%20de%20concess%C3%A3o%20aerportu%C3%A1ria_P_BD.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁸ BRASIL. ANAC. . Estudos de viabilidade do Galeão - Estudo de mercado. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aerportos-concedidos/galeao/audiencia-publica-RJ_MG. Acesso em: 20 ago. 2022.

projetou uma demanda crescente de passageiros para o aeroporto fluminense. De acordo com o relatório, o Galeão movimentaria, em 2015, cerca de 23 milhões de passageiros; em 2018, 28,3 milhões; em 2023, mais de 34 milhões.

No entanto, confirmando a máxima do ramo de aviação, muito bem lembrada pelo Ministro Augusto Nardes, do Tribunal de Contas da União, por ocasião da relatoria do Acórdão nº 4064/2020, de que “é costume se dizer no setor aéreo que a única certeza que se tem sobre as projeções de demanda de passageiros é que elas estão erradas”¹⁹, todas as expectativas de números de passageiros que circulariam pelo Galeão nos anos seguintes à concessão de sua exploração passaram muito longe da realidade. Para se ter ideia, enquanto as estimativas demonstravam que 23 milhões de passageiros circulariam pelo Galeão em 2015, o aeródromo movimentou apenas pouco mais de 16,5 milhões de pessoas; em 2018, movimento de pouco mais de 15 milhões de passageiros, contra uma previsão de mais de 28 milhões; e em 2019, nova queda no número de passageiros transportados, dessa vez para menos de 14 milhões de passageiros²⁰. A situação, que já era ruim, pioraria muito no ano seguinte.

No final de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recebeu as primeiras notificações a respeito de possíveis casos de uma pneumonia que estaria se espalhando pela cidade de Wuhan, na China. Na ocasião, só se sabia que se tratava de uma nova cepa de coronavírus. Contudo, cerca de um mês depois (30 de janeiro de 2020), a OMS já declarava emergência em saúde pública e pouco mais de 2 meses após as primeiras notificações, classificou a doença como uma pandemia²¹. A doença, até então pouco conhecida, disseminou-se rapidamente pelo mundo e em fevereiro de 2020 o Ministério da Saúde brasileiro já identificara o caso de um nacional que se contaminara na Itália²².

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 4064/2020, Processo Nº 025.301/2020-9. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4064%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 19 ago. 2022.

²⁰ BRASIL. Secretaria de Aviação Civil. Ministério da Infraestrutura. **Movimentação de passageiros por ano**. 2022. Disponível em: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial/?auth=s#Aeroporto/Movimentacao/SBGL>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²¹ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2031%20de%20dezembro%20de,identificada%20antes%20em%20seres%20humanos>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²² OLIVEIRA, Elida; ORTIZ, Brenda. **MINISTÉRIO DA SAÚDE CONFIRMA PRIMEIRO CASO DE CORONAVÍRUS NO BRASIL**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/26/ministerio-da-saude-fala-sobre-caso-possivel-paciente-com-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2022.

A elevação do surto de COVID-19 ao patamar de pandemia, por parte da OMS, desencadeou reações legais e administrativas por parte dos governos dos mais diversos países. A China, por exemplo, primeira nação afetada pela doença, determinou o confinamento de populações de cidades inteiras, mesma medida adotada pela Itália após o país peninsular sofrer com o colapso de seu sistema de saúde²³.

O Brasil também não tardou a reagir. Publicada em 7 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979 dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia de coronavírus. A norma, além de prever medidas sanitárias específicas para o enfrentamento à doença, como a realização de exames, vacinação e tratamentos compulsórios, também estabeleceu, no artigo 3º, VI, a possibilidade de “restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos”²⁴ para entrada ou saída do País ou, até mesmo, para locomoção interestadual e municipal.

As drásticas medidas de fechamento de aeroportos jamais chegaram a ser colocadas em prática pela União, ente federativo competente para disciplinar o transporte aéreo e o serviço público aeroportuário, por mais que alguns estados da federação tenham tentado implementá-las, como foi o caso do Rio de Janeiro (art. 4º, X, do Decreto nº 46.980/2020)²⁵. Não foram impostas restrições ao deslocamento de passageiros no âmbito interno, mas foram adotadas providências para impedir a entrada de estrangeiros no Brasil²⁶.

Evidentemente, tanto as medidas adotadas pelo governo como as consequências inerentes ao advento da pandemia de COVID-19 resultaram numa significativa diminuição do movimento de passageiros que utilizaram o transporte aéreo para se locomover pelo Brasil e pelo mundo em 2020. Especialmente em território nacional, as consequências foram sentidas de forma imediata e, no final de abril de 2020, por exemplo, já era possível constatar reduções de até 90% no número de voos realizados em aeroportos brasileiros²⁷.

²³ BBC NEWS BRASIL (Brasil). "Em colapso": a dramática situação dos hospitais da Itália na crise do coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51968491>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dou. Brasília, DF, 7 fev. 2020. v. 158, n. 27, Seção 1, p. 1.

²⁵ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ, 19 mar. 2020. v. 46, n. 51, Seção 1, p. 1.

²⁶ BRASIL. Portaria MJSP nº 149, de 27 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 27 mar. 2020. v. 158, n. 60, Seção 1, p. 1.

²⁷ GARRETT JUNIOR, Gilson. **Aeroportos brasileiros registram queda de 90% em voos durante a pandemia**. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aeroportos-brasileiros-registram-queda-de-90-em-voos-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

Os efeitos deletérios da pandemia para o transporte aéreo se protraíram no tempo, apesar de um pequeno arrefecimento. No final de 2020, os dados consolidados pela ANAC demonstravam uma redução de 52,5% no número de passageiros transportados no Brasil em relação ao ano anterior²⁸, o que fez com que o setor de transporte aéreo fosse o segundo mais afetado pela pandemia, segundo o Ministério da Economia²⁹.

O baixo número de passageiros levou as empresas de transporte aéreo ao cancelamento de diversos voos e até mesmo de linhas aéreas durante o ano de 2020, o que impactou diretamente as finanças do setor aeroportuário, cujas principais fontes de renda são, em regra, as tarifas cobradas de passageiros e das empresas de transporte aéreo.

Os governos nacionais, percebendo a gravidade da situação financeira que acometeria as concessionárias de serviço público, adotaram providências administrativas logo no início do período de pandemia. Documento denominado *“Public Procurement, and infrastructure governance: Initial policy responses to the coronavirus (Covid-19) crisis”*, elaborado pela OCDE com o objetivo de difundir orientações e boas práticas aos países associados, após alertar para o ineditismo da gravidade da situação e para o fato de que nenhuma provisão contratual seria suficiente para fazer frente aos prejuízos gerados pela pandemia, recomendava a adoção de medidas que garantissem a continuidade dos serviços, com base especialmente na negociação entre o poder público e a iniciativa privada, citando ainda o exemplo do Reino Unido, que estaria concedendo financiamento a pequenas, médias e grandes empresas e evitando, assim, a aplicação da cláusula *“force major”*, que poderia dar azo à rescisão dos contratos de concessão³⁰.

²⁸ AMATO, Fábio. Transporte aéreo doméstico de passageiros teve queda de 52,5% em 2020, diz ANAC. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/20/transporte-domestico-de-passageiros-teve-queda-de-525percent-em-2020-diz-anac.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁹ BRASIL. Portaria SEPEC/ME nº 20.809, de 14 de setembro de 2020. Diário Oficial da União. 177. ed. Brasília, DF, 15 set. 2022. Seção 1, p. 47.

³⁰ Mobility restrictions have also been an obstacle in the sense that workers have been unable to access the countries or regions where construction sites are located. No contractual provisions were designed to deal with the interruption of social and economic interactions of this magnitude. Therefore, accurately identifying the losses suffered by each infrastructure contractor, and bolstering negotiation between public and private parties to swiftly settle these damages, is a growing priority amongst countries.

Throughout the first stages of the crisis, governments had to adopt measures to manage ongoing infrastructure contracts and address the obstacles that economic disruptions may have posed in their execution. The most common response has been to ensure service continuity, even under strict lockdown measures. Since the construction sector is mainly a cash flow driven business, some OECD governments have designed different strategies to ensure project liquidity. For instance, the **United Kingdom** is providing finance support mechanisms at various levels, from SMEs to larger infrastructure corporations such as corporate finance facilities, business interruption loans schemes and bounce-back loans.

No Brasil, o governo federal agiu rapidamente com o objetivo de garantir a continuidade dos serviços públicos de transporte, em especial aqueles ligados ao setor aéreo. Além da edição da Medida Provisória nº 925/2020, publicada no dia 19 de março, que garantiu aos concessionários de infraestrutura aeroportuária a possibilidade de postergarem para o dia 18 de dezembro de 2020 o pagamento das contribuições fixas e variáveis devidas pela assinatura do contrato, também publicou, em meados de abril de 2020, o Parecer nº 261/2020³¹, oriundo da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura que, em suma, considerou possível a caracterizar a pandemia de COVID-19 como caso fortuito ou força maior, para fins de aplicação da Teoria da Imprevisão, com o consequente restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Pouco tempo depois das medidas adotadas pelo governo federal, a concessionária do Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, apresentou à ANAC pedido de reequilíbrio econômico-financeiro³² do contrato de concessão para exploração dos serviços de infraestrutura aeroportuária, baseada, principalmente, nas seguintes premissas: i) a pandemia de COVID-19 configuraria caso fortuito ou força maior e ii) as medidas adotadas pelo poder público com o objetivo de combater a pandemia configurariam atos do príncipe.

Embora a questão já tenha sido definitivamente decidida pela ANAC, o objetivo desta pesquisa é exatamente analisar o pedido formulado pela concessionária do Galeão à ANAC e a decisão adotada pela agência reguladora para concluir se ele está de acordo com os atuais entendimentos doutrinário, jurisprudencial e dos órgãos de controle e regulatórios. Para tanto, pretende-se enfrentar, necessariamente, as seguintes questões:

With respect to the application of *force major* clauses and methodologies for contract renegotiation, the response has differed across OECD countries. The **United Kingdom** adopted general guidelines for Private Finance Initiatives (PF1 and PF2), indicating that the COVID-19 emergency is not, and will not be, regarded as an event of force majeure. On the other hand, the **French** government has deployed a unit within the Ministry of Finance to provide assistance to public agencies on how to settle the damages suffered by the private sector and to individually deal with the application of provisions to re-balance contracts in case of unforeseen events¹¹². Likewise, **Spain** passed a decree stating the conditions under which concession agreements can be rebalanced due to the effects generated by COVID-19¹¹³. This measure aims to compensate private contractors for losses in revenue and over-costs generated during execution of the contract (including additional wage costs). **Portugal** also adopted similar guidelines to rebalance concession agreements in case of losses suffered by private contractors as a result of measures adopted by the government during the state of emergency.

³¹ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

³² BRASIL. ANAC. . Processo nº 00058.018827/2020-66. 2020. Documento 4518264. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?iI3OtHvPArITY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0IaDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWVlqQ3Q7ryuRO31dkOYibBOyY_IT389VuvUVKlAsbBX5mpGR. Acesso em: 17 jun. 2022.

- a) Existe um direito ao equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de concessão? Existe previsão constitucional ou legal a ampará-lo ou esse direito depende de previsão contratual?
- b) As matrizes de riscos de contratos de concessão são compatíveis com as previsões constitucionais/legais a respeito do equilíbrio econômico-financeiro?
- c) Se as matrizes de riscos constantes dos contratos previrem distribuição de riscos distinta daquela eventualmente estabelecida pela lei, qual delas deve prevalecer?
- d) O contrato de concessão do aeroporto do Galeão contém uma matriz de riscos? Se sim, de que forma estão distribuídos os riscos?
- e) A pandemia de COVID-19 pode ser enquadrada como caso fortuito ou força maior no caso do contrato do aeroporto do Galeão?
- f) O evento enquadrado como caso fortuito/força maior é risco ou incerteza? Deveria estar previsto em matriz de riscos?
- g) É possível aplicar a teoria da imprevisão de forma subsidiária às matrizes de riscos de contratos de concessão? No caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, é possível a sua aplicação subsidiária?
- h) O artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 se aplica aos contratos de concessão?
- i) As medidas sanitárias adotadas pelo poder público com o objetivo de combater a pandemia de COVID-19 podem ser classificadas como “atos do príncipe” no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária? Se sim, dariam ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?
- j) Há necessidade de compatibilizar os riscos de demanda, atribuídos à concessionária, com a ocorrência de casos fortuitos ou de força maior, atribuídos ao poder concedente? Se sim, como fazê-lo?

2 O PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO FORMULADO PELA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DO GALEÃO E O SEU JULGAMENTO PELA ANAC

As primeiras medidas drásticas decretadas pela Administração Pública após o início da pandemia datam do mês de março de 2020, como é o caso do Decreto Estadual nº 46.973, de 16 de março de 2020, do Estado do Rio de Janeiro, que em seu artigo 4º determinou a suspensão, por 15 (quinze) dias, de determinadas atividades na circunscrição daquele ente federativo e, no artigo 5º, recomendou restrição ao funcionamento de diversas atividades econômicas, entre elas a “operação aeroviária com origem em estados e países com circulação confirmada do coronavírus ou situação de emergência decretada”³³.

É verdade que a menção às operações aeroviárias era uma mera recomendação e nenhuma medida adotada pelo poder público, seja ele municipal, estadual ou federal chegou a impedir o funcionamento do aeroporto do Galeão, mas ainda assim o movimento nos aeroportos caiu drasticamente a partir de março de 2020. O ano registrou uma queda no número de voos de cerca de 51% (cinquenta e um por cento) em relação a 2019, mas o mês de abril de 2020, por exemplo, chegou a registrar queda de 90% (noventa por cento) no número de voos em relação ao mesmo mês do ano anterior, como aponta o Anuário do Transporte Aéreo de 2020, publicado pela ANAC³⁴.

Dada a significativa redução das receitas decorrentes da exploração da infraestrutura aeroportuária, não demorou muito para que a Concessionária Aeroporto do Rio de Janeiro S.A. inaugurasse, em 21 de maio de 2020, o processo administrativo número 00058.018827/2020-66 na ANAC, apresentando logo em seguida, nos mesmos autos, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Neste capítulo, o que se pretende é apresentar o pedido formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão e os seus fundamentos, sem a realização de sua análise, que será efetuada no Capítulo 3.

³³ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.973, de 16 de março de 2020. Reconhece a situação de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro em razão do contágio e adota medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (COVID-19), e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. 46. ed. n. 49, p. 1.

³⁴ BRASIL. ANAC. **Anuário do Transporte Aéreo 2020**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 19 ago. 2022.

2.1 Do pedido

No dia 9 de julho de 2020, a Concessionária Aeroporto do Rio de Janeiro S.A. apresentou pedido de revisão extraordinária³⁵ do contrato de concessão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro (Galeão), restrito ao ano de 2020, com base em diversos fundamentos que serão detalhados nos tópicos abaixo.

2.1.1 O advento da pandemia de COVID-19, sua configuração como caso fortuito ou força maior e a alocação do risco ao poder concedente

Segundo a concessionária do Galeão, “o surto do novo coronavírus tem-se alastrado pelo mundo, com significativo impacto nos mais diversos setores produtivos”. A doença também teria ocasionado a “contaminação de milhares de pessoas e a morte de tantas outras”.

Afirma a concessionária, ainda, que a pandemia de COVID-19 não pode ser enquadrada “como situação de risco ordinário”, uma vez que “o setor aéreo, especificamente, deve sofrer os impactos negativos da pandemia até o fim de 2023, pelo menos”. Além disso, haveria “contexto amplo que configura evento de força maior, inclusive materializado em atos estatais (fato do príncipe) e que enseja a aplicação da teoria da imprevisão”.

O pedido formulado sustenta que “os pressupostos para a configuração do caso fortuito ou força maior são a necessidade (vinculação entre os fatos extraordinários e os impactos sobre as condições contratuais) e inevitabilidade”. Consequências necessárias da pandemia de COVID-19 seriam a “queda brusca na demanda, a criação de encargos adicionais para a Concessionária, a perda de receitas tarifárias e não tarifárias” e outros.

A fim de sustentar as afirmações realizadas, o documento indica a ocorrência de profundos impactos sobre o contrato de concessão, especificamente sobre as receitas tarifárias (em virtude da queda do número de passageiros e de voos, que chegou a alcançar a marca de 90% em abril de 2020) e não-tarifárias (também decorrente da redução da circulação de passageiros e em virtude da recomendação de que somente atividades essenciais permanecessem em funcionamento). Segundo a concessionária, a situação de emergência em

³⁵ BRASIL. ANAC. **Processo nº 00058.018827/2020-66**. Petição (documento nº 4518264). 2020. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 21 ago. 2022.

saúde pública e os seus efeitos sobre o setor aéreo foram amplamente reconhecidos pelo próprio poder público, passando então a citar instrumentos legais e administrativos que corroborariam a tese. Além do Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de coronavírus e da Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento à pandemia, cita-se, especificamente, os seguintes:

- a) **Medida Provisória 925, de 18 de março de 2020**, que dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em virtude da pandemia de COVID-19. O instrumento normativo, que em sua exposição de motivos reconheceu que “com drástica redução da demanda presente e futura, as empresas tiveram suas receitas drasticamente reduzidas”, permitiu a postergação do pagamento das contribuições fixas e variáveis decorrentes dos contratos de concessão com vencimento no decorrer de 2020 para o dia 31 de dezembro do mesmo ano.
- b) O **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, que teria reconhecido explicitamente que “a pandemia do novo coronavírus configura evento de força maior ou caso fortuito e fato do príncipe, caracterizando álea extraordinária que justifica o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes”.

Após apontar o evento pandemia de COVID-19 como causador de prejuízo e indicar que ele poderia ser classificado como caso fortuito ou força maior, em virtude de suas características, o documento indica que há previsão expressa, no contrato de concessão celebrado, no sentido de que a ocorrência de tais eventos deva ser suportada exclusivamente pelo poder concedente, dando ensejo à revisão extraordinária do contrato. Ato contínuo, cita as cláusulas 5.2 e 5.2.8 do contrato de concessão do Galeão, que assim dispõem:

“5.2 . Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar revisão extraordinária deste contrato:

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o contrato.”

Em seguida, com o objetivo de afastar a hipótese de exclusão de responsabilidade presente na parte final da cláusula 5.2.8, o pedido afirma que “não existe nenhum produto disponível comercialmente no mercado segurador brasileiro que possa cobrir eventuais perdas de receitas, lucros cessantes ou responsabilidade civil relacionadas com o evento Covid-19”.

2.1.2 Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Após citar o enquadramento da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior, risco alocado contratualmente ao poder concedente, o pedido passa a discorrer sobre o direito à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e sua previsão em diversos postulados constitucionais, como os princípios da eficiência, isonomia, razoabilidade, continuidade do contrato administrativo e da proteção à propriedade privada.

O pedido afirma, ainda, que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro encontraria previsão específica no artigo 37, XXI da Constituição Federal, no artigo 10 da Lei nº 8.987/95 e no artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos administrativos.

Por último, aponta-se a previsão do artigo 2º da Resolução nº 528 da ANAC, que estabelece que o processo de revisão extraordinária tem por objetivo compensar as perdas ou ganhos da concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados ao poder concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou despesas ou das receitas da concessionária, nas condições estabelecidas no Contrato.

2.1.3 Do fato do príncipe

Não há, em todo o pedido realizado pela Concessionária do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, um tópico específico para tratar da possibilidade de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de condutas da Administração Pública que pudessem ser enquadradas como “fatos do príncipe”.

É de se destacar, no entanto, que o documento cita diversas vezes que atos praticados pelo poder concedente (e por outros entes federativos) configurariam “fatos do príncipe”. Tratando-se de fundamentos empregados pela concessionária com o objetivo de embasar o seu pedido, optamos por analisar a questão em ponto separado.

Ao tratar especificamente dos prejuízos gerados pela pandemia de COVID-19, o pedido formulado indica diversos atos normativos da Administração Pública que teriam impactado as receitas da Concessionária. Menciona-se, especificamente:

- a) **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**, que ao dispor sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, estabelece a possibilidade de adoção de medidas de isolamento, quarentena e restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos;
- b) **Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020** e normativos subsequentes, que trataram da restrição temporária e excepcional da entrada de estrangeiros no País;
- c) **Portaria nº 454 do Ministério da Saúde, de 20 de março de 2020**, que determina o isolamento domiciliar de pessoas com sintomas de doenças respiratórias;
- d) **Decreto Municipal nº 47.283, do Rio de Janeiro/RJ, de 21 de março de 2020**, que prevê a restrição ao exercício de diversas atividades econômicas;
- e) **Decreto Municipal nº 47.375, do Rio de Janeiro/RJ, de 18 de abril de 2020**, que estabelecia o uso obrigatório de máscaras de proteção facial;
- f) **Nota Técnica ANVISA nº 101/2020, de 15 de maio de 2020**, que atualizou medidas sanitárias a serem adotadas em aeroportos e aeronaves para combate à COVID-19;
- g) **Lei Estadual nº 8.859, do Rio de Janeiro, de 3 de junho 2020**, que tornou obrigatório o uso de máscaras de proteção facial no âmbito do Estado do Rio de Janeiro

2.2 Os contratos da 3ª rodada de concessões e suas matrizes de riscos

O contrato de concessão³⁶ firmado entre o Poder Concedente (ANAC) e a concessionária Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro S.A., para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do complexo portuário do Aeroporto Antonio Carlos Jobim – Galeão, no Rio de Janeiro/RJ, é um contrato padrão para os aeroportos que integraram a 3ª rodada de concessões de aeroportos federais (Galeão e Confins/MG).

O contrato está estruturado em capítulos, que se subdividem em seções. De todos os capítulos, os que interessam ao objeto desta pesquisa são o Capítulo V – Da alocação de riscos e o Capítulo VI – Do equilíbrio econômico-financeiro. O Capítulo V está subdividido em duas seções: Seção I, que trata dos riscos do poder concedente e Seção II, que cuida dos riscos da concessionária. Consta da Seção I o subitem 5.2.8, que assim dispõe:

“5.2 Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caos fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento.”

A cláusula 5.3, por sua vez, prevê que “salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.”

Já no que diz respeito aos riscos atribuídos à Concessionária, a Seção II do Capítulo V tem início com a cláusula 5.4, que ora se reproduz:

“5.4 Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

(...)

5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3”

³⁶ BRASIL. ANAC. **Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim, no município do Rio de Janeiro/RJ. 2014.** Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aerportos-concedidos/galeao/audiencia-publica-RJ_MG, no tópico “contratos e anexos”. Acesso em: 19 ago. 2022

Por fim, cumpre destacar que uma vez concretizados os riscos alocados ao Poder Concedente (Capítulo V – Seção I), dá-se ensejo ao procedimento previsto no Capítulo VI – Do equilíbrio econômico-financeiro, na Seção III – Da Revisão Extraordinária. A cláusula 6.21 prevê que:

“6.21. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no Capítulo V – Seção I do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.

2.3 A decisão proferida pela ANAC

O pleito apresentado pela Concessionária do Aeroporto Internacional do Galeão foi analisado pela Gerência de Regulação Econômica (GERE), da Superintendência de Regulação Econômica (SRA) da ANAC, que se manifestou por intermédio da Nota Técnica nº 59/2020/GERE/SRA³⁷. O documento tinha por “objeto apresentar a análise do pedido de revisão extraordinária protocolado pela Concessionária do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão, em 9 de julho de 2020, conforme petição s/n (4518264).”

Antes de analisar especificamente o pedido, o documento elaborado pela GERE/SRA estabelece que a premissa para a possibilidade de atendimento ao pleito é o “enquadramento do evento na matriz de riscos” do contrato e, para tanto, é necessário que sejam preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii) ausência de cobertura dos prejuízos decorrentes do evento por companhia seguradora; e (iii) efeitos do evento sobre a concessão.

Tratando especificamente da caracterização da pandemia de COVID-19 como evento de força maior, a Nota Técnica cita diversos documentos e diplomas normativos elaborados por organismos internacionais e pelas Administrações Públicas federal, estadual e municipal que teriam atestado a gravidade e excepcionalidade do evento, entre eles a declaração de

³⁷ BRASIL. ANAC. . **Processo nº 00058.018827/2020-66**. 2020. Documento nº 466852. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 26 jul. 2022.

pandemia por parte da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Decreto Legislativo 6/2020, Portarias Interministeriais que proibiram a entrada de estrangeiros no Brasil.

A área técnica da ANAC cita ainda, de forma destacada, o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU³⁸, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, que assim se manifestou:

“I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento **cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas.**

(...)

IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer.”

Após identificar que a doutrina pátria reconhece que os riscos extraordinários são em regra suportados pelo poder público, o documento indica que a teoria das áleas “afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica”.

Por fim, depois de julgar que a pandemia não contava com previsão de cobertura por companhia seguradora no Brasil e que tal evento teria impactado significativamente as receitas da concessionária, a Nota Técnica afirma que “a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro de 2020, conforme requerido pelo pleito.”

A análise da área técnica foi submetida à Diretoria da ANAC e o relator do processo votou³⁹ favoravelmente à aprovação da revisão extraordinária, uma vez que “no que tange às

³⁸ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

³⁹ BRASIL. ANAC. . **Processo nº 00058.018827/2020-66**. 2020. Voto (documento nº 4982474). Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 27 jun. 2022.

concessões aeroportuárias, a pandemia caracteriza-se como evento de força maior enquadrado na matriz de riscos dos contratos de concessões aeroportuárias federais”.

Ato contínuo, a Diretoria da ANAC acompanhou o voto do relator e prolatou a Decisão nº 207⁴⁰, de 12 de novembro de 2020, por intermédio da qual aprovou “a revisão extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão, em razão dos prejuízos causados pela pandemia de COVID-19, com o objetivo de recompor seu equilíbrio econômico-financeiro”. Essa decisão está em linha com o que foi decidido pela agência em outros pedidos de equilíbrio econômico-financeiro formulados por concessionários de aeroportos, como é possível verificar nos processos nº 00058.018880/2020-67 (Aeroporto Internacional de Porto Alegre, Decisão nº 205/2020⁴¹), 00058.020045/2020-97 (Aeroporto Internacional de Fortaleza, Decisão nº 206/2020⁴²), 00058.022660/2020-38 (Aeroporto Internacional de Florianópolis, Decisão nº 208/2020⁴³), 00058.024189/2020-12 (Aeroporto Internacional de Brasília/DF, Decisão nº 214/2020⁴⁴), 00058.018824/2020-22 (Aeroporto Internacional de Guarulhos, Decisão nº 215/2020⁴⁵), 00058.018527/2020-87 (Aeroporto Internacional Tancredo Neves/Confins, Decisão nº 216/2020⁴⁶), 00058.022332/2020-31 (Aeroporto Internacional de Salvador, Decisão nº 217/2020⁴⁷) e 00058.024185/2020-34 (Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, Decisão nº 253/2020⁴⁸), todos eles relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em 2020, em decorrência dos prejuízos causados pela pandemia de COVID-19.

⁴⁰ BRASIL. ANAC. . **Processo nº 00058.018827/2020-66**. 2020. Decisão (documento nº 5003969). Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁴¹ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 205/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

⁴² ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 206/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

⁴³ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 208/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

⁴⁴ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 214/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

⁴⁵ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 215/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

⁴⁶ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 216/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>

⁴⁷ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 217/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>

⁴⁸ ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 253/2020, de 31 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>

3 A ANÁLISE DO PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO FORMULADO PELA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DO GALEÃO E DO JULGAMENTO REALIZADO PELA ANAC

O capítulo VI do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, denominado “Do equilíbrio econômico-financeiro”, é composto por três seções. A seção I versa sobre “reajuste”, a seção II prevê a “revisão dos parâmetros da concessão” e a seção III trata da “revisão extraordinária”. É no âmbito dessa última seção que se encontra a cláusula 5.2.8, que lista, entre os riscos atribuídos ao poder concedente, a “ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data de ocorrência o quando houver apólices vigentes que cubram o evento”⁴⁹. Esse foi o dispositivo em que se baseou a ANAC para autorizar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do Galeão, dado o advento da pandemia de COVID-19.

3.1 O equilíbrio econômico-financeiro, sua previsão na legislação brasileira e sua concepção doutrinária, jurisprudencial e regulatória

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro teria surgido na França como “um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que fosse parte”⁵⁰. Em 1910, o Conselho de Estado francês, até então um ferrenho defensor do *pacta sunt servanda* e da consequente igualdade entre os contratantes, reconhecendo o direito da Administração Pública de alterar unilateralmente o *cahier des charges*, assegurou às contrapartes, os particulares, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos todas as vezes em que o Estado se valesse de tal prerrogativa. Como bem resume GUSTAVO LOUREIRO, “a recém-reconhecida desigualdade jurídica de fundo foi compensada por uma igualdade econômica”⁵¹.

⁴⁹ BRASIL. ANAC. **Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim, no município do Rio de Janeiro/RJ. 2014.** Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aerportos-concedidos/galeao/audiencia-publica-RJ_MG, no tópico “contratos e anexos”. Acesso em: 19 ago. 2022

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 480.

⁵¹ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **ESTUDOS SOBRE O REGIME ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 56.

Com o passar do tempo, os motivos ensejadores do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente aqueles que versam sobre a concessão da exploração de serviços públicos, sofreram uma significativa alteração. Antes assegurada apenas nos casos em que houvesse alteração unilateral do contrato por parte Administração Pública, a garantia passou a contemplar também aquelas situações em que fossem constatados prejuízos a uma das partes em decorrência de fatos imprevisíveis em geral⁵². JACINTHO ARRUDA CÂMARA⁵³ atribui essa alteração à necessidade de oferecer maiores garantias aos concessionários, uma contrapartida aos grandes investimentos iniciais aportados nos negócios, com previsão de retorno a longo prazo.

Assim, os riscos a que estavam submetidas as explorações de serviços públicos concedidos foram organizados de forma tal que deram origem ao que se passou a chamar de teoria das áleas. As áleas estavam divididas em dois grandes grupos: a álea ordinária ou empresarial e a álea extraordinária.

A álea ordinária é o risco natural de qualquer negócio, que deve necessariamente ser suportado pelo concessionário pois, como lembra ALEXANDRE ARAGÃO, ele “continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos de sua atividade”⁵⁴. A álea extraordinária, por sua vez, divide-se em quatro subtipos: a) a alteração unilateral do contrato; b) o fato da administração, que consistiria em um inadimplemento, por parte da Administração, capaz de impedir o concessionário de desempenhar as suas atividades da forma como previsto em contrato; c) fato do príncipe, que se caracteriza por ser ato administrativo de caráter geral (não destinado especificamente ao contrato, mas com repercussões sobre ele) e praticado pelo próprio poder concedente; d) álea econômica extraordinária, também denominada de teoria da imprevisão, que consistiria em “acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes.”⁵⁵

⁵² ARAGÃO, op. cit. p. 480.

⁵³ “A exigência, normalmente presente nas concessões, de que se faça um investimento de vulto para amortização ao longo de extenso período de exploração econômica do serviço concedido é balizada pela garantia de que, durante o período de exploração, a equação econômico-financeira originalmente firmada será mantida durante toda a execução do contrato.” CÂMARA, Jacintho Arruda. **TARIFA NAS CONCESSÕES**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164.

⁵⁴ ARAGÃO, op. cit.. p.482.

⁵⁵ ARAGÃO, op. cit., p. 484.

A teoria das áleas surgiu com base na jurisprudência do Conselho de Estado francês e durante muito tempo foi aplicada sem que houvesse base legislativa para tanto. Contudo, com o passar do tempo, as legislações de diversos países passaram a agasalhar seus conceitos, positivando as garantias criadas pela corte administrativa francesa.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não empregou a expressão equilíbrio econômico-financeiro, como ocorria em cartas anteriores. Isso não impediu, contudo, que a doutrina brasileira passasse a defender, de forma quase unânime, a existência de uma bem definida garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Entende-se de forma corrente que a parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (“mantidas as condições efetivas da proposta”⁵⁶) asseguraria a qualquer contratado da administração pública um direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pouco importando se esse contrato versa sobre o fornecimento de bens, a prestação de serviços ou a concessão para exploração de um determinado serviço público⁵⁷.

Há também quem enxergue outros fundamentos constitucionais para o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que não apenas a previsão do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. ALEXANDRE ARAGÃO⁵⁸, por exemplo, entende que o direito à propriedade privada também fundamenta a garantia, enquanto MARÇAL JUSTEN FILHO⁵⁹ vai além e afirma que os princípios da isonomia e da eficiência administrativa também lhe servem de esteio.

O entendimento doutrinário majoritário é em larga escala reproduzido no âmbito jurisprudencial. As cortes superiores têm se manifestado de forma pacífica quanto à existência de um direito ao equilíbrio econômico-financeiro com assento constitucional e legal. A

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da União. 191. ed. Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1

⁵⁷ Nesse sentido, ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, VITOR RHEIN SCHIRATO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LAÍS RIBEIRO DE SENNA, entre outros. Por todos, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES: “É inegável a incidência do princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira sobre as concessões comuns de serviços públicos. Como contrato administrativo que é, à concessão aplica-se a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 248.

⁵⁸ “A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis nºs 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, e também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”) e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (artigos 5º, XXII e 170 CF).” ARAGÃO, op. cit. p. 480.

⁵⁹ Além de previsão específica no artigo 37, XXI da CF, Marçal Justen Filho entende que a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro também “decorre do princípio da eficiência administrativa, da isonomia e da proteção à propriedade privada.” JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 386.

jurisprudência do STF, por exemplo, aponta que apesar da corte constitucional não julgar questões que versem diretamente sobre um direito ao equilíbrio econômico-financeiro, têm reiterado o seu entendimento a respeito da garantia, inclusive deixando claro que há previsão constitucional a respeito da matéria, como demonstra o excerto abaixo:

“Não ignoro haver cláusula contratual estipulando a correspondência entre as tarifas a serem aplicadas e os fatores de custo da atividade objeto do contrato de concessão (cláusula XI). **Trata-se de cláusula essencial ou necessária, que tem como fonte mandamento constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo**, regra prevista expressamente no art. 167, inc II, da Carta de 1967, mantido idêntico dispositivo na Emenda n. I de 1969, vigente na data da outorga, por concessão do serviço aéreo à Recorrida (Decreto n. 72.898, de 9.10.1973). Dispunha o texto normativo mencionado: “Art. 167 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: ... II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato ”; (grifos nossos). **A Constituição de 1988 traz igual exigência (art. 37, inc. XXI), repetida na Lei n. 8.987, de 13.2.1995 (Lei das Concessões e Permissões)⁶⁰.” (Grifamos)**

O entendimento manifestado nos autos do RE 571.969/DF (seguido nos julgamentos do AgRg no MS nº 35.195/DF e na ADI 4.382/SC) encontra ressonância também nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. O paradigmático acórdão do REsp 1.248.237/DF considerou pertinente o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado por empresa de transporte aéreo de passageiros que sofreu com o congelamento de tarifas por parte do Estado. Na oportunidade, o tribunal da cidadania também enxergou esteio constitucional para a garantia, o que repetiu por ocasião do julgamento do AgInt no Agravo em REsp nº 1.769.615/PR.

No que tange ao controle externo, a pesquisa realizada não logrou localizar decisão do Tribunal de Contas da União que versasse especificamente sobre o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. No entanto, é possível afirmar que o TCU também considera que o artigo 37, XXI da Constituição Federal seja o fundamento constitucional para restabelecimento dos parâmetros da equação econômico-financeira

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 571969. Brasília, DF, 12 de março de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. n. 181.

original, ao menos no tocante aos contratos comutativos simples (Acórdão 2699/2019 – Processo nº 041.108.2018-3).

As agências reguladoras brasileiras, por sua vez, não costumam se manifestar sobre a existência de um direito constitucional ou legal ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em regra, as suas análises a respeito do cabimento, ou não, dos pedidos formulados pelos concessionários costumam se basear nos próprios instrumentos contratuais, que contam quase sempre com matrizes de risco, em especial aqueles mais recentes.

A pesquisa também investigou as manifestações dos órgãos da Advocacia-Geral da União a respeito da existência de uma garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro. Apesar da AGU já ter se pronunciado sobre o tema diversas vezes, limitamo-nos aos pareceres mais recentes, que focam especificamente na análise da legalidade do restabelecimento da equação financeira original dos contratos de concessão em virtude do advento da pandemia de COVID-19. Nesse ponto, vale destacar o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura logo após a decretação de emergência em saúde pública pelo governo federal brasileiro. A importância de que se reveste essa peça opinativa decorre de sua adoção, como referência, por todas aquelas manifestações realizadas posteriormente pelos órgãos setoriais da própria AGU. Na ocasião, a CONJUR do MINFRA estabeleceu a premissa de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão está prevista na Constituição Federal, sendo possível “extrair essa garantia do comando contido no inciso XXI do art. 37”⁶¹.

Essa quase unanimidade é desafiada por uma corrente doutrinária minoritária, quase toda ela composta por autores que possuem pesquisas específicas a respeito do tema. LETICIA ALENCAR, por exemplo, entende que a Constituição Federal de 1988 foi silente sobre o equilíbrio econômico-financeiro, especialmente se considerarmos que o artigo 160, II da Constituição Federal de 1967 determinava expressamente o estabelecimento de tarifas que permitissem “a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços” e assegurassem “o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”⁶². Assim, segundo a autora,

⁶¹ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁶² “Veja que justamente pelo fato de a Constituição Federal de 1967 ter sido expressa em relação à existência de uma garantia do equilíbrio econômico-financeiro, especificamente aplicável aos contratos de concessão de serviços públicos – ponto cuja redação foi mantida com a EC nº 1/69 – caso a intenção do constituinte de 1988

fosse a intenção do constituinte de 1988 assegurar constitucionalmente a estabilidade da equação econômico-financeira do contrato, a garantia também viria expressamente prevista no texto da atual constituição brasileira, assim como ocorria na carta anterior.

Outro argumento na mesma linha é o de que a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, prevista na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, nada mais fez do que exigir obediência ao *pacta sunt servanda*, com o simples objetivo de evitar que os contratos fossem modificados ao bel-prazer dos administradores públicos. Além disso, sua aplicação estaria restrita aos contratos comutativos simples, o que não englobaria os contratos de concessão⁶³.

Assim, para esses autores, a “Constituição de 1988 não reconheceu, *prima facie*, o princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público (nem reconheceu o princípio da justa remuneração)” e “prudentemente, deixou ao legislador ordinário o estabelecimento de normas”⁶⁴.

É verdade que na legislação ordinária já é possível encontrar citação ao equilíbrio econômico-financeiro. Ao contrário do que ocorre com a Constituição Federal, a legislação de regência das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95 - LGC) utiliza a expressão ao longo dos artigos 9º e 10. No artigo 9º, §2º, a norma autoriza os contratos a preverem mecanismos de revisão das tarifas “a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. No §4º do mesmo artigo, a lei determina o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato na hipótese de sua alteração unilateral por parte da administração pública. A LGC também prevê, no artigo 10, “que sempre que forem mantidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro”. A Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004 – Lei de PPPs) por sua vez, não se refere

fosse a de tutelar este aspecto contratual em nível constitucional, haveria previsão expressa.” ALENCAR, Leticia Lins de. **EQUILÍBRIO NA CONCESSÃO**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65.

⁶³ “Como se verá um tanto mais adiante em detalhes, esse magro extrato grifado do texto nada mais faz do que propugnar, no âmbito de certos e específicos contratos administrativos cuja estrutura está assentada em obrigações de pagamento a cargo da Administração (os contratos de obras, serviços, compras e alienações), o vetusto princípio do *pacta sunt servanda*. Trata-se de uma norma que diz pouco, e o pouco que diz relaciona-se à lógica de contratos comutativos simples, a qual não guarda relação (imediate ou mesmo mediata) com a ideia de equilíbrio de contratos de concessão de serviço público; muito menos com certas e precisas repartições de áleas entre o poder público e o contratado, como normalmente se supõe.” LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **ESTUDOS SOBRE O REGIME ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 89.

⁶⁴ LOUREIRO, *Ibidem*. p. 119.

expressamente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, determinando apenas a repartição obrigatória dos riscos entre as partes contratantes (art. 5º, III).

Hoje, no entanto, por mais que se reconheça de forma majoritária que a Constituição Federal de 1988 assegura ao particular um direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a aparente vagueza constitucional a respeito do tema, somada às constantes remissões que legislação ordinária faz ao contrato de concessão, resultou numa verdadeira unanimidade⁶⁵: deve-se privilegiar as disposições contratuais em detrimento de supostas garantias constitucionais ou de riscos arbitrariamente definidos em lei. E o resultado disso, segundo PEDRO ORDUÑA, é que “a repartição de riscos tem, hoje, sido aplicada aos contratos de concessão de um modo geral (no que estão incluídas concessões comuns, administrativas e patrocinadas)”⁶⁶.

Portanto, por mais que a posição a respeito da existência de um direito constitucional e legal ao equilíbrio econômico-financeiro seja prevalente nos âmbitos doutrinário, judicial, administrativo, controlador e regulatório, a previsão contratual de repartição de riscos tem sobrepujado essas garantias, razão pela qual não é possível afirmar, de antemão, se a concessionária do Galeão faz jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do aeroporto sem que antes se analise a matriz de riscos prevista no ajuste.

3.2 A análise da matriz de riscos do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram que a análise do contrato de concessão é peça central para se que possa verificar a ocorrência de eventual desequilíbrio

⁶⁵ Entre os que entendem que a Constituição Federal é silente a respeito do tema equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, LETICIA LINS DE ALENCAR (2019) afirma que “embora a Lei Geral de Concessões não estabeleça qual o critério de reajuste e revisão a ser adotado, é previsto na lei que tal matéria deve ser disciplinada no contrato (art. 23, IV). (...) A natureza das concessões é contratual, não estatutária (...)”. ALENCAR, op. cit., p. 110. Por todos aqueles que enxergam no artigo 37, XXI da CF o fundamento para uma garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO afirma seguir “no particular, Marcos Augusto Perez, no sentido de que “por sua conta e risco”, tal como constante do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, “não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são “por conta e risco” da concessionária aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir.” ARAGÃO, op. cit.. p. 490.

⁶⁶ ORDUÑA, Pedro Pinheiro. **PANDEMIA DE COVID-19 E O REEQUILÍBRIO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: repartição objetiva de riscos nos contratos de concessão mostra-se insuficiente para enfrentar o cenário atual.** 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-13042020>. Acesso em: 04 ago. 2022.

econômico-financeiro. Aqui, a matriz de riscos assume papel central, uma vez que é ela a responsável por distribuir os riscos entre os contratantes nas modelagens atuais.

Durante muito tempo, os riscos foram divididos entre os contratantes com base na teoria das áleas⁶⁷. Dessa forma, os concessionários seriam responsáveis por suportar a álea econômica ordinária, ou seja, o risco do negócio, enquanto o poder concedente ficaria responsável por assumir as áleas extraordinárias, fossem elas administrativas ou econômicas. No entanto, essa divisão estanque e realizada apenas *ex post* era incompatível com a complexidade dos contratos de concessão e sujeitava os contratantes a instabilidades durante a sua execução, com intermináveis discussões sobre quem seria o responsável por arcar com determinados prejuízos decorrentes de eventos supervenientes à celebração do acordo.

As matrizes de risco surgiram com o objetivo de combater essa insegurança e se tornaram quase onipresentes nas modelagens atuais. Isso ocorreu por duas razões. Primeiro, porque a divisão *ex ante* gera maior segurança jurídica, uma vez que estabelece com antecedência a parte a quem incumbe lidar com as consequências da materialização do evento. Segundo, porque não há uma pasteurização das matrizes de risco, que possuem a capacidade de se adaptar aos mais diversos setores econômicos que, por razões, óbvias, apresentam riscos significativamente distintos. Afinal, como explica VERA MONTEIRO, “é ainda possível concluir que não existe uma divisão natural de riscos, mas que esta é matéria tipicamente contratual, e tem tudo a ver com a viabilidade econômica e com a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário.”⁶⁸.

Essa maleabilidade das matrizes de risco decorre da ausência de norma jurídica brasileira que estabeleça uma pré-divisão de riscos⁶⁹ e, ao mesmo tempo, de expressa determinação legal para que a eficiência reja a sua distribuição ente os contratantes⁷⁰.

⁶⁷ “A compreensão histórica da teoria da equação econômico-financeira de contratos administrativos no Brasil foi fortemente inspirada na Teoria das Áleas.”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES E PPPs: FORMAÇÃO E METODOLOGIAS PARA RECOMPOSIÇÃO**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-107.

⁶⁸ MONTEIRO, Vera. **CONCESSÃO**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

⁶⁹ “Mas atenção: no caso brasileiro, salvo exceções, não existe norma jurídica que defina qual risco será imputado a qual parte (nem o que são “riscos”).” MOREIRA, Egon Bockmann. **CONTRATOS DE CONCESSÃO, FORÇA MAIOR EXTRAORDINÁRIA E REVISÃO DA MATRIZ DE RISCOS: fundamentos jurídicos e modos de usar**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁷⁰ “O princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência, que vem acolhido no capítulo de diretrizes da Lei Geral de PPPs (inciso I, do artigo 4º).” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O EQUILÍBRIO**

Segundo FLAVIO AMARAL GARCIA, ser eficiente na distribuição de riscos significa “dizer que o risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejável ocorrer ou aumentar a chance de o evento desejável acontecer.”⁷¹

Hoje, apesar da teoria das áleas não disciplinar a divisão de riscos nos contratos e de haver ampla liberdade na formatação das matrizes de riscos, a chamada álea ordinária é comumente atribuída ao concessionário⁷². Ao mesmo tempo, em regra, as áleas extraordinárias continuam a ser alocadas ao poder concedente. Isso não significa, contudo, que essa divisão deva ocorrer sempre dessa forma. Caso algum risco reconhecido como álea extraordinária e, por isso mesmo, imputado corriqueiramente ao poder concedente, seja atribuído ao concessionário na matriz de riscos, este passa a ser integralmente responsável por prevenir o risco e lidar com as eventuais consequências de sua materialização. Afinal, como explica JACINTHO ARRUDA CAMARA, “o particular, por vontade própria, ao celebrar o contrato de concessão, terá consentido na assunção de tal ônus, não podendo dele se eximir com base em noções genéricas e abstratas a respeito da chamada álea extraordinária.”⁷³

Quando as partes contratantes assumem determinados riscos, passam a ser responsáveis por suportar as consequências de sua concretização, o que significa que na hipótese do risco se materializar, pode ocorrer uma desproporção entre as obrigações e as vantagens originalmente previstas em contrato. Nesses casos, apesar do desequilíbrio, não terá cabimento o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, dado que as consequências

ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES E PPPs: FORMAÇÃO E METODOLOGIAS PARA RECOMPOSIÇÃO.

In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-107

⁷¹ GARCIA, Flavio Amaral. **A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.** São Paulo: Malheiros, 2021. p. 53.

⁷² E não poderia ser diferente, como bem destaca TATIANA ESTEVES NATAL: “Por outro lado, o concessionário explora atividade econômica que, como qualquer outro negócio, está sujeita a riscos empresariais, que foram por ele tomados quando da celebração do contrato de concessão. Ao negar-se tal afirmativa, estaríamos diante de um contrato absolutamente irreal, no qual uma parte contratante (Poder Concedente) garantia a outra parte (concessionário) contra qualquer risco negocial o que, de forma reversa, violaria o mesmo Princípio da Isonomia das Partes ou, pior, representaria uma infração direta ao Princípio da Indisponibilidade e da Supremacia do Interesse Público. Estaríamos hipoteticamente falando de um contrato no qual uma das partes teria uma garantia de sucesso de 100% na sua empreitada, que inexistente nas relações privadas e, com muito mais razão, não pode ser admitida na relação com o Poder Público, quando este é o agente garantidor.” NATAL, Tatiana Esteves. **A DIVISÃO DE RISCOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO REGULADOR.** Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 67, p. 218-249, 2013.

⁷³ CÂMARA, op. cit., p. 190.

serão suportadas por aquela mesma parte que assumiu os riscos por ocasião da celebração da avença.

Dessa forma, uma vez adotada a matriz de risco nos contratos, somente se pode falar em desequilíbrio econômico-financeiro em duas situações. A primeira, quando se estiver diante da materialização de um risco que esteja alocado a uma das partes na matriz, mas cujas consequências estejam sendo suportadas pela outra. Como bem define MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO, “o motor de arranque da análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a verificação da matriz de risco contratual, eis que o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências de sua ocorrência.”⁷⁴. A segunda, quando o evento causador do desequilíbrio não tenha sido alocado a qualquer das partes pela matriz de riscos⁷⁵.

Destarte, considerando-se o que já foi visto, bem como que o contrato de concessão do aeroporto do Galeão possui matriz de riscos que estabelece precisa divisão de áleas entre as partes, para que se verifique a plausibilidade do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão, a pesquisa precisa, a partir deste ponto, adotar as seguintes condutas:

- a) Recapitular os fundamentos fáticos do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulados pela concessionária do Aeroporto do Galeão;
- b) Analisar a matriz de riscos do contrato de concessão, a fim de verificar-se a possível alocação de riscos ao poder concedente;
- c) Analisar a possibilidade de os eventos que supostamente causaram prejuízos ao concessionário encontrarem enquadramento entre os riscos alocados ao poder concedente;

⁷⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. **O QUE TODO PROFISSIONAL DE INFRAESTRUTURA PRECISA SABER SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 441-450.

⁷⁵ “Caso sobrevenha desequilíbrio contratual em virtude da materialização de determinados eventos externos ao contrato, qualificados pela lei, surgirá à parte prejudicada o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.” ALENCAR, op. cit. p. 183.

Os fundamentos do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do Aeroporto do Galeão já foram analisados de forma mais detida no ponto 2.1.1, razão pela qual se toma a liberdade de apenas citá-los: (i) a pandemia de COVID-19; e b) fatos do príncipe. Portanto, o ponto seguinte passa a ser a análise da matriz de riscos do contrato de concessão.

O exame do contrato de concessão da infraestrutura aeroportuária do Galeão apresenta as seguintes cláusulas, todas constantes do “Capítulo V – Da Alocação dos Riscos”, que interessam mais de perto ao objeto desta pesquisa:

“Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

5.2 Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste Contrato:

(...)

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à concessionária.

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento;

(...)

Seção II – Dos Riscos da Concessionária

5.4 Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

(...)

5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;”

As duas primeiras cláusulas foram utilizadas como fundamento jurídico pela concessionária do Aeroporto do Galeão em seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado à Agência Nacional de Aviação Civil. A terceira, por sua vez, foi apontada pela Advocacia-Geral da União como um possível atenuador, em anos vindouros, para a responsabilidade do poder concedente em virtude da queda de demanda. Desse modo,

analisaremos agora as duas primeiras cláusulas, apontadas pela concessionária, e deixaremos para o ponto 3.5 a discussão levantada pelo órgão jurídico da União.

3.3 Da ocorrência da pandemia de COVID-19 como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Verificados os fundamentos do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão, bem como as cláusulas do contrato de concessão que imputam ao poder concedente o dever de lidar com os riscos da ocorrência de caso fortuito/força maior, resta-nos o trabalho de verificar se a pandemia de COVID-19 encontra adequação típica na cláusula 5.2.8 do contrato firmado pelas partes.

As primeiras notícias a respeito de uma possível nova pneumonia que estaria assolando a cidade de Wuhan, na China, começaram a se espalhar pelo mundo no final de 2019. Pouco mais de um mês após as primeiras notícias, no entanto, a OMS já declarou emergência em saúde pública e, em 11 de março de 2020, elevou a ocorrência ao patamar de pandemia⁷⁶. No Brasil não foi diferente. A Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, editada pelo Ministro de Estado da Saúde, também declarou estado de emergência em saúde pública no país.

A nova doença se espalhou de forma descontrolada pelo mundo e, até maio de 2022, causara a morte de mais de 5 milhões de pessoas segundo dados oficiais, mas desconfia-se que esse número possa ser quase três vezes maior⁷⁷.

Tão logo foi anunciada a pandemia de COVID-19 e a consequente suspensão temporária de determinadas atividades econômicas, o número de voos e de passageiros foi significativamente reduzido em todos os aeroportos do mundo, gerando uma diminuição significativa dos valores arrecadados pelos concessionários de aeroportos brasileiros. Para se ter ideia, em média, os aeroportos brasileiros viram o seu movimento cair 90% em abril de 2020, se comparado ao mesmo período do ano anterior. Aos poucos, o número de voos e de passageiros subiu gradativamente, mas ainda assim o ano de 2020 fechou com uma queda de movimento nos aeroportos de cerca de 50% em relação ao ano anterior.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. op. cit.

⁷⁷ BBC NEWS BRASIL, op. cit.

Considerando que grande parte da arrecadação dos aeroportos é proveniente de tarifas cobradas de passageiros e de companhias aéreas, é evidente que uma queda tão significativa no movimento dos aeroportos gera uma sensível diminuição na arrecadação dos concessionários, inclusive do aeroporto do Galeão.

Não parece haver dúvida de que a pandemia de COVID-19 tenha de fato ocorrido. Trata-se de fato notório, do qual todos aqueles que habitavam o planeta Terra entre os anos de 2020 e 2022 têm plena ciência. Mostra-se desnecessário, portanto, tecer maiores considerações a respeito de sua ocorrência e, do mesmo modo, quanto aos possíveis prejuízos sofridos pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária.

3.3.1 Do enquadramento da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior e de suas consequências: revisão extraordinária ou resolução do contrato?

Já se viu que a matriz de riscos do contrato de concessão do aeroporto do Galeão prevê alocação do risco de caso fortuito e da força maior ao poder concedente. Além disso, a pandemia de COVID-19 teria de fato se verificado e estaria gerando prejuízos ao concessionário, ou seja, parte a quem não cabe suportar as consequências do advento adverso. Dessa maneira, se a pandemia puder ser enquadrada como caso fortuito ou força maior, será possível afirmar que estarão preenchidos todos os requisitos para o atendimento ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão.

O contrato de concessão do aeroporto carioca, adotando técnica absolutamente compreensível, não define o que entende por caso fortuito/força maior. É preciso, portanto, que se busque o conceito fora do pacto.

Não são poucas as normas administrativas que se referem ao caso fortuito ou à força maior e entre elas estão tanto as que regem os contratos de concessão (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/2004) quanto as que regulam os contratos administrativos em geral (Lei nº 8.666/93 e sua sucessora, a Lei nº 14.133/2021). No entanto, nenhuma delas define o que seria o caso fortuito ou a força maior ou mesmo estabelece se haveria alguma diferença prática entre eles.

A definição ficou a cargo do Código Civil (CC), que trata as expressões como sinônimos. Assim, por mais que não desconheçamos as opiniões de quem estabelece distinção entre o

caso fortuito e a força maior⁷⁸, para os fins a que se destina esta pesquisa, acompanharemos o teor do CC, tratando-os como equivalentes.

O parágrafo único do artigo 393 do CC estatui que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”⁷⁹. Dessa definição, é possível extrair as suas principais características: (i) fato estranho à vontade das partes e (ii) irresistível.

A doutrina administrativista brasileira segue na linha da definição legal estabelecida pelo CC. EGON BOCKMANN MOREIRA, por exemplo, afirma que a força maior é “evento superveniente, a alterar a situação fático-jurídica”⁸⁰, enquanto JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO afirma que “tais situações devem caracterizar-se pela imprevisibilidade e inevitabilidade”⁸¹.

Uma vez vistas as características do caso fortuito/força maior, passa-se a verificar o possível enquadramento da pandemia de COVID-19, sob essa rubrica, na matriz de riscos do contrato de concessão do aeroporto do Galeão.

A doutrina brasileira foi praticamente unânime quanto à classificação da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior⁸². Na mesma linha, o Parecer nº 261/2020, da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, considerou que “por conseguinte, nos

⁷⁸ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO explica que: “Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo de greve.” CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 221).

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. 8. ed. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **CONTRATOS DE CONCESSÃO, FORÇA MAIOR EXTRAORDINÁRIA E REVISÃO DA MATRIZ DE RISCOS**: fundamentos jurídicos e modos de usar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁸¹ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 221.

⁸² Nesse sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA aponta a pandemia de COVID-19 “como potencial força maior do que as maiores.” (MOREIRA, 2020, op. cit.). MARÇAL JUSTEN FILHO, por sua vez, entende que “a excepcionalidade da ocorrência e a gravidade de seus efeitos impedem a invocação de argumentos relacionados à “ordinariedade” do risco. Ou seja, não há cabimento em afirmar que o surgimento de um vírus, com efeitos nocivos relevantes, e a sua difusão na sociedade, são eventos “possíveis” – razão pela qual caberia ao particular arcar com os efeitos nocivos decorrentes.” JUSTEN FILHO, Marçal. **EFEITOS JURÍDICOS DA CRISE SOBRE AS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS**. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022. Por fim, para FLAVIO AMARAL GARCIA: “Exemplo de caso fortuito ou força maior bastante atual é o da pandemia de COVID-19, que assolou o mundo. (...) A pandemia enquadra-se na disciplina jurídica aplicável ao caso fortuito ou força maior, porquanto se trata de evento completamente imprevisível e inevitável, apto a implicar a modificação do contrato ou mesmo sua extinção...”. GARCIA, op. cit. p. 190-191.

limites desta consulta, parece-me fora de dúvida de que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de “força maior” ou “caso fortuito”⁸³.

ANDERSON SCHREIBER, mais cauteloso, entende açodada a caracterização do evento como caso fortuito ou força maior em abstrato, sem que se leve em consideração as consequências concretas para determinado contrato:

“Na doutrina brasileira, a maioria dos textos qualificou a pandemia como “caso fortuito ou força maior”, concluindo, a partir daí, que os contratantes não estariam mais obrigados a cumprir seus contratos, nos termos do art. 393 do Código Civil brasileiro. Outros muitos preferiram qualificar o espantoso avanço do coronavírus como fato “imprevisível e extraordinário”, invocando o artigo 478 do CC para deixar ao contratante a opção de extinguir o contrato ou exigir a sua revisão judicial.

Há, nos dois casos, um erro metodológico grave, que já era examinado na 1ª edição deste livro: não se pode classificar os acontecimentos em abstrato como “inevitáveis”, “imprevisíveis”, “extraordinários” para, a partir daí, extrair seus efeitos para os contratos em geral. Nosso sistema jurídico não admite esse tipo de abstração. O ponto de partida deve ser sempre cada relação contratual em sua individualidade.”⁸⁴.

Ainda que valiosa a advertência de ANDERSON SCHREIBER, no caso sob análise parece impossível negar que a pandemia de COVID-19 constitui fato necessário (não decorreu das condutas de qualquer dos contratantes), imprevisível (a última pandemia de que se tinha notícia datava de 1918 - pandemia de Gripe Espanhola) e irresistível (e nenhum país do mundo conseguiu deter o seu avanço, nem mesmo aqueles localizados em ilhas e que promoveram rígido controle de suas fronteiras, como foi o caso da Austrália). É possível afirmar, assim, que a pandemia de COVID-19 constitui caso fortuito ou de força maior, enquadrando-se na cláusula 5.2.8 do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão.

Uma vez enquadrado um evento na matriz de riscos e sendo as suas consequências suportadas pela parte a quem ele não foi alocado, estabelece-se a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão por intermédio de procedimento de revisão extraordinária.

O problema é que a maior parte da doutrina brasileira, como se viu, além de acompanhar o teor do artigo 393 do Código Civil no que diz respeito aos requisitos para a

⁸³ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. . Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. 2020, op. cit.

⁸⁴ SCHREIBER, op. cit. p. 440-441.

configuração do caso fortuito/força maior, segue a linha do CC também no que tange às suas consequências. EGON BOCKMANN MOREIRA entende que a força maior é aquela capaz de “exonerar o devedor da prestação, que se tornou literalmente impossível ou impraticável em razão de fato que transcende a subjetividade das partes”⁸⁵, no que é seguido por JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que afirma que o resultado da ocorrência de evento caracterizado como caso fortuito/força maior é a “impossibilidade total do cumprimento das obrigações”⁸⁶.

A consequência natural de um evento que torna impossível o cumprimento das obrigações constantes do contrato seria a sua resolução, na linha do que dispõe o artigo 234 do CC. No entanto, se o cumprimento da obrigação se torna impossível e o contrato se resolve, que sentido haveria em restabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro? E como compatibilizar esse entendimento com a cláusula do contrato⁸⁷ de concessão que prevê a possibilidade de revisão extraordinária na hipótese de materialização dos riscos alocados ao poder concedente, como ocorre com o caso fortuito/força maior?

Nesse ponto, entendemos válido citar corrente doutrinária que possui entendimento diverso a respeito das consequências do caso fortuito/força maior. FLAVIO AMARAL GARCIA⁸⁸ E MARÇAL JUSTEN FILHO⁸⁹ consideram que os eventos assim classificados não

⁸⁵ MOREIRA, 2020, op. cit..

⁸⁶ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 221.

⁸⁷ “Seção III – Da Revisão Extraordinária

6.21. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V – Seção I do contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.” BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO/GALEÃO - ANTONIO CARLOS JOBIM, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ.** 2014. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁸⁸ “Ao contrário do direito francês, que disciplina o caso fortuito e a força maior como hipóteses de inexecução do contrato, no Brasil, no universo dos contratos administrativos, essa categoria de eventos pode ser causa de extinção do ajuste ou apenas da sua modificação por meio de acordo de vontade das partes. Se a ocorrência do caso fortuito ou força maior tornar impeditiva a execução do contrato, a consequência será a sua extinção. Caso, entretanto, ainda seja viável a sua continuidade – o que deve ser considerado percurso preferencial, em razão do princípio da conservação, os negócios jurídicos – modifica-se o contrato a partir de uma alteração bilateral”. GARCIA, op. cit. p. 188.

⁸⁹ Quando os eventos supervenientes, produzidos por causas alheias à vontade das partes, tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes.(...) Se for possível a execução, dever-se-á adotar solução equivalente à gerada pela teoria da imprevisão.

Lembre-se que, no direito francês, somente se alude a força maior como causa de extinção por impossibilidade de execução de seu objeto. Se a execução do objeto continuar a ser possível, não se cogita da aplicação da teoria da força maior, resolvendo-se o problema por meio ou da teoria da imprevisão ou do fato do príncipe ou figura da sujeição imprevista.” JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 396.

necessariamente resultam na impossibilidade de cumprimento da obrigação. Segundo eles, também se configuraria a situação nos casos em que o evento superveniente tornasse a obrigação apenas excessivamente onerosa, ainda que materialmente fosse possível cumpri-la. Desse modo, a solução a ser adotada variaria de acordo com a possibilidade de cumprimento do objeto. Sendo impossível cumprir a avença, resolve-se o contrato; restando a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes, mas não materialmente impossível, adota-se a revisão do contrato, nos moldes do que ocorre com a teoria da imprevisão.

Esse entendimento doutrinário, que abarca sob o signo do caso fortuito/força maior tanto os eventos que resultem na impossibilidade total (material ou jurídica) de cumprimento das obrigações quanto aqueles em que o cumprimento apenas se torna excessivamente oneroso para uma das partes, parece reunir institutos que foram tratados de forma distinta pelo Código Civil.

Como se viu, de acordo com o Código Civil, a ocorrência de caso fortuito/força maior resulta na impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte de pelo menos um dos contratantes, o que desemboca na resolução do contrato. Ocorre que o CC prevê um instituto semelhante para aqueles casos em que a prestação não se torna impossível, mas apenas excessivamente onerosa. Não à toa, esse instituto, que consta do artigo 478 e seguintes do diploma civil, foi denominado onerosidade excessiva.

Quem bem distingue a onerosidade excessiva do caso fortuito/força maior é o Professor ANDERSON SCHREIBER⁹⁰:

“A pedra de toque aqui é a excessiva onerosidade, que se diferencia da impossibilidade de prestação justamente porque o cumprimento da prestação continua sendo possível, embora tenha se tornando manifestamente mais sacrificante sob o prisma econômico. Não basta um sacrifício econômico levemente maior, é preciso que haja uma onerosidade excessiva ou uma desproporção manifesta entre as prestações.”

Em seguida, o Professor da UERJ passa a elencar os requisitos para a configuração da onerosidade excessiva:

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. **EQUILÍBRIO CONTRATUAL E DEVER DE RENEGOCIAR**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 448.

“Os requisitos para o desequilíbrio contratual superveniente são por demais conhecidos: (a) existência de um contrato em curso (não se reequilibra contratos já extintos); (b) excessiva onerosidade, mensurada na forma explicada acima; (c) decorrente de um acontecimento extraordinário e imprevisível superveniente à formação do contrato; e (d) que resulte em extrema vantagem para a contraparte.”⁹¹

Como se nota, os requisitos da onerosidade excessiva são basicamente os mesmos do caso fortuito/força maior, com exceção à impossibilidade de cumprimento da prestação, que aqui, em vez de se tornar impossível, torna-se apenas mais sacrificante para o devedor.

Esse entendimento manifestado mais recentemente pela doutrina, no sentido de que o caso fortuito/força maior não precisa necessariamente resultar na impossibilidade de cumprimento da obrigação, e que se aproxima bastante do conceito de onerosidade excessiva trazido pelo Código Civil, parece mesmo ter sido o sentido buscado pelo contrato de concessão do aeroporto do Galeão, não apenas porque permite manter a integridade lógica do ajuste, com compatibilidade entre suas normas, como também porque parece adequar-se ao teor do disposto na legislação de regência. O artigo 5º, III da Lei nº 11.079/2004, por exemplo, estabeleceu a necessidade de os contratos de concessão preverem a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Ora, se o caso fortuito/força maior vislumbrado pela lei fosse tal que tornasse impossível o cumprimento das obrigações, não faria sentido que ela estivesse disposta entre os riscos de uma determinada parte, uma vez que jamais ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas sim a sua resolução.

A concepção mais estrita de caso fortuito/força maior parece também não interessar ao próprio poder concedente, afinal, em se tratando de concessão de serviços públicos, incidem as famosas leis de Rolland, positivadas no artigo 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, entre as quais se encontra a necessidade de continuidade do serviço público. Levado a cabo o entendimento de que o evento deveria, necessariamente, resolver o contrato, o poder concedente deveria reassumir o serviço a fim de evitar a sua interrupção. Essa, claramente, é uma “não opção”, pois se a prestação de serviço público foi objeto de delegação, isso se deve ao fato de que o administrador, em dado momento, considerou mais interessante que o serviço fosse prestado pelo particular, e não diretamente pelo poder concedente. Tanto é

⁹¹ SCHREIBER, *Ibidem*, p. 450.

assim que diversos países do mundo têm lutado contra a aplicação da cláusula da “*force majeure*”, firmes no objetivo de evitarem a resolução dos contratos e a devolução das concessões. Como exemplo, aponta-se o caso da Autoridade de Infraestrutura e Projetos do Reino Unido, que determinou às autoridades daqueles países que adotassem todas as providências necessárias à indenização dos parceiros que estivessem sofrendo prejuízos em virtude da pandemia e estatuiu que “a emergência de COVID-19 não é, e não deve ser considerada um evento de força maior.”⁹²

3.3.2 Da aplicação subsidiária da teoria da imprevisão ao contrato de concessão do aeroporto do Galeão

A concessionária do aeroporto do Galeão apresentou diversos fundamentos para o seu pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além do enquadramento do evento pandemia de COVID-19 à cláusula 5.2.8 do contrato, que atribui o risco de caso fortuito/força maior ao poder concedente, também solicitou a aplicação da teoria da imprevisão.

Não se admitia a aplicação da teoria da imprevisão até o início do século XX. Naquela época, vigia uma obediência cega ao princípio do *pacta sunt servanda*, consequência dos ventos liberais que sopraram em toda a Europa durante os séculos XVII e XVIII. Os contratos firmados deveriam ser cumpridos em seus exatos termos, não se abrindo espaço a revisões, o que ficou cristalizado na decisão do Canal de Craponne⁹³. Esse também era o entendimento do Conselho de Estado francês.

A Primeira Guerra Mundial, e as suas inevitáveis consequências para os países europeus, quase todos envolvidos no conflito, gerou diversos reflexos sobre os contratos em execução. No clássico caso do Gás de Bordeaux⁹⁴, o Conselho de Estado francês determinou ao poder concedente que indenizasse o concessionário por parte dos prejuízos sofridos em

⁹² REINO UNIDO. INFRASTRUCTURE AND PROJECTS AUTHORITY. **Supporting vital service provision in PFI/PF2 (and related) contracts during the COVID-19 emergency**. 2020. Guidance Note. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/supporting-vital-service-provision-in-pfipf2-contracts-during-the-covid-19-emergency>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁹³ SABRINI, Fernanda. **Teoria da Imprevisão no direito francês e as "fissuras" do canal de Capronne**. *Revista de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 21, p. 131-144, set. 2019.

⁹⁴ “No caso da *Compagnie Générale d’Eclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, o Conselho de Estado teve de lidar com um tipo de aflição que é típica de nossos dias: a ocorrência do imponderável. Com a eclosão da Grande Guerra, o preço do principal insumo de um concessionário para seu serviço de iluminação pública *quintuplicou*, contrariando qualquer expectativa que pudesse ser agasalhada pelas partes quando da celebração, anos antes, da concessão.” LOUREIRO, op. cit., p. 60.

virtude da ocupação parcial, pelo inimigo, da área produtora de carvão, fundamental para a produção do gás. A decisão, de 1916, serviu de base para aquela que viria a ser conhecida como a teoria da imprevisão, uma reedição da cláusula medieval *rebus sic stantibus*.

A paradigmática decisão do Conselho de Estado francês estabeleceu parâmetros para a aplicação da teoria e, também, para a forma como deveria se dar a revisão do contrato. Os requisitos considerados indispensáveis pelo órgão francês para que um evento pudesse dar azo à aplicação da teoria da imprevisão são: (i) a imprevisibilidade quanto à sua ocorrência; (ii) que seja estranho à vontade das partes; (iii) inevitável; (iv) causador de grande desequilíbrio entre as obrigações e as vantagens originalmente pactuadas⁹⁵. Quando todos estes requisitos estivessem presentes, o concessionário faria jus a uma indenização por parte do poder concedente, que deveria absorver parte dos prejuízos sofridos pelo particular. Nessa época, não se falava em restabelecimento da equação econômico-financeira original⁹⁶.

Ao contrário do que ocorreu na França, em que a teoria da imprevisão foi durante décadas aplicada apenas com base na jurisprudência do Conselho de Estado, no Brasil ela foi internalizada pela legislação pátria há algum tempo. Há quase trinta anos, a Lei nº 8.666/93, responsável por disciplinar de forma nacional as licitações e contratos administrativos prevê, em seu artigo 65, II, “d”, a possibilidade de alteração nos contratos administrativos, por acordo das partes, para “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”⁹⁷. Como bem destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, a LGL afastou-se da teoria original, uma vez que, “no Brasil, o artigo 65, II, d da Lei nº 8.666/93 ampliou a

⁹⁵ “Álea econômica (Teoria da Imprevisão) – É todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes.” ARAGÃO, op. cit., p. 484.

⁹⁶ “Não há, no julgado, invocação de um suposto equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou exigência de uma providência reparadora do sinalagma original. Tal reparação ao estado anterior não é o que se tem em vista, mas sim a partilha dos prejuízos. E isso a bem do serviço, não da remuneração do concessionário.” LOUREIRO, op. cit, p. 61.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 jun. 1993. p. 8269.

abrangência da teoria da imprevisão para nela incluir os fatos de consequências incalculáveis.”⁹⁸, ou seja, os eventos geradores do desequilíbrio sequer precisariam ser imprevisíveis.

Além da alteração relativa ao requisito da imprevisibilidade, a lei brasileira também promoveu uma mudança quanto às consequências da aplicação da teoria da imprevisão. As decisões do Conselho de Estado estipulavam uma divisão equânime dos prejuízos entre o poder concedente e o concessionário. A LGL, no entanto, alterou essa consequência, garantindo ao concessionário o restabelecimento da equação econômico-financeira original, ou seja, o reequilíbrio da relação original entre vantagens e obrigações. É o que afirma LAÍS RIBEIRO DE SENNA quando ensina que no “no direito francês, do qual o direito administrativo muito herdou, no caso de ocorrência da álea econômica, os prejuízos seriam repartidos entre as partes; mas, no Brasil, assim como ocorre na álea administrativa, cabe à Administração Pública a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual”⁹⁹.

Assim, considerando que a doutrina brasileira prevê uma garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro, bem como concebe uma teoria da imprevisão alargada – com menos requisitos e maiores direitos garantidos ao concessionário –, uma vez preenchidos os seus requisitos, haveria direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira original, independente de previsão legal a respeito da matéria (ainda que alguns entendam aplicável às concessões o artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93). Esse entendimento é resumido por JACINTHO ARRUDA CÂMARA, quando aponta que, “desta forma, todas as situações que representem *álea extraordinária* (ou seja, eventos que encarnam um risco não assumido com a assinatura do contrato) ensejam, sem distinção, a retomada integral do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive por intermédio de revisão tarifária”¹⁰⁰.

No entanto, é o próprio JACINTHO CÂMARA que faz alerta providencial ao advertir para o fato de que “em todas essas hipóteses – desde que comprovado o desequilíbrio na equação econômico-financeira original e, também, simultaneamente, que a regulamentação aplicável à concessão (contrato e normas regulamentares) não tenha transferido o risco do evento para o próprio concessionário – há fundamento para a alteração tarifária, mediante o

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. JUSTEN FILHO, 2016 p. 393.

⁹⁹ SENNA, Laís Ribeiro de. **CONCESSÃO: PRAZO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**. São Paulo: Singular, 2019. p. 34.

¹⁰⁰ CÂMARA, op. cit., p. 196.

procedimento de revisão”. Desse modo, é possível afirmar que, em regra, as áleas extraordinárias correm por conta do poder concedente e, uma vez verificadas, dão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. No entanto, caso o contrato estabeleça divisão distinta das áleas econômicas extraordinárias, imputando esses riscos ao concessionário, essa disposição prevaleceria sobre o que propugna a teoria da imprevisão.

O próximo passo, portanto, seria verificar o contrato de concessão do aeroporto do Galeão e, nesse ponto, não há qualquer referência à assunção de responsabilidades por “áleas econômicas extraordinárias”. Isso não surpreende, todavia. A melhor técnica¹⁰¹, baseada na clássica distinção de Frank Knight, recomenda que apenas os riscos, considerados previsíveis, sejam partilhados, mas não as incertezas, consideradas sempre imprevisíveis.

Considerando, portanto, que a divisão de riscos estabelecida nas matrizes dos contratos prevalece sobre a teoria das áleas e, até mesmo, sobre as disposições legais, mas que, em regra, a boa técnica preconiza que as incertezas não devam ser partilhadas nas avenças, isso significa que ao menos uma parte dos eventos (as incertezas) não terá sido alocada a qualquer das partes, o que permitiria a pacífica convivência entre a álea econômica extraordinária, incluída na teoria da imprevisão, e as matrizes de riscos¹⁰².

Esse entendimento encontra eco na jurisprudência pátria e também nas decisões adotadas por órgãos reguladores e de controle externo. A pesquisa realizada apontou que o Supremo Tribunal Federal considera plenamente aplicável a teoria da imprevisão aos contratos administrativos em geral (AgRG em MS nº 35.196 e RE 571.969/DF), mas não se encontrou qualquer decisão que apontasse para a sua aplicação, em caráter subsidiário, aos contratos que possuem matrizes de risco. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, parece ter entendimento bastante consolidado a respeito da adoção da teoria da imprevisão (Ag em REsp nº 5.971/SP e REsp nº 1.595.018/RJ) e, também, de sua aplicação apenas subsidiária aos

¹⁰¹ “Com efeito, na medida em que os contratos de concessão devem se limitar a alocar entre as partes os *riscos* previamente conhecidos, mas não eventos situados no campo da *incerteza*, a álea extraordinária e seus efeitos (autorização para a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro) incidirão justamente em relação aos eventos materializados no curso da execução do contrato e que não tenham sido previamente alocados a nenhuma das partes.” (O destaque é do original). ALENCAR, op. cit., p. 80.

¹⁰² “Sendo assim, a noção de álea extraordinária, consagrada pela Lei Federal nº 8.666/93, convive, harmonicamente, com a matriz de riscos incorporada a cada contrato, uma vez que, em contratos complexos e de longo prazo, como são os de concessão de serviços públicos, é impossível – e, mais do que isso, indesejável – que as partes esvaziem, pela via contratual, o conteúdo jurídico das áleas extraordinárias e, portanto, o campo da incerteza”. ALENCAR, *Ibidem*. p. 80.

contratos que já estipulam a divisão das áleas entre os contratantes. É o que deixa claro o excerto abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO AQUAVIÁRIO DE VEÍCULOS E PASSAGEIROS NA BAIJA DE GUARATUBA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. REVISÃO DE PROVA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

(...)

2.6. Por fim, no que se refere ao argumento de que houve um aumento expressivo de veículos isentos do pagamento da tarifa, entendo que decidiu com acerto o magistrado, posto que a ora recorrente não logrou êxito em comprovar tal fato. (...) A prova pericial produzida e juntada no mov. 124.1 baseou-se em relatórios fornecidos pela concessionária, os quais foram bastante questionados e não podem ser considerados como dados confiáveis. Conforme se extrai da decisão administrativa que negou o pedido da ora recorrente, os relatórios apresentados de forma unilateral pela concessionária apresentam dados inconsistentes, tendo sido apontados fundamentos relevantes que impossibilitam a verificação do "aumento vertiginoso" no tráfego de veículos emplacados em Guaratuba. (...) Assim, a parte autora não logrou desconstituir a conclusão administrativa referente à confiabilidade dos relatórios, motivo pelo qual, a prova pericial, que baseou-se em dados não confiáveis, não logrou êxito em comprovar as alegações da recorrente. Ainda, da análise do edital, extrai-se as seguintes cláusulas: (...) **Ora, o próprio edital previu o risco do negócio, não podendo a recorrente alegar desconhecimento de tal risco.** Em especial porque, como afirmado supra, era conhecedora do negócio, eis que a acionista controladora da concessionária (F. ANDREIS LTDA) prestou o serviço por aproximadamente dez anos, durante a concessão anterior, de modo que a atual prestadora conhecia e conhece as peculiaridades locais. O contrato de igual forma previu tais riscos (fls. 48 - mov. 1.17): (...) **Destarte, conclui-se que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro deve ser assegurado, todavia, desde que presentes os requisitos legais. Contudo, no caso, inexistindo a prova de tais requisitos, não procede o argumento de teoria da imprevisão, fato novo, imprevisto ou imprevisível, razão pela qual, a sentença deve ser mantida por seus termos (...)**¹⁰³ (Os grifos são nossos).

Esse entendimento do STJ, que privilegia as disposições contratuais em relação às prescrições realizadas pela teoria da imprevisão, parece ter sido prestigiado também pela Agência Nacional de Aviação Civil, que ao efetuar a análise do processo nº 00058.018827/2020-66, que versa sobre o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo interno no agravo em Recurso Especial nº 1.769.615/PR. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJe de 31 de agosto de 2021.

formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão em relação a 2020, manifestou-se da seguinte forma:

“Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, **entende-se que a alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão.**” (Grifamos)

O Tribunal de Contas da União, manifestando-se sobre o cabimento do pleito de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro (Acórdão 2861/2009 – Processo nº 015.504/2006-2), entendeu que ele somente seria admissível na hipótese de empilharem-se os seguintes requisitos: a) superveniência do evento causador de prejuízo; b) imprevisibilidade ou irresistibilidade; c) onerosidade excessiva. Ora, esses não são senão os requisitos de aplicação da própria álea econômica extraordinária, o que demonstra que o TCU tem admitido a aplicação da teoria da imprevisão.

No que tange ao entendimento da AGU a respeito da matéria, por outro lado, parece que há entendimentos díspares no seio da instituição. O paradigmático Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura entendeu que “o contrato de concessão pode discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características especificadas de cada caso”, no entanto, “na falta de disposição contratual explícita ou implícita em sentido contrário, aplica-se a teoria das áleas ordinária e extraordinária”¹⁰⁴. Já a Procuradoria Federal junto à ANAC, ao se manifestar a respeito do cabimento do pedido de reequilíbrio apresentado pela concessionária do aeroporto do Galeão, considerou que “o contrato terminaria por assumir definitivamente o papel outrora desempenhado pela teoria da imprevisão, consolidando-se, destarte, como fonte imediata assecuratória do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”, razão pela qual não

¹⁰⁴ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

mereceria “acolhida, por manifesta ausência de amparo jurídico, a intenção da concessionária de aplicar a teoria da imprevisão ao pedido de revisão extraordinária”¹⁰⁵. Esse entendimento manifestado pela Procuradoria Federal junto à ANAC parece consolidado naquele órgão jurídico, que opinou nos mesmos termos quanto ao pedido de equilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão quanto aos prejuízos de 2021¹⁰⁶.

Apesar do entendimento praticamente unânime no sentido da aplicação subsidiária da teoria da imprevisão mesmo aos contratos que possuem matrizes de riscos, o que passamos a defender é que, no caso específico da pandemia de COVID-19, a teoria da imprevisão não pode ser aplicada nem mesmo de forma subsidiária ao contrato de concessão do aeroporto do Galeão.

A Lei nº 8.987/95, apesar de cancelar as opções feitas pelo poder concedente e pelo concessionário, inclusive no que se refere à divisão de riscos, não estabelece uma distribuição de riscos obrigatória entre as partes. A Lei nº 11.079/2004, ao contrário, o faz. O artigo 5º, III da Lei de PPPs prevê que os contratos de parceria público-privada deverão prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.” A máxima de hermenêutica *verba cum effectu sunt accipienda* indicaria que se a lei listou os eventos de forma separada é porque, em princípio, considera-os distintos, e não apenas nomes jurídicos diferentes para o mesmo fenômeno. Esse não é, contudo, o entendimento que defendemos aqui.

O contrato de concessão ora *sub exame*, supostamente baseado na melhor técnica, de fato não atribuiu a qualquer das partes a reponsabilidade por lidar com as consequências das áleas econômicas extraordinárias, mas o fez em relação ao caso fortuito e à força maior, que foram listados entre os riscos com os quais deve lidar o poder concedente, como já se viu no ponto 2.2.

¹⁰⁵ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. . Parecer nº 00235/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU. 2020. Disponível em:

https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº 00143/2021/PROT/PFEANAC/PGF/AGU. 2021. Disponível em:

https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20 ago. 2021.

Já vimos, no ponto 3.3.1, que o conceito de caso fortuito se mistura com o de força maior, ao menos para esmagadora maioria da doutrina, bem como que as suas características comuns são a extraordinariedade e a imprevisibilidade/irresistibilidade. Há significativa divergência, no entanto, quanto às consequências do evento. Enquanto alguns entendem que a prestação deve se tornar impossível¹⁰⁷, outros entendem ser possível que a obrigação a ser cumprida pelo devedor se torne apenas excessivamente sacrificante¹⁰⁸, desequilibrando os termos estabelecidos no contrato original. Naquele ponto, concluímos que apenas essa segunda concepção de caso fortuito/força maior, que se assemelha à onerosidade excessiva, prevista no Código Civil, seria compatível com as demais cláusulas do contrato, inclusive com a determinação para a revisão extraordinária na hipótese da ocorrência de algum desses eventos.

Essa aproximação entre a concepção alargada do conceito de caso fortuito/força maior e o de onerosidade excessiva ocorre em virtude da identidade das suas características e, também, das suas consequências. Aproveitamos, portanto, para relembrar a lição de ANDERSON SCHREIBER¹⁰⁹, que aponta como elementos caracterizadores da onerosidade excessiva (i) a existência de um contrato em curso, (ii) a excessiva onerosidade e (iii) evento extraordinário e imprevisível.

E neste ponto precisamos chamar a atenção para um detalhe. Não é difícil perceber que as características da onerosidade excessiva são idênticas àquelas apontada pelo Conselho de Estado francês como indispensáveis para que um evento pudesse ser enquadrado na teoria da imprevisão, ou seja, a onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão, ambas baseadas na medieval cláusula *rebus sic stantibus*, seriam nomes distintos para o mesmo fenômeno.

Ora, quando a doutrina passa a considerar que eventos dotados das características já repisadas, que abalam o contrato sem necessariamente torná-lo impossível de cumprir, podem ser classificadas como caso fortuito ou força maior (ainda que nessa “modalidade de onerosidade excessiva”), o que ela faz, na prática, é equiparar estes eventos ao que se convencionou chamar de álea econômica extraordinária. A indistinguibilidade entre os conceitos é tamanha que MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao definir a álea econômica extraordinária (teoria da imprevisão), utiliza a expressão “excessivamente onerosa”:

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 221

¹⁰⁸ GARCIA, op. cit., p. 188 e JUSTEN FILHO, *Ibidem*, p. 396.

¹⁰⁹ Cf. nota 83.

“Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, 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.”¹¹⁰ (Grifamos).

Já se viu que não há discussão quanto à possibilidade de aplicação subsidiária da teoria da imprevisão aos contratos concessão, até mesmo àqueles que possuem matrizes de riscos. No entanto, no caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, ao alocar-se ao poder concedente um caso fortuito/força maior com os mesmos requisitos e consequências da álea econômica extraordinária, o que se fez, na prática, foi alocar a própria álea econômica extraordinária, retirando qualquer espaço de eventual aplicação subsidiária da teoria da imprevisão.

Há quem critique esse tipo de assunção de áleas pelo poder concedente¹¹¹, sob pena de transformarmos o Estado em espécie de segurador universal. Contudo, é sempre importante lembrar que a doutrina e a jurisprudência são unânimes quanto à aplicação subsidiária da teoria da imprevisão aos contratos de concessão, mesmo àqueles que mantêm matrizes de riscos, de modo que caso a incerteza não tivesse sido alocada ao poder público, o efeito prático seria o mesmo, uma vez que ao classificar-se a pandemia de COVID-19 como álea econômica extraordinária, o resultado seria o direito do particular ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, cabendo ao poder concedente arcar com os eventuais prejuízos, exatamente como prescreve a teoria da imprevisão.

Parece-nos, portanto, que a única alternativa a isentar o poder concedente da responsabilidade pelo advento das áleas econômicas extraordinárias seria alocar as incertezas (caso fortuito/força maior) ao concessionário, mas esse tipo de alternativa parece ainda menos recomendável em termos econômicos.

Resumindo, a teoria das áleas e, mais especificamente, a teoria da imprevisão encontram guarida no direito brasileiro, mas a sua aplicação é apenas subsidiária aos contratos de concessão que possuem matrizes de riscos, de modo que devem ser tratados nos

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ MORAIS, Rafael Pinho de. **Reequilíbrio de concessões por pandemia: aberração jurídica**: o entendimento da pandemia como álea extraordinária precisa ser combatido. Para o bem do país. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-de-concessoes-por-pandemia-aberracao-juridica-09072020>. Acesso em: 30 jul. 2022.

termos da teoria apenas aqueles riscos (ou incertezas) que não tenham sido distribuídos contratualmente. No caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, contudo, é preciso dizer que a incerteza relativa ao caso fortuito/força maior foi distribuída e, considerando que a pandemia de COVID-19 encontra adequação típica a este evento, não há a possibilidade de aplicação subsidiária da teoria da imprevisão para pleitear eventual reequilíbrio da pandemia com base nesse fundamento.

3.3.2.1 Da (in) aplicabilidade do artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 como fundamento para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão

O Decreto-Lei nº 2.300, de 23 de novembro de 1986, instrumento normativo responsável por disciplinar as licitações e os contratos administrativos antes do advento da Lei nº 8.666/93, previa, em seu artigo 55, II, “d” que os contratos administrativos poderiam ser alterados, por acordo das partes, “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato” .

A Lei nº 8.666/93 manteve-se na mesma linha do diploma anterior, mas adotou redação mais minuciosa quanto aos casos que ensejariam a repactuação, para prever que os contratos poderiam ser revisados “na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior ou caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”¹¹². Como se vê, a LGL estabeleceu a expressa previsão de que aos contratos administrativos decorrentes de licitações aplicar-se-ia a possibilidade de revisão para restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos nos casos em que ocorresse evento qualificado como álea econômica extraordinária.

A LGL não se aplica diretamente às concessões de serviços públicos, que contam com diplomas específicos a disciplinarem a matéria (Lei nº 8.987/95 e 11.079/2004). Todavia, dado

¹¹² BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. DOU. Brasília, DF, 22 jun. 1993. p. 8269.

o seu caráter de generalidade em relação aos contratos administrativos, a própria Lei nº 8.666/93 previu a sua aplicação subsidiária às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos (art. 124), razão pela qual é preciso investigar se a norma poderia servir de fundamento para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato do aeroporto do Galeão.

A regra prevista no artigo 124 da Lei nº 8.666/93, somada ao parco tratamento dado ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão pela Lei nº 8.987/95, criou um entendimento, amplamente difundido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que o artigo 65, II, “d” também se aplicaria aos contratos de concessão, estabelecendo uma obrigatoriedade não apenas de reequilíbrio econômico-financeiro nos casos de álea econômica extraordinária e extracontratual, mas também a garantia de manutenção de uma “justa remuneração”. FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES explica a evolução histórica da compreensão:

“Portanto, a previsão legal dessas hipóteses (inscritas no art. 65 da Lei n. 8.666/93) como regras injuntivas, impediu (como impede), que Administração e contratado dispusessem dessa situação no plano do contrato. A álea extraordinária estaria, sempre, protegida pelo âmbito tutelar do princípio da equação econômico-financeira do contrato, sendo, então, indiferente a pactuação das partes quanto a isso.

(...)

Esse raciocínio sustentou a unificação do tratamento jurídico da equação econômico-financeira à categoria mais abrangente dos contratos administrativos: contratos administrativos gerais (regidos pela Lei n. 8.666/93) e contratos de concessão de serviços públicos (Lei n. 8.987/95) estavam submetidos a tratamento equivalente no que respeita à equação econômico-financeira, seja porque a exegese da norma constitucional (inc. XXI do art. 37) atribuía àquele princípio uma extensão tal que assegurava o dever administrativo de recomposição pela ocorrência de eventos que se pusessem sob a álea extraordinária, seja porque se reconhecia a aplicação da Lei n. 8.666/93 (Lei Geral dos Contratos Administrativos) a todas as espécies de contratos administrativos – entendendo-se, daí, que essa lei teria aplicação subsidiária à Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95).”¹¹³

Os órgãos da Advocacia-Geral da União já se manifestaram a respeito dessa possibilidade e, em seus pareceres, apresentaram entendimentos distintos. Enquanto a

¹¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 253.

Consultoria Jurídica do Ministério a Infraestrutura¹¹⁴ entendeu possível a aplicação do artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 como fundamento para revisão dos contratos em caso de fatos imprevisíveis, a Procuradoria Federal junto à ANAC¹¹⁵ sustentou exatamente o oposto.

Apesar de ainda hoje encontrarmos autores que defendam a aplicação integral do artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 aos contratos de concessão ou, pelo menos, aos contratos regidos pela Lei nº 8.987/95, é forçoso reconhecer que grande parte da doutrina já se inclina pela inaplicabilidade do referido dispositivo aos contratos de concessão em geral. Vários são os motivos.

Primeiro, EGON BOCKMANN MOREIRA, valendo-se de argumento decorrente de adoção do método literal de interpretação da lei, defende que a regra prevista no artigo 124 da LGL, que determina a aplicação subsidiária daquela norma aos contratos de concessão, não abrange o artigo 65, II, “d”. Segundo ele, o caput do art. 65, ao afirmar que os “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados”¹¹⁶, teria restringido o âmbito de aplicação do dispositivo aos contratos expressamente disciplinados por aquela norma.

Em segundo lugar, o argumento que parece ser mais contundente é de ordem lógica. Os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 se destinam à realização de obras ou ao fornecimento de bens e/ou serviços à Administração Pública. Esse tipo de contratação não prevê a exploração de um serviço de forma (quase) autônoma pelo particular. Nesses casos, por exemplo, o particular aceita entregar determinada quantidade de mercadorias, com determinada qualidade, à Administração Pública e, por isso, fará jus a uma determinada remuneração. Existe aqui uma correlação de um a um, na brilhante expressão de GUSTAVO LOUREIRO.

No caso dos contratos de concessão, ao contrário, o Estado delega ao particular a exploração de um serviço que possui caráter econômico (ainda que ele tenha sido retirado do livre mercado por opção legislativa), de modo que o concessionário passa a explorar a atividade em seu nome e correndo os riscos naturais de qualquer empreendimento. Assim,

¹¹⁴ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022..

¹¹⁵ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº 00235/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**. 2020. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666/93, op. cit.

por mais que haja algum exagero na compreensão da exigência de que o particular explore os serviços públicos integralmente “por sua conta e risco” (art. 2º, incisos II e III da Lei nº 8.987/95), aplicar a lógica prevista no artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 aos contratos de concessão seria o equivalente a garantir ao particular um empreendimento sem riscos, o que faria tábula rasa da famosa expressão cunhada pela LGC. Resumindo a questão, FERNANDO GUIMARAES afirma que:

“Noutro giro, não se pode sustentar a aplicação automática da alínea d, inciso II do artigo 65 da 8666/93 às concessões de serviços públicos.

(...)

Pode-se dizer que as concessões funcionam sob uma perspectiva empresarial, diferentemente dos demais contratos administrativos, que se prestam à simples terceirização de serviços e atividades. Tendo por objeto a delegação da gestão de um serviço público ao concessionário, envolvem um negócio a ser gerido (com certa autonomia de gestão).

(...)

Logo, não é possível equiparar os contratos de concessão e os contratos administrativos em gerais para o fim de submetê-los ao mesmo tratamento do equilíbrio contratual.”¹¹⁷

Desse modo, entende-se que o artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 não se aplica nem mesmo de forma subsidiária aos contratos de concessão, uma vez que isso garantiria aos particulares uma posição ainda mais favorável do que a aplicação, também subsidiária, da teoria das áleas às matrizes de riscos dos contratos. Portanto, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do aeroporto do Galeão deve ser extraído da matriz de risco do contrato de concessão, e não da aplicação, direta ou subsidiária, de dispositivos da LGL.

3.4 Do fato do príncipe

O contrato de concessão de exploração de serviços de infraestrutura aeroportuária do Galeão previu uma matriz de riscos, na linha daquilo que vem sendo entendido como a melhor prática em matéria de redação de contratos dessa natureza. Apesar da Lei nº 11.079/2004 estabelecer, em seu artigo 5º, III, genericamente, a necessidade de repartição dos riscos

¹¹⁷ GUIMARÃES, op. cit., p. 258.

relativos ao “fato do príncipe”, o contrato foi mais específico e consagrou exemplos de eventos que, em tese, poderiam ser enquadrados em tal categoria.

Alguns dos eventos tipicamente classificados como fatos do príncipe se referem à possibilidade de criação e/ou aumento de tributos. Essas, no entanto, não interessam a esta pesquisa, razão pela qual focaremos a análise na cláusula 5.2.3, que prevê o seguinte:

“Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

(...)

5.2.3. **restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;**” (Grifamos)¹¹⁸.

O fato do príncipe, que no âmbito da teoria das áleas corresponde a uma subdivisão da álea administrativa, é definido por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO como “determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, da própria Administração contratante”¹¹⁹. Para que se configure o fato do príncipe, é ainda indispensável que o fato onere significativamente o contratante.

O caráter geral da medida indica que ela não se destina especificamente ao contrato¹²⁰, mas a todos aqueles que sejam abarcados pela situação descrita na norma, repercutindo sobre a avença apenas de forma indireta, o que distingue o fato do príncipe das alterações unilaterais de contrato. Perceba-se que não se trata de indenização pela prática de atos ilícitos por parte do poder público¹²¹, mas da possibilidade de que um particular, em especial, sofra prejuízos por conta de atos lícitos e legítimos realizados pelo poder concedente.

¹¹⁸ BRASIL. ANAC. **CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO/GALEÃO - ANTONIO CARLOS JOBIM, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ**. 2014.

¹¹⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 484.

¹²⁰ “Consoante o indicado acima, os eventos que costumam ser considerados instâncias do conceito de fato do Príncipe são atos lícitos do poder público, normalmente do tipo normativo que, **não manifestando competência direta e específica de alteração unilateral do contrato de concessão**, acabam por ter alguma repercussão na concessão, de tal sorte que, ou agravam as condições da prestação do concessionário, ou a tornam excessivamente onerosa”. (grifamos). LOUREIRO, op. cit., p. 200.

¹²¹. “Foi por isso construída a *teoria do fato do príncipe*, aplicável quando o Estado contratante, mediante **ato lícito**, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado” (**O grifo não é do original**). CARVALHO FILHO, op. cit. p. 220.

A imprevisibilidade e a extraordinariedade, por sua vez, são elementos comuns tanto os eventos que configuram fatos do príncipe quanto aqueles que dão origem à aplicação da teoria da imprevisão (álea econômica extraordinária). Distinguem-se as áleas, portanto, pela origem, como ensina FLAVIO AMARAL GARCIA¹²². Tratando-se de ato praticado pelo poder concedente, temos um fato do príncipe; se, por outro lado, a imprevisibilidade for fortuita e não diretamente ligada a uma conduta do poder concedente, estaremos diante da aplicação da teoria da imprevisão. Por esse motivo, enquadra-se como álea econômica extraordinária a conduta que repercute sobre o contrato de concessão e não tenha sido praticada pelo poder concedente, mas sim por outra esfera da Administração Pública.

Considerando os elementos que compõem esse tipo de álea administrativa, não foi surpresa que muito autores tenham corrido para classificar as medidas sanitárias de combate à pandemia de COVID-19 adotadas pelo poder público como fatos do príncipe¹²³. Segundo esses autores, as medidas de proibição de funcionamento de estabelecimentos comerciais e de restrição de circulação de pessoas, os chamados “lockdowns”, configurariam exemplos típicos.

Reafirmamos aqui a advertência que fizemos por ocasião da análise do possível enquadramento da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior. Não se pode

¹²² Nesse sentido, é razoável inferir que a distinção está na origem da contingência imprevisível. Se a superveniência que impacta o contrato decorre de medida governamental, genérica e abstrata, se está diante de fato do príncipe, o que intuitivo até mesmo pelo *nomen juris* utilizado. Se, entretanto, se está diante de uma imprevisibilidade fortuita e não diretamente conectada a uma determinada e específica ação governamental, a hipótese melhor se afeiçoa à teoria da imprevisão”. GARCIA, op. cit., p. 176.

¹²³ Houve, porém, quem se posicionasse de forma contrária. RAFAEL PINHO DE MORAIS, por exemplo, considerou “imponderável caracterizar os atos da administração pública decorrentes da pandemia (como decretos de isolamento social, quarentenas e lockdowns) como fatos do príncipe”, uma vez que o “poder público não tomou qualquer medida imbuído de algum grau de discricionariedade”. (MORAIS, Rafael Pinho de. **REEQUILÍBRIO DE CONCESSÕES POR PANDEMIA: ABERRAÇÃO JURÍDICA: o entendimento da pandemia como álea extraordinária precisa ser combatido**. para o bem do país.. O entendimento da pandemia como álea extraordinária precisa ser combatido. Para o bem do país.. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-de-concessoes-por-pandemia-aberracao-juridica-09072020>. Acesso em: 31 jul. 2022.). Não nos parece, contudo, que a discricionariedade seja elemento relevante que se caracterize o fato do príncipe. Tratando-se de ato administrativo geral que cause prejuízo ao particular, seria possível o seu enquadramento como fato do príncipe, ainda que ele tenha sido praticado apenas para dar cumprimento direto a determinação legal ou constitucional. Afinal, como lembra MARÇAL JUSTEN FILHO, “a adoção dessas providências fundar-se-á necessariamente na preservação do interesse coletivo” e a “figura do fato do príncipe relaciona-se precisamente a essas hipóteses, em que uma medida de natureza geral, adotada para melhor realizar o interesse público, afeta de modo muito oneroso um certo particular” (JUSTEN FILHO, Marçal. **EFEITOS JURÍDICOS DA CRISE SOBRE AS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS**. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022). Desse modo, entendemos que o interesse público não apenas não isenta o poder público de responsabilidade como sempre estará subjacente aos atos praticados

estabelecer, *a priori*, que um determinado ato configure ou não fato do príncipe. E isso ocorre por dois motivos.

Primeiro, porque é indispensável que se observe as repercussões sobre o contrato em concreto. Desse modo, uma restrição à entrada de estrangeiros no Brasil, materializada por portarias interministeriais publicadas pelo Governo Federal, durante a pandemia, poderia configurar fato do príncipe para empresas de transporte aéreo internacional, por exemplo, que se veriam impedidas de modo absoluto de desempenhar a sua atividade, mas provavelmente não geraria significativa repercussão econômica sobre contratos de concessão de transporte interestadual de passageiros, atividade também regulada pela União.

Segundo, porque determinadas medidas podem ter repercussões apenas indiretas sobre os contratos, sem que seja possível ligá-las direta e inquestionavelmente aos resultados. Esse é o caso, por exemplo, da determinação para fechamento de estabelecimentos comerciais considerados não essenciais. Como considerar que essa medida repercute, diretamente, sobre a movimentação de passageiros do transporte aéreo?

Essa segunda ressalva parece afastar a possibilidade da maior parte das medidas sanitárias adotadas pelo poder público para combater a pandemia de COVID-19 se enquadrarem como fato do príncipe. No município do Rio de Janeiro/RJ, onde se localiza o Aeroporto Internacional do Galeão, não se tem notícia de qualquer medida que tenha efetivamente impedido as pessoas de viajarem ou mesmo de se deslocarem dentro da cidade. Não houve, como já se disse, qualquer medida de “lockdown” ou quarentena que restringisse o direito de ir e vir dos cidadãos cariocas ou da região metropolitana.

Ora, se as medidas adotadas pelo poder público não impediam as pessoas de se deslocarem e chegarem ao aeroporto a fim de viajarem, não há que se falar em fato príncipe ou, mais especificamente no âmbito do contrato, de “restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos”. Se as pessoas deixaram de se deslocar, e de utilizar o transporte aéreo, por um justificado medo de contaminação em virtude de doença ainda desconhecida, essa diminuição de demanda decorre diretamente da pandemia, e não das medidas sanitárias adotadas pelo poder público.

Vale ressaltar, ainda, que as medidas sanitárias que provocaram algum grau de restrição ao deslocamento da população do Rio de Janeiro e dos outros municípios da região metropolitana foram todas adotadas pelos poderes públicos municipal e estadual, e não pela União, que figura como poder concedente no âmbito do contrato de concessão do aeroporto

do Galeão. Por esse motivo, ainda que as medidas locais e regionais fossem consideradas capazes de impedir o deslocamento dos cidadãos pela cidade (e reiteramos que não foram), deveriam ser enquadradas sob a rubrica de álea econômica extraordinária, e não de fato do príncipe, dado que não se originaram no poder concedente.

Concluindo, no que interessa a esta pesquisa, parece-nos que a única medida sanitária adotada pelo poder concedente capaz de efetivamente configurar fato do príncipe é a proibição do ingresso de estrangeiros no Brasil, veiculada inicialmente pela Portaria Interministerial nº 670, de 1º de abril de 2022. Isso porque a vedação ao ingresso de estrangeiros impedia que companhias aéreas realizassem o transporte desses passageiros, o que acabava por repercutir diretamente sobre as concessões aeroportuárias, que viram minguar as arrecadações com tarifas de pousos e decolagens e de embarque de passageiros.

Outras medidas adotadas pelos entes federativos estadual e municipal, que atingiram de forma direta o funcionamento de atividades acessórias do aeroporto do Galeão poderiam, em tese, configurar fato do príncipe. É o caso, por exemplo, do Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 46.973, de 16 de março de 2020, que estabeleceu restrição ao número de pessoas atendidas em bares e restaurantes. Essa medida deveria ser aplicada também aos estabelecimentos de alimentação que funcionam no interior do aeroporto e figuram como importante fonte de receita para os concessionários. Todavia, como já se disse, trata-se de medidas adotadas por entes federativos distintos do poder concedente, o que impede o seu enquadramento como fato do príncipe, restando, no entanto, a possibilidade de configurarem álea econômica extraordinária.

Ressaltamos, por fim, que a distinção que aqui se estabelece é para fins meramente acadêmicos. Afinal, ainda que a redução do número de passageiros que tenham circulado pelo aeroporto do Galeão em 2020, causadora de enormes prejuízos ao concessionário e geradora de desequilíbrio econômico-financeiro no âmbito do contrato de concessão, não decorra diretamente das medidas sanitárias adotadas pelo Poder Público, mas sim da pandemia de COVID-19 em si, o resultado prático será o mesmo. Afinal, ambos os riscos estão previstos no contrato de concessão do aeroporto (o fato do príncipe, na cláusula 5.2.3, enquanto o caso fortuito/força maior, na cláusula 5.2.8) e alocados ao poder concedente, de modo que haverá necessidade de recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao contrário do que propunha a teoria das áleas em sua origem.

3.5 Do aparente conflito entre o caso fortuito/força maior e a os riscos de demanda

A matriz de riscos do contrato de concessão do aeroporto do Galeão já foi objeto de análise desta pesquisa em tópico específico (ponto 3.2). Naquela oportunidade, identificamos que o evento “caso fortuito/força maior” estava alocado ao poder concedente e, no ponto seguinte, constatamos que a pandemia de covid-19 se enquadrava no referido conceito, razão pela qual assistia ao concessionário do Galeão o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do Galeão à ANAC foi objeto de manifestação da Procuradoria Federal junto àquela agência¹²⁴. Na ocasião, o órgão jurídico da autarquia concordou com o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas após identificar uma aparente sobreposição entre riscos supostamente materializados e atribuídos a partes distintas na matriz do contrato, deixou um significativo alerta quanto ao seu entendimento sobre futuras demandas por parte da concessionária:

“58. Inequívoco, deste modo, que o evento de força maior ou caso fortuito – cujo risco é atribuído ao Poder Concedente – e o risco de demanda – atribuído à Concessionária –, devem ser compatibilizados, sendo certo que o instrumento contratual, ante a incompletude naturalmente inerente a ajustes dessa natureza, não apresenta solução pré-definida para sua delimitação.

(...)

62. Nesse contexto, se por um lado se mostra devida a recomposição dos termos econômicos originais em relação ao período em que afetado o contrato pelas restrições impostas diretamente pela pandemia, como pressuposto da própria continuidade do serviço público, tem-se, por outro lado, que os efeitos de tal evento extraordinário na demanda, quando cessadas as restrições impostas pelo evento não mais parecem ter o condão de garantir a recomposição das receitas da Concessionária pelos períodos seguintes à cessação da pandemia ou ao encerramento das medidas de restrição, passando a inserir-se, em princípio, no risco de demanda a cargo da própria Concessionária.”

¹²⁴ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO/GALEÃO - ANTONIO CARLOS JOBIM, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ**. 2014. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aerportos-concedidos/galeao/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao>. Acesso em: 30 jul. 2022.

O documento elaborado pelo órgão da Advocacia-Geral da União, após identificar o possível conflito entre os riscos de demanda e de caso fortuito/força maior, esclarece que, neste primeiro momento, as responsabilidades deveriam ser atribuídas ao poder concedente mas, uma vez encerradas as medidas restritivas adotadas pelo poder público com o objetivo de combater a pandemia de COVID-19, esta deixaria de ser a causa de eventual queda no movimento de passageiros nos aeroportos e dos prejuízos daí decorrentes, razão pela qual as perdas deveriam ser integralmente suportadas pela concessionária do Galeão.

De fato, como lembra FLAVIO AMARAL GARCIA¹²⁵, é até frequente que haja dúvida sobre quais eventos poderiam ser considerados os causadores do prejuízo. Afinal, as linhas separadoras dos eventos podem ser tênues e nenhum contrato desce a tais minúcias. Como definir, portanto, a quem incumbiria arcar com os riscos no caso concreto sob análise?

Já se teve a oportunidade de destacar que o concessionário, como qualquer empresário, corre os riscos naturais do empreendimento. Entre esses riscos está, por exemplo, uma diminuição no fluxo de passageiros decorrente da diminuição do tamanho da população ou em virtude de uma lenta e progressiva mudança de hábitos, eventos cujas origem e limites não possam ser claramente identificados e demarcados. Pelo que se vê, o risco de diminuição da demanda alocado ao concessionário será sempre subsidiário, ou seja, aplicando-se quando não for possível estabelecer uma relação clara entre a diminuição do afluxo de passageiros e um dos outros riscos alocados no contrato. Não é o que ocorre no caso *sub exame*.

As próprias estatísticas reveladas pelo Anuário de Transportes da ANAC¹²⁶, relativas ao ano de 2020, demonstram significativa queda no número de voos e de passageiros transportados no mês seguinte à decretação da emergência em saúde no Brasil (queda de cerca de 90% do movimento). Não se tem notícia de qualquer outro evento, no Brasil, que tenha gerado essa queda tão abrupta e significativa de movimento nos aeroportos. Estabelece-se, portanto, até com relativa facilidade, um nexos causal entre o advento da

¹²⁵ “Em quarto lugar, nem sempre é fácil identificar a causa do desequilíbrio. Tome-se como exemplo o advento de uma crise econômica, situação sempre recorrente em contratos de concessão de execução duradoura, ainda mais em Países em desenvolvimento, mais suscetíveis a intempéries na sua economia.

Tarefa que está longe de ser simples é identificar se a crise econômica é causa autônoma e exclusiva do desequilíbrio ou se existem outras causas que concorrem para o desbalanceamento do contrato de concessão.” GARCIA, op. cit., p. 166.

¹²⁶ BRASIL. ANAC. Anuário do Transporte Aéreo 2020. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 19 ago. 2022.

pandemia de COVID-19 e a queda do número de passageiros, com os seus consequentes prejuízos.

A alocação de um risco a um dos contratantes imputa a ele diversos deveres: prevenir o risco, remediar a sua concretização e, o que parece ser mais importante, suportar as suas consequências. A responsabilidade pelos prejuízos não encontra limite temporal nem na lei, nem no contrato, de modo que se as consequências do evento pandemia de COVID-19 se perpetuam no tempo, pouco importa quão longas elas sejam. Sendo possível estabelecer um vínculo lógico-causal entre o evento pandêmico e a queda de demanda¹²⁷, a obrigação para lidar com as suas consequências seguirá sendo do poder concedente até que ela esteja definitivamente sanada.

Por estes motivos, estabelecer que, uma vez encerradas as medidas de combate à pandemia, incumbiria à concessionária suportar os prejuízos pela concretização do risco genérico de demanda parece-nos uma arbitrária interrupção do ciclo de responsabilidades do poder concedente pela materialização de risco anterior (*in casu*, o caso fortuito/força maior) que foi a ele atribuído na matriz contratual.

Compreender de forma rígida que o risco genérico de variação de demanda deva suceder o risco de caso fortuito/força maior pelo simples fato de que à concessionária incumbiria sempre suportar reduções no movimento de passageiros significaria, na prática, tornar letra morta diversos riscos alocados ao poder concedente. Afinal, os prejuízos decorrentes de grande parte desses riscos materializam-se exatamente porque provocam uma redução na demanda. Isso fica especialmente claro quando se pensa no exemplo da queda de um raio que destruísse parcialmente o aeroporto e obrigasse à redução do número de passageiros atendidos. Ora, esses eventos da natureza são tradicionalmente classificados como caso fortuito/força maior, risco alocado ao poder concedente no contrato de concessão. Aplicado o entendimento manifestado pela Procuradoria Federal, ao poder público incumbiria arcar tão-somente com a reconstrução do terminal destruído, mas não com o prejuízo que adviesse da redução do número de passageiros atendidos por conta da diminuição da capacidade da infraestrutura.

¹²⁷ “Há efeitos indiretos, aptos a afetar a execução de contratos de diversas naturezas. São acontecimentos cuja consumação foi desencadeada pela pandemia, ainda que não se relacionem à dimensão patológica do evento.”. JUSTEN FILHO, Marçal. **EFEITOS JURÍDICOS DA CRISE SOBRE AS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS**. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

Assim, sendo a queda de demanda diretamente decorrente da pandemia de COVID-19, incumbe ao poder concedente lidar com o risco que lhe foi distribuído no contrato, sem que se possa estabelecer qualquer arbitrária limitação temporal da responsabilidade. Parece-nos que o poder concedente somente poderá se exonerar da responsabilidade pela queda de demanda decorrente da pandemia de COVID-19 ou, pelo menos, atenuá-la, no caso de o número de passageiros retornar ao patamar anterior ao da decretação de emergência em saúde pública ou, ainda, caso se demonstre que há uma nova causa, ou concausa, para o baixo número de viajantes.

4 CONCLUSÃO

4.1 Qual era o objetivo deste trabalho?

O questionamento que deu origem a este trabalho foi: a decisão da ANAC que deferiu o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão é compatível com os entendimentos doutrinário, a jurisprudencial, administrativo e regulatório do Brasil?

Na introdução, indicamos que a avassaladora pandemia de COVID-19 havia gerado uma enxurrada de publicações a respeito da necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de serviços públicos. Naquela oportunidade, o nosso sentimento era o de que os artigos misturavam diversos conceitos e produziam interpretações alargadas dos direitos dos concessionários, numa tentativa quase emocionada de encontrar alternativas para solucionar os enormes prejuízos sofridos pelos particulares.

A hipótese do trabalho era a de que os textos publicados na ocasião estavam em desacordo com a produção jurídica brasileira, razão pela qual decidimos realizar estudo de caso com objetivo de verificar como a Agência Nacional de Aviação Civil estava aplicando o Direito ao caso concreto, bem como quais os fundamentos que utilizava, ou seja, se as suas decisões se amparariam nos entendimentos pré-pandêmicos ou na produção jurídica após março de 2020.

4.2 Qual o caminho percorrido para testar a hipótese do trabalho e quais as conclusões a que se chegou?

O trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo apresenta um pequeno histórico da transição no regime jurídico dos aeroportos brasileiros, desde a criação dos primeiros aeródromos brasileiros até o início das concessões de suas explorações à iniciativa privada, no início da década de 2010. Esse histórico nos parece fundamental para compreendermos que a temática do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária é relativamente nova no cenário regulatório brasileiro, bem como que a frustração das expectativas que se tinha a respeito do aumento de demanda nos aeroportos brasileiros, por ocasião de sua concessão, contribuiu para confundir-se com os efeitos da pandemia.

No mesmo capítulo, apontamos o advento da pandemia de COVID-19 e sua magnitude, bem como as suas consequências para o movimento nos aeroportos brasileiros. Apresentamos, também, as medidas adotadas pelo poder público com o objetivo de evitar a disseminação da doença e os possíveis reflexos para os aeroportos brasileiros. Esses fatos são exatamente aqueles que foram utilizados como fundamento para o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária do aeroporto do Galeão.

No capítulo seguinte (Capítulo II), analisamos o próprio pedido de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado à ANAC. Listamos os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pela concessionária, entre os quais estão o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a pandemia de COVID-19 como evento gerador de prejuízo para o concessionário, apesar de sua alocação ao poder concedente na matriz de riscos (caso fortuito/força maior) e da necessidade de qualificação, como fatos do príncipe, das medidas sanitárias adotadas pelo poder público com o intuito de combater a pandemia de COVID-19.

O capítulo II contou ainda com o ponto 2.2, no qual se procurou detalhar a matriz de riscos dos contratos de concessão da 3ª rodada de concessões de aeroportos, uma vez que ali estariam alocados os riscos supostamente alocados ao poder concedente. Dentre os riscos alocados ao poder concedente, destacamos o caso fortuito/força maior e a restrição de capacidade operacional, enquanto o risco mais importante alocado ao concessionário é aquele que atribui ao particular o dever de suportar os prejuízos eventualmente decorrentes da não efetivação da demanda ou de que sua queda por qualquer motivo.

Por fim, no ponto 2.3, verificamos o entendimento manifestado pela área técnica da ANAC, que considerou que o evento pandemia de COVID-19 deveria ser enquadrado como caso fortuito/força maior, dando ensejo à revisão extraordinária do contrato de concessão do aeroporto do Galeão. Posteriormente, apresentamos a decisão da diretoria colegiada da agência que aprovou o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pela concessionária do aeroporto do Galeão, o que, aliás, foi repetido nos julgamentos dos pedidos de revisão extraordinária apresentados por concessionários de outros aeroportos brasileiros.

O capítulo III, por sua vez, ápice da pesquisa, busca avaliar a compatibilidade da decisão proferida pela ANAC com os entendimentos doutrinário, jurisprudencial, administrativo e regulatório a respeito do reequilíbrio econômico-financeiro, em especial no que tange aos contratos de concessão de serviços públicos. O primeiro ponto do capítulo se destina a verificar se, de fato, existe a previsão constitucional ou legal a um direito ao reequilíbrio

econômico-financeiro do contrato, ou se essa previsão precisa estar expressa no próprio contrato de concessão.

Nesse ponto, consideramos que a doutrina e jurisprudência pátrias são praticamente pacíficas quanto à existência de um direito ao equilíbrio econômico-financeiro com sede constitucional (artigo 37, XXI da CF), havendo apenas pequena corrente doutrinária a manifestar-se em sentido contrário. No entanto, registramos também que é corrente na seara do Direito Administrativo brasileiro o entendimento de que os parâmetros que balizam esse direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira original, baseados na distribuição proposta pela teoria das áleas, cedem ante as matrizes de risco dos contratos. Ou seja, as disposições constantes das matrizes de riscos prevalecem sobre as disposições legais e da teoria das áleas.

No ponto 3.2, verificamos a quase unanimidade na adoção das matrizes de riscos nos contratos de concessão, o que pode ser atribuído tanto à determinação legal constante da Lei nº 11.079/2004 quanto à propagada eficiência econômica da divisão pré-contratual dos riscos. Esse modelo parece ter suplantado definitivamente a teoria das áleas, deixando-a em segundo plano. Verificamos, também, quais são os requisitos para o surgimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão que apresenta matriz de riscos, quais sejam a materialização de um risco alocado a uma das partes, o advento do evento descrito e o fato de a contraparte estar suportando as consequências da concretização do risco.

O ponto 3.3 versou sobre aquele que é, talvez, o principal ponto da pesquisa realizada: o efetivo enquadramento da pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior, para fins de aplicação da matriz de riscos presente no contrato de concessão do aeroporto do Galeão. Nesse ponto, confirmamos a existência do evento pandêmico e verificamos que apesar do risco de caso fortuito/força maior estar alocado ao poder concedente, era a concessionária do Galeão que estava suportando os prejuízos em virtude da queda de demanda. No que tange ao risco de caso fortuito/força maior, a fim de manter a integridade lógica do contrato, foi preciso distingui-los do conceito adotado pelo Código Civil. Adotou-se, para tanto, concepção mais moderna e flexível, considerando-se que não há a necessidade de que do caso fortuito/força maior resulte a impossibilidade de cumprir as obrigações constantes do contrato, bastando que estas se tornem excessivamente onerosas. Do contrário, em vez de uma revisão extraordinária, a consequência do evento seria a resolução do contrato.

No ponto 3.3.2, tratamos da possibilidade de aplicação subsidiária da teoria da imprevisão aos contratos de concessão que possuem matrizes de riscos. Vimos que o entendimento da doutrina e da jurisprudência é relativamente pacífico quanto a essa possibilidade, e isso se deve ao fato de que os contratos que possuem matrizes de riscos devem tratar apenas de riscos, mas não de incertezas, na clássica divisão de Frank Knight, de modo que na hipótese de concretizarem-se as últimas, a sua solução seria definida com base na teoria da imprevisão.

Contudo, consideramos que no caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, a teoria da imprevisão não encontraria guarida nem mesmo para aplicação subsidiária, uma vez que no âmbito desse ajuste as incertezas já haviam sido divididas na matriz de riscos. Foi o que ocorreu com o caso fortuito/força maior.

No tópico seguinte, (3.3.2.1), analisamos a possibilidade do artigo 65, II, d da Lei 8666/93, que prevê a necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos nos casos de caso fortuito/força maior, poder aplicar-se aos contratos de concessão. No ponto, em que pesem as opiniões em sentido contrário, concluímos que o dispositivo não encontra aplicação nem mesmo subsidiária aos contratos concessórios, dado que a sua lógica foi pensada para contratos comutativos simples, como aqueles que decorrem das contratações formuladas com base na Lei de Licitações. Além disso, no caso do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, há matriz de risco que já distribui os riscos entre os contratantes.

O tópico 3.4 visa analisar a possível caracterização de fato do príncipe nos atos praticados pelo poder concedente durante a pandemia. Apesar de não constar do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pela concessionária do Galeão, de forma expressa, um ponto específico para tratar de fato do príncipe, muitas condutas da Administração Pública são apontadas como eventos que poderiam se caracterizar dessa forma.

Defendemos que, para os fins do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, a única medida sanitária de fato adotada pelo poder concedente capaz de se caracterizar como fato do príncipe foi a Portaria Interministerial que impediu a entrada de estrangeiros no Brasil. Esse ato acabou por impedir a ocorrência de viagens e, conseqüentemente, provocou reflexos diretos no fluxo de passageiros que circularam pelo aeródromo carioca. No mesmo ponto, destacamos que medidas que poderiam, em tese, configurar fatos do príncipe, devem ser

classificadas como áleas econômicas extraordinárias, dado que partiram de outros entes federativos. É o caso, por exemplo, dos Decretos estaduais e municipais que provocaram o fechamento dos estabelecimentos comerciais dentro do aeroporto.

A parte final do capítulo 3 versa sobre ponto levantado especificamente por parecer elaborado pela Procuradoria Federal Especializada que funciona junto à ANAC, no âmbito do processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e versa sobre a possibilidade de a concessionária passar a assumir eventuais prejuízos decorrentes de queda de demanda a partir do momento em que cessarem as medidas sanitárias adotadas pelo poder público com o objetivo de conter a pandemia de COVID-19.

Apesar desse ponto não constar expressamente do pedido, consideramos de suma importância analisar a questão, visto que a suspensão das medidas sanitárias pelo poder públicos, ocorrida especialmente em 2022, devem resultar em novos embates entre concessionários e poder concedente.

Ali, consideramos que não há fundamento, legal ou contratual, para o estabelecimento de limite temporal à responsabilidade decorrente de riscos assumidos por ocasião da celebração de contratos de concessão, cabendo ao poder concedente, portanto, lidar com os prejuízos decorrentes da queda de demanda provocada diretamente pela pandemia. Somente se admitiria a exoneração de responsabilidade do poder concedente (ou, pelo menos, a sua mitigação) na hipótese da demanda retornar aos números pré-pandêmicos ou na hipótese de se conseguir demonstrar que o reduzido fluxo de passageiros apresenta uma nova causa, ou, ao menos, uma concausa.

4.3 Considerações finais

O objetivo deste trabalho, como deve estar claro a esta altura, é verificar a forma como a Agência Nacional de Aviação Civil lidou com os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em virtude do advento da pandemia de COVID-19, bem como se esse tratamento foi compatível com os entendimentos doutrinário, jurisprudencial, administrativo e regulatório vigentes até então ou, até mesmo, com aqueles que surgiram a partir da eclosão da própria doença.

Evidentemente, por tratar-se de estudo de caso, almejava-se analisar um caso específico de forma mais detalhada e, eventualmente, projetar o seu resultado para a atuação

da agência como um todo. Para isso, selecionamos o emblemático caso do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do aeroporto do Galeão, um dos mais severamente afetados pela pandemia de coronavírus.

No início da pesquisa, estabeleceu-se a hipótese de que a ANAC estaria adotando decisões com viés muito mais pragmático do que jurídico, talvez em virtude do turbulências social e econômica vividas no Brasil em 2020. O desenvolvimento dos trabalhos, no entanto, mostrou-nos o contrário. A decisão adotada pela ANAC no processo nº 00058.018827/2020-66 é compatível com aquilo que vêm sendo decidido pelos tribunais brasileiros e também com as opiniões majoritárias da doutrina brasileira.

A ANAC entende que há, sim, um direito constitucional e legal ao reequilíbrio econômico-financeiro, mas tem considerado preponderantes as disposições contratuais, especialmente aquelas dispostas nas matrizes de risco. O enquadramento do evento pandemia de COVID-19 como caso fortuito/força maior nos parece adequado, bem como a imputação de tal responsabilidade ao poder concedente.

A agência reguladora do setor de aviação civil parece não ter feito questão de classificar as medidas sanitárias adotadas pelo poder público como fato do príncipe ou como consequências do evento pandemia e, portanto, enquadrá-las no caso fortuito/força maior, uma vez que as consequências seriam as mesmas, com atribuição de responsabilidade ao poder concedente. Nesse ponto, estabelecemos a distinção, mas somos obrigados a concordar com a posição da ANAC no sentido de que o efeito prático da distinção é nulo.

Vale dizer que a agência adotou o mesmo entendimento em pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro apresentados por outros concessionários de infraestrutura aeroportuária, o que parece demonstrar a coerência das decisões do órgão regulador, característica bastante importante para estabilidade do mercado regulado.

Por fim, é possível que afirmar que entendemos ter alcançado o objetivo a que nos propusemos no começo deste trabalho, notadamente a resposta às perguntas que guiaram a pesquisa realizada, todas elas assinaladas ao final do ponto 1.3. Seguem, portanto, as respostas aos questionamentos:

- a) Existe um direito ao equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de concessão? Existe previsão constitucional ou legal a ampará-lo ou esse direito depende de previsão contratual?

Resposta: Discordamos do entendimento que enxerga um bem definido direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no artigo 37, XXI da Constituição Federal. É necessário reconhecer, contudo, que a posição daqueles que extraem do dispositivo a necessidade de respeitar os termos da equação econômico-financeira original forma esmagadora maioria, seja na doutrina ou na jurisprudência. A legislação ordinária (Lei nº 8.987/95), por sua vez, prevê a necessidade de garantir o equilíbrio econômico-financeiro nos casos de alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente ou de ocorrência de fatos do príncipe (criação ou majoração de tributos), mas não nos demais casos de áleas extraordinárias.

- b) As matrizes de riscos de contratos de concessão são compatíveis com as previsões constitucionais/legais a respeito do equilíbrio econômico-financeiro?

Resposta: Sim, as matrizes de risco são compatíveis com as previsões constitucionais e legais a respeito do equilíbrio econômico-financeiro. Tanto o artigo 10 da Lei nº 8.987/95 quanto o artigo 4º, VI da Lei nº 11.079/2004 parecem confirmar essa compatibilidade.

- c) Se as matrizes de riscos constantes dos contratos previrem distribuição de riscos distinta daquela eventualmente estabelecida pela lei, qual delas deve prevalecer?

Resposta: As divisões de riscos estabelecidas pelas matrizes de riscos constantes dos contratos de concessão prevalecem sobre as disposições legais e sobre aquelas resultantes da aplicação direta da teoria das áleas. Esse entendimento é majoritário e defendido até mesmo por aqueles que enxergam no texto constitucional uma expressa previsão do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

- d) O contrato de concessão do aeroporto do Galeão contém uma matriz de riscos? Se sim, de que forma estão distribuídos os riscos?

Resposta: Sim, o contrato de concessão do Galeão conta com uma matriz de riscos que atribui ao poder concedente os riscos de caso fortuito/forçar maior e de

restrição operacional, enquanto transfere ao concessionário os riscos de não efetivação da demanda projetada e de redução de demanda por qualquer motivo.

- e) A pandemia de COVID-19 pode ser enquadrada como caso fortuito ou força maior no caso do contrato do aeroporto do Galeão?

Resposta: Sim, no caso do contrato de concessão do aeroporto do Galeão a pandemia de COVID-19 pode ser enquadrada como caso fortuito/força maior para fins de revisão extraordinária da avença, uma vez que o evento preenche os requisitos de imprevisibilidade e inevitabilidade, além de tornar o cumprimento das obrigações excessivamente oneroso para uma das partes (o concessionário).

- f) O evento enquadrado como caso fortuito/força maior é risco ou incerteza? Deveria estar previsto em matriz de riscos?

Resposta: De acordo com a melhor técnica, os eventos que podem ser enquadrados na definição legal e doutrinária de caso fortuito/força maior não deveriam estar previstos em matriz de riscos, uma vez que são eventos imprevisíveis e, por isso mesmo, enquadram-se no conceito de incertezas, e não no de riscos, tomada a clássica lição de Frank Knight. No entanto, é preciso destacar que a atribuição do “risco” de caso fortuito/força maior ao concedente, ainda que em descompasso com as recomendações dos economistas, acaba por ter efeito prático tendente a zero, dado que nos contratos em que essas incertezas não são distribuídas aos contratantes, aplica-se a eles, de forma subsidiária, a teoria das áleas, que também aloca ao poder concedente o dever de lidar com as áleas econômicas extraordinárias.

- g) É possível aplicar a teoria da imprevisão de forma subsidiária às matrizes de riscos de contratos de concessão? No caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, é possível a sua aplicação subsidiária?

Resposta: Sim, é possível aplicar aos contratos de concessão, de forma subsidiária, não apenas a teoria da imprevisão, mas a teoria das áleas como um todo, desde que as incertezas não tenham sido distribuídas previamente aos contratantes. No caso específico do contrato de concessão do aeroporto do Galeão, as incertezas

foram distribuídas ao poder concedente, sob a rubrica de “caso fortuito/força maior”, o que acabou por esvaziar o espaço de aplicação subsidiária da teoria da imprevisão.

- h) O artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 se aplica aos contratos de concessão?

Resposta: Não, o artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 tem sua aplicação limitada aos contratos administrativos comutativos simples, uma vez que a sua lógica é incompatível com a que rege os contratos de concessão.

- i) As medidas sanitárias adotadas pelo poder público com o objetivo de combater a pandemia de COVID-19 podem ser classificadas como “fatos do príncipe” no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária? Se sim, dariam ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?

Resposta: Algumas das medidas sanitárias adotadas pelo poder público podem, sim, ser enquadradas como fatos do príncipe. No caso específico dos aeroportos, todavia, somente a proibição da entrada de estrangeiros no Brasil parece se enquadrar na definição. Outras medidas adotadas pelo poder público, como restrições ao funcionamento de restaurante e estabelecimentos comerciais no interior dos aeroportos poderiam, em tese, configurar fatos do príncipe, mas devem ser tratadas sob a rubrica da teoria da imprevisão em virtude do fato de terem sido tomadas por entes públicos distintos do poder concedente. Por outro lado, não podem ser consideradas “fatos do príncipe” medidas que apenas de forma indireta impactaram na demanda, como redução do número de ônibus nas ruas, liberação de cidadãos para atuarem em sistema de teletrabalho, etc.

- j) Há necessidade de compatibilizar os riscos de demanda, atribuídos à concessionária, com a ocorrência de casos fortuitos ou de força maior, atribuídos ao poder concedente? Se sim, como fazê-lo?

Resposta: Sim, há necessidade de compatibilizar esses riscos, especialmente porque há uma grande zona cinzenta entre os riscos de demanda e os de caso fortuito/forçar maior. Nessas hipóteses, se for possível identificar que a queda de demanda decorre diretamente da ocorrência de evento enquadrado como caso

fortuito/força maior, o poder concedente deverá lidar com as suas consequências até que estejam totalmente remediadas, pouco importando por quanto tempo perdurem. Esse parece o meio capaz de evitar tornar letra morta o risco atribuído ao poder concedente, uma vez que, ao fim e ao cabo, todo o prejuízo, ou pelo menos a sua maior parcela, parece sempre decorrer da queda de demanda.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Leticia Lins de. EQUILÍBRIO NA CONCESSÃO. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AMATO, Fábio. Transporte aéreo doméstico de passageiros teve queda de 52,5% em 2020, diz ANAC. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/20/transporte-domestico-de-passageiros-teve-queda-de-525percent-em-2020-diz-anac.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2022

ARAGÃO, Alexandre Santos de. DIREITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

AURELIO, Bruno. A EXPLORAÇÃO DA INFRESTRUTURA AEROPORTUÁRIA NO BRASIL: a Infraero e as concessionárias de serviço público. São Paulo: Contracorrente, 2017.

BARBOSA, Mariana. Como nasceu a indústria do transporte aéreo. 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/como-nasceu-a-industria-do-transporte-aereo/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BBC NEWS BRASIL (Brasil). "Em colapso": a dramática situação dos hospitais da Itália na crise do coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51968491>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. . Parecer nº 00143/2021/PROT/PFEANAC/PGF/AGU. 2021. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. . Parecer nº 00235/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU. 2020. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. . Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO/GALEÃO - ANTONIO CARLOS JOBIM, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ. 2014. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. ANAC. Anuário do Transporte Aéreo 2020. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. ANAC. Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim, no município do Rio de Janeiro/RJ. 2014. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/audiencia-publica-RJ_MG. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 205/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 206/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 208/2020, de 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 214/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 215/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 216/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 217/2020, de 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Diretoria Colegiada. Decisão nº 253/2020, de 31 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decisoes/2020>.

BRASIL. ANAC. Estudos de viabilidade do Galeão - Estudo de mercado. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/galeao/audiencia-publica-RJ_MG. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. ANAC. Processo nº 00058.018827/2020-66. 2020. Decisão (documento nº 5003969). Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 27 jun. 2022. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. ANAC. Processo nº 00058.018827/2020-66. 2020. Documento 4518264. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?iI3OtHvPArITY

997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0IaDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWVlqQ3Q7ryuRO31dkOYibBOyY_IT389VuvUVKIASbBX5mpGR. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. ANAC. Processo nº 00058.018827/2020-66. 2020. Documento nº 466852. Disponível em:

https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. ANAC. Processo nº 00058.018827/2020-66. Petição (documento nº 4518264). 2020. Disponível em:

https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. ANAC. Processo nº 00058.018827/2020-66. 2020. Voto (documento nº 4982474). Disponível em:

https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 16.983, de 22 de julho de 1925. Approva o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 28 ago. 1925. Seção 1, p. 16934.

BRASIL. Infraero. Secretaria de Aviação Civil da Presidência. INFRAERO, 40 anos servindo pessoas, empresas e o Brasil. 2013. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/portal/images/stories/Infraero/INFRAERO40ANOS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 jun. 1993. p. 8269.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. 8. ed. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dou. Brasília, DF, 7 fev. 2020. v. 158, n. 27, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Portaria MJSP nº 149, de 27 de março de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 mar. 2020. v. 158, n. 60, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Portaria SEPEC/ME nº 20.809, de 14 de setembro de 2020. Diário Oficial da União. 177. ed. Brasília, DF, 15 set. 2022. Seção 1, p. 47.

BRASIL. Secretaria de Aviação Civil. Ministério da Infraestrutura. Movimentação de passageiros por ano. 2022. Disponível em: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial/?auth=s#Aeroporto/Movimentacao/SBGL>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.769.615. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF de 2021. Diário da Justiça Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 5716969. Relator: Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF, 03 de agosto de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. n. 253.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 571969. Brasília, DF, 12 de março de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. n. 181.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 4064/2020, Processo Nº 025.301/2020-9. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 8 de dezembro de 2020.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Reflexões sobre investimentos em infraestrutura de transporte no Brasil. Radar, Brasília-Df, n. 47, p. 7-21, out. 2016. Bimestral. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/radar47_1_reflexao.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA, Jacintho Arruda. TARIFA NAS CONCESSÕES. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.973, de 16 de março de 2020. Reconhece a situação de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro em razão do contágio e adota medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (COVID-19), e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. 46. ed. n. 49, p. 1.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 19 mar. 2020. v. 46, n. 51, Seção 1, p. 1.

FERREIRA, Josué Catharino. Um breve histórico da aviação comercial brasileira. 2017. In: XII Congresso Brasileiro de História Econômica e 13ª Conferência Internacional de História de Empresas. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/uploads/ABPHE%202017/16%20Um%20breve%20hist%C3%B3rico%20da%20avia%C3%A7%C3%A3o%20comercial%20brasileira.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GARCIA, Flavio Amaral. A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. São Paulo: Malheiros, 2021.

GARRETT JUNIOR, Gilson. Aeroportos brasileiros registram queda de 90% em voos durante a pandemia. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aeroportos-brasileiros-registram-queda-de-90-em-voos-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GRIMLEY, Naomi; CORNISH, Jack; STYLIANOU, Nassos. Número real de mortes por covid no mundo poder ter chegado a 15 milhões, diz OMS. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61332581>. Acesso em: 06 ago. 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES E PPPs: FORMAÇÃO E METODOLOGIAS PARA RECOMPOSIÇÃO. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-107.

HANGAR 33 (Brasil). Edmond Plauchaud e o levantar voo da aviação brasileira. 2014. Disponível em: <http://blog.hangar33.com.br/edmond-plauchut-e-o-levantar-voo-da-aviacao-brasileira/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. EFEITOS JURÍDICOS DA CRISE SOBRE AS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS. 2020. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. ESTUDOS SOBRE O REGIME ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MACHADO, Bernardo Viana Zurli; INGOUVILLE, Martin; DAMASCENO, Thiago Machado; SALLES, Daniel Cardoso de; ALBUQUERQUE, Clarissa Taquette Vaz. A evolução recente do modelo de concessão aeroportuária sob a ótica da financialidade. Revista do Bndes, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 7-65, set. 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/19101/1/PRArt214970_A%20evolu%3%a7%3%a3o%20do%20modelo%20de%20concess%3%a3o%20aeroportu%3%a1ria_P_BD.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. SERVIÇO PÚBLICO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. São Paulo: Malheiros, 2017.

MONTEIRO, Vera. CONCESSÃO. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAIS, Rafael Pinho de. Reequilíbrio de concessões por pandemia: aberração jurídica: o entendimento da pandemia como álea extraordinária precisa ser combatido. para o bem do país. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-de-concessoes-por-pandemia-aberracao-juridica-09072020>. Acesso em: 30 jul. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. *CONTRATOS DE CONCESSÃO, FORÇA MAIOR EXTRAORDINÁRIA E REVISÃO DA MATRIZ DE RISCOS: fundamentos jurídicos e modos de usar*. fundamentos jurídicos e modos de usar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 30 jul. 2022.

NATAL, Tatiana Esteves. *A DIVISÃO DE RISCOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 67, p. 218-249, 2013.

OLIVEIRA, Elida; ORTIZ, Brenda. *MINISTÉRIO DA SAÚDE CONFIRMA PRIMEIRO CASO DE CORONAVÍRUS NO BRASIL*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/26/ministerio-da-saude-fala-sobre-caso-possivel-paciente-com-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2022.

ORDUÑA, Pedro Pinheiro. *PANDEMIA DE COVID-19 E O REEQUILÍBRIO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: repartição objetiva de riscos nos contratos de concessão mostra-se insuficiente para enfrentar o cenário atual*. Repartição objetiva de riscos nos contratos de concessão mostra-se insuficiente para enfrentar o cenário atual. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-13042020>. Acesso em: 04 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. *Histórico da pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2031%20de%20dezembro%20de,identificada%20antes%20em%20seres%20humanos>. Acesso em: 19 ago. 2022.

OSORIO, Fernando. *O DIREITO AEROPORTUÁRIO E A PRIVATIZAÇÃO DE AEROPORTOS NO BRASIL*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *DIREITO ADMINISTRATIVO*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REINO UNIDO. INFRASTRUCTURE AND PROJECTS AUTHORITY. *Supporting vital service provision in PFI/PF2 (and related) contracts during the COVID-19 emergency*. 2020. Guidance Note. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/supporting-vital-service-provision-in-pfipf2-contracts-during-the-covid-19-emergency>. Acesso em: 30 jul. 2022.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *O QUE TODO PROFISSIONAL DE INFRAESTRUTURA PRECISA SABER SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CON*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A TAXA INTERNA DE*

RETORNO: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 445-450.

SABRINNI, Fernanda. Teoria da Imprevisão no direito francês e as "fissuras" do canal de Capronne. Revista de Direito Civil, Belo Horizonte, n. 21, p. 131-144, set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. EQUILÍBRIO CONTRATUAL E DEVER DE RENEGOCIAR. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SENNA, Lais Ribeiro de. CONCESSÃO: PRAZO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. São Paulo: Singular, 2019.

YOSIMOTO, Vinicius; CHAMBARELLI, Rafael; MATTOS, Bernardo; OLIVEIRA, Paulo; CAMACHO, Fernando; PINTO, Henrique. A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro. Revista do Bndes, Rio de Janeiro, p. 243-292, jun. 2016. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/9394/2/7%20-%20A%20l%C3%B3gica%20atual%20do%20setor%20aeroportu%C3%A1rio%20brasileiro_P.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.