

# ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ALEATÓRIAS DE ATUALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vinicius José Alves Avanza<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Da abordagem teórica; 2.1 – Por que denominar as cláusulas que impõem o dever de manutenção da atualidade como aleatórias?; 2.2 – A legalidade da inserção de elementos aleatórios no contexto dos contratos administrativos; 2.3 – Da validade das *cláusulas aleatórias de atualidade*; 3 – Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Como forma de lidar com a necessidade constante de atualização e padronização dos sistemas rodoviários, o estado de São Paulo, ao desenhar seus contratos de concessão, se valeu de um recurso jurídico que alia elementos pontualmente aleatórios a um ambiente negocial mais amplo, complexo e preponderantemente comutativo. Trata-se de cláusulas aleatórias que outorgam ao concessionário o dever de promover, por sua conta e risco, a adequação suficiente para a manutenção dos padrões de atualidade que se fizerem necessários ao longo da execução contratual. A juridicidade do referido mecanismo contratual, desde a sua instrumentalização efetiva, desencadeou discussões no plano prático e doutrinário acerca da possibilidade de inserção de elementos aleatórios no contrato administrativo *lato sensu*, bem como de outros aspectos relacionados ao equilíbrio contratual

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e mestrando em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

e da previsibilidade obrigacional. A solução proposta pressupõe uma investigação acerca da natureza jurídica das cláusulas aleatórias, bem como uma análise da adequação formal do mecanismo estudado ao ordenamento jurídico. A questão é fragmentada e ganha relevância, na medida em que todos os contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, instrumentos que naturalmente são desenvolvidos para vigorar por um longo período de tempo, adotaram, em maior ou menor grau, as cláusulas aleatórias voltadas à manutenção do dever de atualidade. Se, de um lado, o poder concedente entende que todos os custos são imputáveis à concessionária, de outro, os concessionários entendem que a aplicação efetiva das cláusulas de atualidade importam na necessidade de reequilíbrio do contrato administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato administrativo. Concessões. Contrato aleatório. Contrato comutativo. Riscos contratuais. Matriz de riscos. Reequilíbrio contratual.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em meio à escassez de recursos orçamentários para o custeio de grandes obras de infraestrutura e à necessidade de promover um serviço público rodoviário adequado, o estado de São Paulo instituiu o programa de concessões rodoviárias, preponderantemente pautado no regime de “concessões comuns” que, até o presente momento, compreende aproximadamente 9,8 mil quilômetros de rodovia, distribuídos sob a administração de 20 concessionárias, totalizando mais de R\$ 6,6 bilhões em investimentos.

O programa de concessões rodoviárias deflagrado pelo estado de São Paulo em 1998 experimenta um constante e significativo processo de aperfeiçoamento jurídico, fato que resultou na existência de, ao menos, quatro modelagens contratuais distintas<sup>2</sup> e sucessivamente adotadas. Por se tratar de contratos de longo prazo, até a data da conclusão do presente trabalho, vigem, de forma simultânea, versões de todos os modelos contratuais.

---

2 Como referência, se adotará, para efeitos do presente trabalho, os contratos relativos aos Lotes: (a) 1 – (Autoban); (b) Lote 19 – (Viaronдон); (c) Lote 27 – (Tamoios); e (d) Lote 30 – (Eixo SP).

A modelagem contratual, embora desenvolvida para atender a todas as necessidades circunstancialmente aferidas em determinado momento histórico, quando formalizada e subscrita pelos contratantes, transcende o plano teórico hipotético e é submetida aos problemas inerentes ao ambiente prático.

Um dos problemas jurídicos enfrentados pelo estado de São Paulo no desenvolvimento de um modelo contratual de concessão que melhor atenda às expectativas não só do próprio Poder Público, mas também do parceiro privado e dos usuários, se insere na elaboração de um regramento contratual adequado à implementação e à manutenção da atualidade na prestação dos serviços.

Diversas são as circunstâncias práticas que importam na superação do padrão de atualidade estabelecido, demandando, assim, novos investimentos para, por exemplo, necessidades de padronização técnica, observância de nova legislação ou parâmetro regulatório, entre outras.

Para fazer frente à necessidade de investimentos essenciais à manutenção da atualidade dos serviços públicos rodoviários, a Administração Pública Estadual, ao desenhar seus editais e contratos de concessão, se valeu de um recurso jurídico aparentemente eficaz. O estado de São Paulo, sem prejuízo de estabelecer um rol inicial de investimentos para a prestação de um serviço atual, imputou também às concessionárias, por meio de cláusulas contratuais e disposições editalícias, o dever de realizar investimentos futuros que se revelarem necessários, dentro do prazo da concessão, para a manutenção da atualidade dos serviços, não estando tal prestação condicionada ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para efeitos do presente trabalho, as normas contratuais que impõem ao concessionário os deveres de atualidade ora descritos serão denominadas como *cláusulas aleatórias de atualidade*.

As *cláusulas aleatórias de atualidade* consistem, portanto, em (i) disposições contratuais ou editalícias que, (ii) sem subordinar a eficácia do negócio jurídico principal, (iii) desencadeiam o surgimento de prestações diversas e posteriores àquelas originariamente convenionadas no cronograma físico-financeiro do contrato, (iv) atreladas a um dever geral de manutenção da atualidade do serviço, (v) cuja constatação da necessidade dos investimentos decorre de manifestação ou fato oriundo de órgão/entidade competente e (vi) não suscitam, em uma interpretação literal, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em maior ou menor grau<sup>3 4 5 6</sup>, em todas as versões dos contratos de concessão, o poder concedente se valeu das *cláusulas aleatórias de atualidade* como forma de impor ao concessionário um dever genérico de manutenção da atualidade.

O presente trabalho tem por escopo não só a análise da legalidade das *cláusulas aleatórias de atualidade*, mas também a viabilidade ou não do reequilíbrio econômico-financeiro em face da sua aplicação.

## 2. DA ABORDAGEM TEÓRICA

### 2.1. Por que denominar as cláusulas que impõem o dever de manutenção da atualidade como aleatórias?

Ao analisar as cláusulas e subcláusulas contratuais inerentes aos deveres de atualidade das concessões do estado de São Paulo, percebe-se que a sistemática adotada se difere do modelo de obrigação

- 
- 3 Nos contratos da primeira rodada de concessões, as *cláusulas aleatórias de atualidade* imputavam à concessionária o dever de prestar o serviço adequado, englobando, por expressa disposição prevista no edital, o dever de implantar sistemas tecnologicamente atualizados não só para elevar o nível dos serviços prestados aos usuários (Serviços Delegados), como também para otimizar o desempenho dos serviços não delegados, tal como o monitoramento do tráfego e a fiscalização de trânsito (Item 20 do Edital referente ao Lote 1).
  - 4 Nos contratos da segunda rodada de concessões (contratos celebrados entre 2007 e 2010), as cláusulas aleatórias de atualidade continham redação similar àquelas consignadas na primeira rodada, porém enfatizavam a necessidade de implantar sistemas atualizados *durante todo o prazo da concessão*. A alteração feita na redação dos contratos da segunda rodada, de forma mais clara, demonstra que a intenção do estado de São Paulo era imputar ao concessionário a obrigação concernente aos investimentos para a atualidade dos sistemas ao longo de todo o prazo da concessão, neles incluídos os investimentos expressamente consignados no contrato/edital, bem como os que, embora não incluídos, se fizessem necessários para a manutenção da atualidade.
  - 5 Na concessão do Lote 27 (concessão patrocinada da Rodovia dos Tamoios), a redação da cláusula que impõe o dever de atualidade se aproxima da redação dos contratos relativos às concessões da primeira rodada, vez que a expressão “durante todo o prazo da concessão” foi suprimida (artigo 8º do regulamento da concessão).
  - 6 No contrato de concessão do Lote 30, cuja administração foi atribuída à Eixo SP, a questão é tratada de forma significativamente diferente, vez que o Poder Concedente vinculou o dever de atualidade ao atingimento ou não dos indicadores de desempenho trazidos no contrato. Em que pese a escolha de um parâmetro mais objetivo, a aleatoriedade é mantida, ainda que em menor grau, pois, concomitantemente à vinculação da atualidade aos indicadores de desempenho, o contrato também impõe investimentos para a adequação aos novos parâmetros de atualidade em caso de obsolescência, parâmetro que compreende margem interpretativa sujeita ao subjetivismo.

contratual tradicionalmente estabelecido, em que o *an debeat* e o *quantum debeat* são previamente aferíveis.

Nas cláusulas que impõem ao concessionário o dever de manter a atualidade dos serviços, não se permite saber com precisão, no momento da exteriorização da vontade, *o que* será devido, *quanto* será devido e *quando* nascerá a prestação imputada à contratada. Não se trata, por outro lado, de uma obrigação completamente desvinculada de parâmetros normativos. É possível constatar, a partir da análise do texto das cláusulas, que o conteúdo obrigacional imputado aos concessionários se limita à realização de investimentos para a manutenção da atualidade dos serviços prestados na concessão (parâmetro material), no valor necessário para tanto (parâmetro quantitativo) e ao longo do prazo contratado (parâmetro temporal).

Apesar da existência de parâmetros, percebe-se que a obrigação prevista comporta significativa margem de indeterminação, seja no aspecto material, quantitativo ou temporal. Antes de adentrar a questão atinente à legalidade propriamente dita e a fim de estabelecer um estudo adequado à ordem vigente, cabe investigar qual o regramento aplicável às cláusulas de atualidade.

É certo, outrossim, que, além dos elementos indeterminados, as cláusulas ora analisadas configuram uma fórmula com a qual o poder concedente tentou administrar efeitos futuros que, a partir das experiências anteriores, se demonstraram potencialmente impactantes no objeto da contratação.

Em um primeiro contato, as cláusulas de atualidade pareciam se moldar às figuras de dois institutos jurídicos previstos no Código Civil, quais sejam: (a) a condição suspensiva, vez que as cláusulas de atualidade poderiam caracterizar um negócio jurídico acessório sujeito à condição suspensiva que, quando da ocorrência de evento futuro e incerto (necessidade de realizações de investimentos para a manutenção da atualidade), deflagraria o surgimento da obrigação do concessionário; e (b) a obrigação aleatória ou não comutativa, haja vista que, posto diga respeito a fatos futuros, imputa somente a uma das partes o risco da não ocorrência do evento aleatório.

Embora haja alguma coincidência, principalmente em razão de lidar com as incertezas inerentes ao futuro, não se trata da figura jurídica da

condição. A condição, seja ela suspensiva ou resolutiva, consiste em elemento accidental que subordina a eficácia do negócio jurídico principal, hipótese que não se verifica no contrato de concessão e tampouco nas cláusulas de atualidade. Apesar da prestação específica da concessionária só nascer com o fato futuro, se este vier a acontecer, seus direitos (prestações devidas pelo poder público e pelos usuários) não se encontram subordinados. O negócio, portanto, é eficaz desde o início, hipótese que é incompatível com os efeitos jurídicos decorrentes das condições.

A aleatoriedade do negócio jurídico descrita no artigo 458 e seguintes do Código Civil, contudo, se molda com mais precisão às disposições jurídicas ora estudadas. Sobre a referida espécie negocial, podemos afirmar:

são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que eles possam ganhar muito, mas também perder muito, ou tudo.<sup>7</sup>

No caso das cláusulas que impõem o dever de atualidade, o negócio jurídico principal (relação de concessão) e todos os mecanismos de remuneração da concessionária são eficazes desde a celebração do contrato ou da data nele definida. A prestação devida pelo poder público e pelos usuários ao concessionário não experimenta qualquer condicionante temporal ou mesmo circunstancial. O evento futuro e aleatório repercute sobre um negócio já eficaz e só tem a aptidão de desencadear o dever de prestação da concessionária, moldando-se com mais precisão à redação do artigo 458 do Código Civil<sup>8</sup>.

Se o evento aleatório não ocorrer, portanto, a contraprestação devida pelo Poder Público continuará devida, não sofrendo qualquer restrição, mitigação ou supressão, fato que demonstra que as cláusulas

7 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2020, p. 264.

8 Código Civil – Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

de atualidade ora analisadas representam um fragmento negocial aleatório inserido dentro de um contrato preponderantemente comutativo, que aloca o risco da obsolescência e da necessidade de adequações aos padrões de atualidade na esfera jurídico-patrimonial do concessionário.

Percebe-se, desta feita, que a modelagem contratual adotada pelo estado de São Paulo, no tocante às cláusulas aleatórias de atualidade, assumiu um modelo aleatório em que os novos parâmetros de atualidade foram alçados à condição de um *risco contratual*.

## **2.2. A legalidade da inserção de elementos aleatórios no contexto dos contratos administrativos**

Dentre as características atribuídas ao regime jurídico dos contratos administrativos, é frequente a menção à comutatividade como um elemento essencial e caracterizador das avenças públicas.

De maneira geral, a doutrina<sup>9</sup> e a jurisprudência<sup>10</sup> entendem que a comutatividade inerente aos contratos administrativos decorreria da equivalência existente entre as prestações obrigacionais celebradas entre os contratantes e encontraria seu fundamento jurídico no § 1º do artigo 54 da Lei Federal nº 8.666/1993. Há também aqueles que entendem que a própria Constituição Federal exigiria que os contratos ostentassem natureza exclusivamente comutativa, tendo em vista que o direito ao reequilíbrio previsto no inciso XXI do artigo 37 pressuporia um ambiente em que haja reciprocidade e equivalência de obrigações<sup>11</sup>.

Nos contratos de parcerias, o entendimento não é diferente, vez que, na ausência de previsão específica, é comum que o interprete se socorra da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Dentro desse contexto, torna-se relevante analisar a possibilidade de inserção de elementos aleatórios nos contratos administrativos sob o prisma da equivalência e da reciprocidade obrigacional.

---

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

10 REsp 699860/RS (STJ), Remessa Necessária nº 1001645-04.2017.8.26.0372 (TJ/SP).

11 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 242.

Os negócios jurídicos aleatórios e comutativos são subespécies negociais onerosas, ou seja, há assunção voluntária de obrigações e concessão de direitos, com a conseqüente repercussão patrimonial, para ambas as partes. A assertiva é relevante para extirpar, de antemão, qualquer interpretação tendente a invalidar a adoção da aleatoriedade no âmbito dos contratos administrativos sob a justificativa de que o caráter gratuito ou unilateral desencadearia um ato de disposição patrimonial indevido e, por conseqüência, afrontaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A reciprocidade contratual, caracterizada pela bilateralidade obrigacional, está presente no negócio aleatório, na medida em que se constata, ainda que em análise abstrata, a existência de uma prestação e uma contraprestação. Ambas as partes são vinculadas pelo negócio aleatório na medida em que, de um lado, o tomador do risco tem o dever de lidar com o evento futuro e incerto e, de outro, a parte contrária assume o risco de que aquele evento/risco não venha a ocorrer. A reciprocidade obrigacional, portanto, revela-se presente.

Acerca da equivalência, entende-se que a questão demanda uma análise mais acurada.

Em uma primeira abordagem, pareceria razoável sustentar que o negócio jurídico que comporta uma obrigação de cunho aleatório não compreenderia uma equivalência prestacional. O raciocínio parece lógico, na medida em que, via de regra, não haverá uma relação equilibrada entre as vantagens e desvantagens experimentadas pelos contratantes. Ora uma parte sairá beneficiada, ora a outra extrairá maiores ou até mesmo todos os benefícios da relação<sup>12</sup>.

A equivalência obrigacional, seja no vínculo comutativo ou aleatório, não se limita à relação de proporcionalidade ou equilíbrio patrimonial entre a prestação e contraprestação (equivalência objetiva). Para além da comparação patrimonial das prestações, é necessário

---

12 Tomemos como exemplo o contrato de seguro. Se o sinistro não ocorrer, a seguradora auferirá todos os benefícios enquanto o segurado arca sozinho com o dispêndio patrimonial consistente no pagamento do prêmio. Se, contudo, o sinistro ocorrer, a seguradora terá que arcar com a sua parte da prestação, ainda que esta seja mais onerosa do que a contraprestação que lhe foi originariamente assegurada.

analisar se, à luz das circunstâncias presentes no momento da celebração do negócio, ambas as partes, capazes e sem a interferência de pressões externas, consentiram com a cessão, de forma genuinamente voluntária, de parte do seu patrimônio ou liberdade em troca de uma prestação que lhe parecia mais vantajosa (equivalência subjetiva).

É, portanto, a *equivalência subjetiva* que harmoniza e dá substância à relação negocial, traduzindo assim um maior respeito à autonomia da vontade e patrimonial dos envolvidos, bem como evitando atribuir um grau desarrazoado de instabilidade ao contrato decorrente de uma avaliação *a posteriori* do seu equilíbrio obrigacional.

Assentadas essas premissas, vale destacar a ponderação de Maurício Portugal Ribeiro<sup>13</sup> que, na contramão da doutrina tradicional e no contexto específico do reequilíbrio contratual, referenda a possibilidade de inserção de aspectos aleatórios no contrato administrativo:

Portanto, não me parece haver dúvidas que é perfeitamente lícito no nosso sistema jurídico o estabelecimento de mecanismos de apuração de desequilíbrio de contratos e de definição do valor das compensações que incluam elementos aleatórios. A licitude desses elementos aleatórios implica necessariamente na impossibilidade de, posteriormente, se invalidar, por essa razão, os contratos por consequência dos efeitos do funcionamento desses elementos aleatórios. Por exemplo, a parte prejudicada por perdas que decorram exclusivamente dessa aleatoriedade não poderá questionar a aleatoriedade com base apenas nas perdas que ela eventualmente lhe causar. E as normas sobre a proibição do enriquecimento sem causa e sobre a onerosidade excessiva das obrigações são automaticamente afastadas contra efeitos de um mecanismo propositalmente aleatório adotado pelas partes.

Embora a aleatoriedade, no campo dos negócios públicos, seja vista com desconfiança pela doutrina tradicional, deve-se observar que se

---

13 RIBEIRO, Maurício Portugal. Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes e para medir o valor do desequilíbrio. *Portugal Ribeiro Advogados*, [s. l.], 2016a. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/aleatoriedade-em-processos-de-reequilibrio-de-contratos-o-uso-de-estimativas-de-demanda-para-definir-o-valor-da-compensacao-as-partes-e-para-medir-o-valor-do-desequilibrio/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

trata de um mecanismo cuja utilização se encontra amplamente disseminada no ambiente prático, inclusive nos contratos administrativos.

É certo que os contratos administrativos, se tomados de maneira geral, não são preponderantemente aleatórios. A comutatividade, bem como a certeza que lhe é inerente, é característica relevante nas contratações públicas. Há, contudo, em significativa parte das contratações públicas, aspectos obrigacionais cuja dinâmica comporta maior grau de aleatoriedade.

A distribuição de riscos, seja ela inerente ao modelo tradicional de contratações públicas ou aos contratos de parceria, nada mais é do que o estabelecimento de um vínculo obrigacional aleatório, ainda que de cunho acessório, pois representa uma tentativa do administrador de lidar com as causas e consequências inerentes a eventos futuros sem prejudicar a eficácia do negócio presente. Variações cambiais, variações de preços, alterações na estrutura jurídico-normativa e outras oscilações de toda ordem constituem eventos aleatórios que podem impactar na estrutura contratual e que, usualmente, têm suas consequências distribuídas, de maneira lícita, no plano *endocontratual*.

A par das objeções doutrinárias, não sendo constatado nenhum impedimento jurídico e verificada a ampla e disseminada adoção de critérios aleatórios em contratos administrativos ordinários e em parcerias, entende-se que o administrador dispõe da liberdade para que, dentro da sua margem de discricionariedade, estabeleça elementos contratuais aleatórios criadores de novas obrigações.

### **2.3. Da validade das cláusulas aleatórias de atualidade**

Por validade, se tratará, no presente tópico, da relação de adequação das cláusulas aleatórias de atualidade às normas, regras ou princípios estabelecidas na lei e na Constituição Federal.

Por não constituir o objeto do estudo, se presumirá que as *cláusulas aleatórias de atualidade* foram instrumentalizadas em contrato administrativo cuja subscrição decorreu do consentimento expresso de ambas as partes e foi precedida, em todos os casos, de licitação na modalidade adequada e da devida publicidade. A supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o princípio da isonomia entre os

licitantes, a autonomia da vontade e o procedimento formal, também por presunção, consideram-se respeitados.

A legalidade, contudo, não se resume aos preceitos específicos de Direito público. O contrato/edital, e nele incluída cada uma de suas disposições, deve observar, no que couber, o regramento geral relativo aos direitos das obrigações, aos negócios jurídicos e à teoria geral dos contratos.

Nessa abordagem majoritariamente teórica, portanto, cumpre verificar se as *cláusulas aleatórias de atualidade* preenchem os requisitos de validade<sup>14</sup> <sup>15</sup> e eficácia<sup>16</sup> consubstanciados na norma geral.

A análise se restringirá às *cláusulas aleatórias de atualidade*, não fazendo menção, por inoportuno, aos requisitos de validade dos demais aspectos do contrato de concessão. Trata-se, portanto, da verificação da validade/invalidade parcial do contrato de concessão<sup>17</sup>, circunscrita às disposições, efeitos e interpretações das *cláusulas aleatórias de atualidade*.

A validade de uma cláusula contratual, fragmento obrigacional de um negócio jurídico mais amplo, pressupõe o atendimento aos termos genéricos da legislação negocial, sendo, portanto, necessário verificar os requisitos genéricos previstos no artigo 104 do Código Civil. Os requisitos de validade relativos à *capacidade do agente* e à *forma negocial* parecem dispensar maiores indagações e não se circunscrevem ao ponto analisado, mas sim ao contrato, em sua máxima amplitude.

O requisito que se pode extrair de uma abordagem mais restrita e, portanto, específica das cláusulas que impõem ao concessionário o dever de atualidade remanesce na natureza e no grau de determinação do *objeto*.

O Código Civil preceitua que o *objeto* do negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e é nesse ponto que se

---

14 Optou-se por não considerar os requisitos de existência, haja vista que, de uma forma geral, se trata de requisitos mais basilares e não causam maiores discussões quanto a sua verificação.

15 Por requisitos de validade, se considerará o disposto no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: (a) agente capaz; (b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (c) forma prescrita ou não defesa em lei; bem como o requisito adicional introduzido pela doutrina em uma interpretação sistemática do Código Civil, a saber: (d) vontade livre, desimpedida e de boa-fé.

16 Quanto aos elementos condicionantes da eficácia, serão considerados, para efeitos do presente trabalho, os institutos preconizados no Capítulo III do Título I do Livro III do Código Civil, quais sejam: a condição, o termo e o encargo.

17 Nos termos do artigo 184 do Código Civil, a verificação da validade/invalidade parcial dos negócios jurídicos é possível e prescinde da avaliação de todo o negócio principal.

concentra a maioria, senão a totalidade, das discussões doutrinárias que acabam por orientar os litígios administrativos e jurisdicionais acerca da aplicação prática das *cláusulas aleatórias de atualidade*.

Sundfeld e Câmara<sup>18</sup>, ao analisarem as cláusulas que ora são denominadas como *aleatórias de atualidade*, vislumbram duas interpretações possíveis, uma que conduziria à licitude e outra à ilicitude.

Os autores defendem que a interpretação de tais cláusulas pode ser considerada válida, desde que: (i) sejam tratadas como autorização genérica para que o Poder Concedente e/ou a Agência Reguladora, no curso da contratação, imponham ao concessionário o dever de realizar modificações contratuais; e (ii) se as modificações importarem em novos encargos, ou seja, se forem modificações onerosas, terá o contratado o direito à devida compensação mediante o reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

De outro lado, na hipótese de serem interpretadas como uma disposição contratual que, ocorrido o evento aleatório de atualidade, imponha aos concessionários a realização dos investimentos necessários para a manutenção/adequação dos padrões de atualidade sem ensejar o reequilíbrio do contrato, as cláusulas de atualidade são consideradas pelos autores como ilícitas/inválidas, em razão, principalmente, da indeterminabilidade do objeto. É nessa interpretação que o presente trabalho se concentra.

Os autores justificam que os encargos contratuais atribuídos/atribuíveis aos concessionários se desdobram em duas espécies, os *encargos programados* – aqueles previstos expressamente no rol de investimentos do contrato e já inseridos na equação econômico-financeira inicial – e os *encargos adicionais* que, por não estarem expressamente previstos na contratação ou no edital, decorreriam de alteração dos termos contratados e, para tanto, ensejariam o reequilíbrio do contrato. Atribuir os *encargos adicionais* ao concessionário sem o concomitante reequilíbrio econômico financeiro do contrato, na opinião dos autores, acarretaria em ilegalidade, haja vista que: (a) a norma que impõe o

---

18 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 41-54, jan.-mar. 2018.

dever de atualidade<sup>19</sup> traduz comando dirigido exclusivamente ao poder público, que o implementará na modelagem dos termos da contratação; (b) é equivocada a interpretação de que o dever genérico de atualidade seja atribuído ao concessionário sem previsão legal específica que expressamente imponha o dever de adoção de todas as atualizações posteriores à fixação dos termos iniciais do negócio; (c) a Lei de Concessões imputa à concessionária tão somente as condições necessárias à prestação do serviço expressamente consignadas no edital; (d) a obrigação genérica de atualidade descumpra o escopo contratual de atribuir segurança jurídica aos contratantes por meio da liquidez, certeza e determinação do objeto obrigacional; (e) os referidos encargos (adicionais) decorrem de alteração unilateral do contrato e, portanto, impõem medidas de compensação para a manutenção do equilíbrio inicial e; (f) são inválidas as cláusulas que vinculem o risco de uma das partes à arbitrariedade da outra.

A análise interpretativa proposta pelos autores pressupõe a ideia de uma cláusula comutativa, na qual as obrigações são – ou deveriam ser – predefinidas e ambas as partes teriam a exata ciência de suas prestações, inclusive em relação aos custos efetivos. De fato, dentro dessa análise, parece inadequada a inserção, na conta inicial da equação que consubstancia o equilíbrio econômico financeiro do contrato, do custo dos investimentos vindouros (*encargos adicionais*).

Uma análise sob a perspectiva da aleatoriedade, contudo, parece mais adequada e atenta ao contexto contratual na qual foram inseridas as *cláusulas aleatórias de atualidade*.

De fato, as normas que impõem o dever de prestação do serviço adequado e, por consequência, de atualidade, devem orientar o poder público na elaboração da modelagem contratual. Seguindo tal determinação, o poder público atribuiu ao concessionário todos os deveres de realização de investimentos para a manutenção da atualidade e o fez por

---

19 Lei nº 8.987/93 – Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

intermédio de um modelo contratual aleatório perfeitamente adequado à redação do artigo 458 do Código Civil, vez que (i) diz respeito a fatos futuros<sup>20</sup>, (ii) cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma<sup>21</sup>, (iii) tendo o outro o direito de receber integralmente o que lhe foi prometido<sup>22</sup>, (iv) desde que não tenha agido com dolo ou culpa.

No contrato aleatório, a prestação devida quando do surgimento do risco e o evento necessário à sua deflagração devem ser meramente determináveis, ou seja, o contrato deve definir a prestação hábil a lidar com a ocorrência do risco e quando surgirá o dever de fazê-lo (o evento risco).

A partir da leitura das cláusulas contratuais de atualidade dos contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, exprime-se que o fato gerador da obrigação, assim como a medida que se impõe, no caso de sua ocorrência, são identificáveis.

O evento futuro que desencadeia a prestação (fato gerador da prestação) ocorre com o surgimento de um novo padrão de atualidade (risco). Em geral, o padrão definidor do novo modelo de atualidade decorre de um ato oficial que extrapola os limites do contrato, ganhando assim contornos de generalidade<sup>23</sup>, tal como uma norma técnica confeccionada pela ABNT, uma resolução do órgão de trânsito competente ou mesmo uma determinação do poder concedente.

Tal como o evento de risco, a prestação é facilmente identificável, exigindo-se do concessionário a medida suficiente para alcançar o padrão de atualidade vigente.

Não se trata, portanto, de uma obrigação de fazer qualquer coisa a qualquer tempo. Há critérios predefinidos que, embora não necessariamente determinados, revelam um nível mínimo de determinabilidade, pois podem ser estimados, computados e inseridos nos cálculos da proposta apresentada na fase licitatória.

Sob essa ótica, não se verifica a criação de um novo encargo. Em verdade, o encargo da concessionária (prestação consistente em adotar as

---

20 Surgimento de novos padrões de atualidade.

21 O poder público assume o risco desses fatos não acontecerem.

22 A concessionária não sofre qualquer restrição em sua contraprestação em decorrência do acontecimento ou não do fato futuro de risco.

23 Aplicam-se a todos os contratos naquela situação.

medidas para manter a atualidade dos serviços) já estava previsto desde a celebração do contrato, porém condicionado à implementação do risco que, inclusive, poderia não ocorrer.

Vale destacar que a doutrina já mencionada sustenta a ilicitude das cláusulas aleatórias de atualidade, justificando, para tanto, na impossibilidade de vinculação dos riscos à arbitrariedade da parte contrária. Para melhor analisar a questão, dividem-se as premissas adotadas no argumento em três, quais sejam: (a) a entidade que estabelece o novo padrão de atualidade é parte no contrato; (b) o ato definidor do novo padrão é arbitrário; e (c) há vedação legal para o estabelecimento de cláusulas vinculadas à vontade de uma das partes.

A questão trazida pela doutrina encontra aparente respaldo na redação do artigo 122 do Código Civil, que declara ilícitas as condições sujeitas “ao puro arbítrio de uma das partes”<sup>24</sup>. A doutrina chama tais condições de *puramente potestativas*<sup>25</sup>.

No tema ora analisado, a ocorrência do evento risco (novo padrão de atualidade) não decorre do ato de uma das partes. A parte, em sentido formal, representa o aspecto subjetivo da relação obrigacional. Os atos das partes, portanto, repercutem no âmbito da relação negocial, não projetando, via de regra, efeitos em outros contratos. Trata-se da aplicação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

O poder público, ao definir novos padrões de atualidade, o faz por meio de ato normativo dotado de generalidade, de forma que tal ato estende seus efeitos a todos os contratos de concessão de rodovias em igual situação, não se tratando, portanto, de um ato endocontratual inerente à condição de contratante. Trata-se, assim, de ato praticado pelo poder público na condição de ente responsável pela regulamentação da atividade (relação verticalizada).

A Lei Complementar Estadual nº 17.293/2020, que alterou a Lei Complementar nº 914/2002 e incluiu o inciso V ao artigo 4º do referido

---

24 Código Civil – Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Saraiva. 2005, v. 1, p. 102-121.

diploma normativo, reforça o caráter ambivalente da atuação do poder público perante os contratos de concessão – ora atuando como parte subjetiva em uma relação horizontalizada, ora agindo em um cenário de sobreposição de interesses – ao dispor que a Artesp, agência reguladora de transportes no estado de São Paulo, tem por finalidade o gerenciamento dos “contratos de prestação de serviços públicos de transporte, inclusive do transporte de passageiros”.

Ademais, o estabelecimento de um novo padrão de atualidade também não se revela arbitrário. O ato arbitrário é aquele que se sujeita exclusivamente à vontade do prolator. Conforme já demonstrado, o estabelecimento dos padrões de atualidade está atrelado a parâmetros contratuais mínimos relacionados ao aspecto material (prestação ligada ao atendimento ao padrão de atualidade), ao aspecto quantitativo (prestação em que o valor seja tão somente o suficiente para o atendimento do novo padrão) e ao aspecto temporal (prestações devidas no prazo da concessão).

Não há, por fim, vedação genérica ao estabelecimento de cláusulas atreladas à vontade posteriormente manifestada de um dos contratantes. A vedação consignada no artigo 122 do Código Civil se refere, por expressa disposição legal, às condições.

Conforme já demonstrado, as cláusulas aleatórias de atualidade não encontram seu fundamento jurídico no regramento atribuído às condições, mas sim na aleatoriedade obrigacional prevista no artigo 458 e seguintes do Código Civil. As vedações relativas à condição, desta feita, tomada como elemento meramente accidental do negócio jurídico, não são extensíveis à modalidade negocial ora analisada.

Percebe-se que, em um contexto aleatório, nenhum dos vícios elencados hipoteticamente atribuíveis às *cláusulas aleatórias de atualidade* persiste, conduzindo à conclusão de que o referido instrumento é válido e também apto à produção dos seus efeitos jurídicos, inclusive impedindo qualquer pretensão da concessionária de reequilíbrio das obrigações, ainda que sob a justificativa de enriquecimento sem causa do poder público ou de necessidade de manutenção do equilíbrio inicial, visto que eventual prejuízo decorrente da necessidade de investimentos para lidar com o novo padrão de atualidade caracterizarão uma assunção de um risco previsto ou previsível, cuja disposição patrimonial para lidar com o evento se engloba nos atos dispositivos ordinários do negócio.

As considerações destacadas circunscrevem-se aos aspectos jurídicos e negociais das *cláusulas aleatórias de atualidade*, não representando, outrossim, qualquer abordagem acerca da efetividade ou mesmo da eficiência do referido mecanismo.

### 3. CONCLUSÃO

O objeto do presente estudo, ora denominado como *cláusulas aleatórias de atualidade*, são (i) disposições contratuais ou editalícias que, (ii) sem subordinar a eficácia do negócio jurídico principal, (iii) desencadeiam o surgimento de prestações diversas e posteriores àquelas originariamente convencionadas no cronograma físico-financeiro do contrato, (iv) atreladas a um dever geral de manutenção da atualidade do serviço, (v) cuja constatação da necessidade dos investimentos decorre de manifestação ou fato oriundo de órgão/entidade competente e (vi) não suscitam, em uma interpretação literal, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Estado de São Paulo faz uso das *cláusulas aleatórias de atualidade* para distribuir riscos contratuais inerentes a eventos que imponham a adequação tecnológica, de padronização ou qualquer outra medida que imponha a atualização dos sistemas.

O regime jurídico de direito público não oferece qualquer óbice à inserção de elementos aleatórios nos contratos públicos.

As *cláusulas aleatórias de atualidade* consubstanciam relações obrigacionais que compreendem reciprocidade e equivalência contraprestacional.

Os encargos necessários para o alcance dos novos padrões de atualidade, ainda que previstos de modo genérico (prestação meramente *determinável*), estavam consignados desde a celebração do contrato e, portanto, não importam em um novo dever e tampouco decorrem de alteração unilateral da relação contratual.

A partir das considerações aqui delineadas, entende-se não haver, em favor do concessionário, direito ao reequilíbrio do contrato quando da realização de novos investimentos, ainda que onerosos, para a manutenção da atualidade.

A conclusão se restringe, entretanto, a uma análise estritamente jurídica, não considerando os critérios de vantajosidade, os impactos regulatórios, a análise de incentivos, a eficácia prática, dentre outros aspectos atrelados ao mecanismo contratual analisado.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Método, 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes para medir o valor do desequilíbrio. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2016a. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/aleatoriedade-em-processos-de-reequilibrio-de-contratos-o-uso-de-estimativas-de-demanda-para-definir-o-valor-da-compensacao-as-partes-e-para-medir-o-valor-do-desequilibrio/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2016b. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeicoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO, Gabriela Engler. Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e suas consequências. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/concessoes-de-aeroportos-e-de-rodovias-federais-o-erro-de-atribuir-ao-concessionario-riscos-controlados-pelo-poder-concedente-e-as-suas-consequencias/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 16. n. 61, p. 41-54, 2018.