



AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 13º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

INFORMAÇÃO - DIRETORIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS Nº 118/2023 - DJ

Expediente: 000516-39.00/23-0

Objeto: análise solicitação revisão extraordinária

RODOVIAS. Contrato de Concessão nº 20/2021. RSC-287. Solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro em razão das consequências advindas da pandemia de coronavírus e da eclosão da guerra entre Rússia e Ucrânia. Caracterização jurídica da álea extraordinária que não prescinde da demonstração caso a caso da onerosidade e dos efeitos dela decorrentes. Entendimento pelo descabimento da pretensão em face das elucidações elaboradas pela Diretoria de Tarifas da AGERGS.

Senhor Diretor de Assuntos Jurídicos,

O Expediente contém pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 20/2021 em razão do aumento extraordinário do preço de insumos, conforme argumentos constantes do Ofício RSM nº 127/2023-PC (doc. SEI-AGERGS nº. 0381807).

A concessionária Rota de Santa Maria S.A. explicita que frente ao agravamento da pandemia do coronavírus e à eclosão da guerra entre Rússia e Ucrânia passou a enfrentar condições diversas daquelas previstas no edital de concorrência internacional nº 01/2020, fins de exploração da rodovia RSC-287.

Diz que em razão de tais eventos excepcionais houve expressivo aumento de custos dos principais insumos utilizados nas obras e serviços previstos no PER, em especial asfalto, combustível, aço, materiais pétreos e cimento. Que tais contingências perfazem caso fortuito e força maior e que, portanto, se inserem na esfera de riscos assumidos pelo Poder Concedente, a teor da Súbcláusula 19.3.4 do contrato.

Que os custos adicionais implicam em desequilíbrio econômico-financeiro que coloca em risco a viabilidade do projeto, motivo pelo qual pleiteia revisão extraordinária do contrato por meio da metodologia de fluxo de caixa marginal, além da inclusão de mecanismo que permita acompanhar as variações macroeconômicas referidas e futuras.

Analisando o pleito da concessionária, a Diretoria de Tarifas posicionou-se pelo descabimento da pretensão.

Por meio da Informação nº 44/2023-DT (doc. SEI nº 0385693), a DT elucida que “as variações nos preços dos insumos e *commodities* são intrínsecos a esses produtos”. Traçando paralelo entre a oscilação do índice de preços de insumos industriais, metais básicos, petróleo bruto e *commodities*, afirmou que “para que oscilações nos preços dos insumos sejam consideradas extraordinárias é necessário que sua probabilidade de ocorrência seja muito baixa” e que “já havia sinalização para elevação do preço dos produtos e matérias-primas em período anterior à apresentação da proposta econômica e, ainda que não se soubesse qual a sua magnitude, esta deveria ser levada em consideração nos cálculos que embasaram o valor da Tarifa Básica de Pedágio”.

É o que se tem a relatar.

Com efeito, o Edital nº 01/2020 previu que a proposta econômica para exploração da rodovia em comento devia considerar todos os investimentos, tributos, custos e despesas necessários à exploração da concessão, de acordo com o estipulado no contrato, no PER e demais anexos da concorrência.

Os custos excedentes relacionados às obras e serviços objeto da concessão, a teor do contido na Subcláusula 19.2.9, estão alocados à concessionária, à exceção dos riscos assumidos pelo Poder Concedente, como o caso fortuito ou força maior, quando o fato gerador não seja segurável no Brasil por no mínimo duas seguradoras.

Ocorre que a proposta econômica foi apresentada pelo Consórcio Via Central (Sacyr Concessões e Participações do Brasil Ltda. E Sacyr Concessionarias S.L.) já em plena pandemia (14/12/2020), tendo a SPE Rota de Santa Maria assinado o contrato em 20/07/2021, com assunção dos serviços logo após (em 30/08/2021).

Contudo, a RSM afirma que após a apresentação da Proposta Econômica e início da realização dos investimentos, os custos inicialmente projetados para realização das obras e serviços foram fortemente impactados pelo agravamento da pandemia (que durou mais tempo do que o esperado), bem como pela eclosão da Guerra entre Rússia e Ucrânia no ano de 2022. Diz ter ressaltado em seu plano de negócios que os efeitos econômico-financeiros decorrentes da COVID, desconhecidos pelo mercado, caracterizariam riscos alocados ao Poder Concedente.

Argumenta que a situação de emergência, aliada à situação de beligerância entre países teve como decorrência direta a falta do fornecimento de matérias-primas e alta do preço de insumos (especialmente da construção civil/aço e cimento asfáltico de petróleo, ligantes e emulsões, combustíveis/diesel, chapas, sinalização vertical, vergalhões, defensas metálicas, etc.), de forma totalmente descolada dos índices da inflação captada pelo IPCA. Por tais razões, a concessionária afirma direito ao reequilíbrio considerando como base os preços de referência dos insumos na data-base da proposta comercial (maio de 2019) ou, alternativamente, o preço dos insumos conforme tabelas públicas de referência na mesma data-base.

Conforme relatório elaborado por consultoria contratada, somente na fase dos trabalhos iniciais o impacto do aumento extraordinário dos preços representa, em termos nominais, equivale a montante superior a vinte e sete milhões (R\$ 27.723.844,11), com projeção de prejuízos para o patamar de R\$ 266.608.849,34 entre os anos 2 e 7.

Referiu, ainda, a concessionária, que os cálculos dos dispêndios marginais encontram-se em tabelas e memorias, notas fiscais e medições, além da projeção do fluxo de caixa marginal constante de relatório econômico-financeiro presentes nos anexos 1 a 5, com análise dos custos adicionais já incorridos e com previsão dos custos para o ano 2, em curso. Pede, todavia, o reequilíbrio dos impactos ocorridos até o ano 1, representados pelos R\$ 27.723.844,11 perseguidos.

Sem dúvida, o contexto da pandemia do COVID-19 foi alvo de estudos jurídicos, econômicos e sociais em todo o mundo, não havendo que se contestar o impacto na cadeia produtiva global, conforme mencionado pela RSM neste Expediente.

Em pareceres importantes, tanto a Advocacia Geral da União quanto as Advocacias Públicas dos Estados, além dos Tribunais de Contas da União e dos Estados, posicionaram-se pela efetiva caracterização da álea extraordinária, totalmente imprevisível, assegurando direito de reequilíbrio em áreas contratuais importantes, a exemplo das ligadas à infraestrutura, dentre a qual se insere a concessão de rodovias.

No entanto, apesar da indiscutível adequação jurídica dos fatos à álea extraordinária do contrato, cujo risco estaria efetivamente alocado ao Poder Concedente, o direito ao reequilíbrio, via revisão extraordinária, necessita ser demonstrado e averiguado caso a caso, na exata medida dos prejuízos comprovados, a teor do que expressamente dispõe a Subcláusula 20.1.2 do Contrato de Concessão nº 20/2021.

Ocorre que analisando as alegações do documento que pleiteia a REF, a Diretoria de Tarifas observa que no tocante à pandemia “seus efeitos sobre a economia brasileira e mundial já eram de conhecimento público, ainda que a magnitude e prazo de influência fossem incertos”.

Sobre a guerra que eclodiu em 2022 e sobre o impacto de variações extraordinárias no preço de insumos, esclarece a DT:

“De acordo com a metodologia utilizada para avaliar o chamado *impacto de variações extraordinárias de preços dos insumos*, apenas a “diferença entre o preço reajustado conforme a série de referência e o preço reajustado pelo IPCA (Tendências Consultoria Integrada, 2022, p. 20)” é considerada para fins de cálculo. No entanto, tal medida de impacto desconsidera possíveis influências de eventos cujos riscos foram associados à Concessionária, como o risco a variações cambiais (subcláusula 19.2.19) e à inflação ser superior ao índice estipulado em contrato (subcláusula 19.2.24).

A metodologia apresentada como forma de estimativa para oscilações extraordinárias dos preços dos insumos mostra-se insuficiente para determinar o real impacto de determinado evento sobre os preços, porque atribui toda flutuação excedente ao valor do IPCA como variação extraordinária. A criação de uma metodologia capaz de mensurar o efeito de cada tipo de evento deveria considerar o processo de formação dos preços de cada insumo, isto é, quais são os componentes que afetam e contribuem para a definição do preço e, a partir disso, estimar a influência de cada um desses componentes quando há a ocorrência de eventos extraordinários.

Neste caso em específico, agravamento da pandemia da COVID-19 e Guerra entre Rússia e Ucrânia, apesar de ser observada a elevação dos preços de insumos – como o cimento e o aço – não se consegue desagregar o efeito da variação cambial, do custo de transporte, de possíveis sazonalidades e

tendências a aumentos ordinários de custos de outros componentes que influenciam a formação do preço desses produtos. Tomando como exemplo a variação cambial, não se pode atribuir à totalidade da desvalorização observada no período aos eventos já citados. Constatou-se uma desvalorização do real frente ao dólar já em março de 2020, mês no qual foi declarada a doença COVID-19 como uma pandemia pela OMS, elevando o patamar da moeda americana a R\$ 4,88, conforme se verifica no Gráfico 6. Além disso, fatores políticos internos podem ser associados à flutuação observada nos períodos subsequentes, especialmente quanto à definição dos candidatos à presidência da República e ao processo eleitoral^[7], e foram consideradas como impactos extraordinários pela metodologia utilizada.”

Nessa esteira, e à luz da melhor doutrina jurídica, há que se pontuar que o direito ao reequilíbrio não pode ser aferido indistintamente.

Mesmo que não se recuse crédito aos argumentos que referem os desdobramentos advindos tanto da pandemia quanto da guerra, **inexiste direito objetivo ao reequilíbrio e sim direito subjetivo**, conforme, aliás, se extrai de estudo técnico específico elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais^[1]:

“7. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM FACE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Os impactos da crise de ordem sanitário-médico-epidemiológica vivida globalmente certamente alcançaram as contratações públicas de forma inédita. As medidas de restrição à circulação de pessoas tiveram como desdobramentos naturais uma diminuição na demanda de mercadorias, perda de receitas, paralisação de empreendimentos, aumento dos preços de muitos produtos e serviços questões de ordem trabalhista, rompimento da cadeia de fabricação de insumos, etc.

Em que pese o cenário de evidente atipicidade e incerteza, antecipa-se que não há, prima facie, uma resposta definitiva acerca do cabimento ou não do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos em função da pandemia.

É dizer, o nexo de causalidade do reequilíbrio não pode ser aferido pelas mazelas advindas do coronavírus, forma indeterminada, porquanto há mercados que não foram tocados de forma pujante pela crise.

Corroborando o entendimento acima o recente julgado do TCU:

Portanto, a solução final dada pela Aneel é adequada ao não reconhecer em sede abstrata e geral o direito objetivo das distribuidoras ao reequilíbrio dos contratos, mas apenas o direito subjetivo de solicitarem esse reequilíbrio e de terem seu pedido analisado pela Agência, conforme já previsto na Lei 8987/1995 e nos respectivos contratos de concessão e permissão.

É mister que a Agência exija a comprovação do desequilíbrio pelos concessionários, já que os efeitos da pandemia não são homogêneos para todas as concessões [...]. Ademais, não seria plausível que determinada empresa alegasse desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de onerosidade excessiva, e ao mesmo tempo apresentasse lucro líquido, pagando juros sobre capital próprio (JSCP) e/ou distribuindo dividendos acima do limite legal. (Acórdão 1905/2020 - TCU - Plenário).”

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por sua vez, de modo coerente com o entendimento ora exposto, assim manifestou-se sobre a pandemia enquanto evento imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, com potencial para romper o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos:

“ Desse modo, verifica-se, em tese, a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, decorrentes de caso fortuito ou força maior, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, possibilitando a realização de revisão contratual pela Administração Pública, a fim de reequilibrar os contratos decorrentes de obras e serviços de engenharia.

[...] Ocorre que a revisão contratual somente pode ocorrer de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ou seja, devem ser analisados, caso a caso, os contratos e os impactos do evento imprevisível ou de consequências incalculáveis que desequilibram sua equação econômico-financeira. Não é possível, nesses casos, se utilizar de determinado índice geral de preços ou inflacionário, mesmo que seja específico de determinado mercado ou categoria de insumos, uma vez que cada tipo de contrato ou cada tipo de obra ou serviço de engenharia pode sofrer um impacto diferente pelo mesmo fato, tendo em vista que são diversos em relação a seus objetos e termos acordados.

Inclusive, em cada caso, deve ser analisada a alocação de riscos distribuídos entre a Administração e o contratado, presente nos respectivos contratos, principalmente através da matriz de riscos, a fim de se averiguar se o evento imprevisível ou de consequências incalculáveis está definido como de responsabilidade de um ou outro, hipótese em que tal risco já estaria devidamente precificado no momento de celebração do contrato, não podendo ser invocado como álea econômica extraordinária e extracontratual por qualquer das partes[2].”

Da lavra do também TCE-PR[3], o seguinte entendimento:

“O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, previsto no artigo 65, d, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), pode ser pleiteado apenas no caso de ocorrência de fato imprevisível, ou previsível com consequências incalculáveis, posterior à celebração do contrato, que altere substancialmente a sua equação econômico-financeira e para o qual a parte prejudicada não tenha dado causa.

O pedido para o exercício desse direito deve ser instruído com informações qualitativas e quantitativas detalhadas que comprovem o desequilíbrio. Em caso de deferimento do pedido, a outra parte tem o dever de recompor as condições iniciais do contrato por meio da revisão dos preços originalmente previstos.

Os percentuais legais de acréscimo estabelecidos no parágrafo 1º desse mesmo artigo - acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato; e, no caso particular de reforma de edifício ou equipamento, até o limite de 50% para acréscimos - têm sua aplicabilidade restrita ao aumento ou à diminuição do objeto contratual, nos casos e termos ali previstos. A atualização monetária dos valores contratuais também não caracteriza alteração contratual; e ambos não se confundem com o reequilíbrio econômico-financeiro.”

Mencione-se, ademais, que no documento SEI nº 0381807 a concessionária utiliza-se de parecer muito comentado nos meios jurídicos e que contém posicionamento da Controladoria Geral da União e da Advocacia Geral da União acerca da situação extraordinária e da incidência do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão do setor de infraestrutura de transportes em razão da pandemia, a saber, Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, do qual se extrai que apenas após analisar cada caso é que o direito ao reequilíbrio poderá emergir:

“O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “Álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

Além disso, a menos que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas.

(...)

No caso em questão constata-se que os referidos produtos tiveram aumentos no período acima da inflação, o que talvez justificasse o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Porém, a simples apresentação de notas fiscais de compras feita pela empresa contratada não deveria ser suficiente para que a Administração aceitasse uma recomposição de preços motivada por fato imprevisível, seria necessário que constasse do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido a fim de que ficasse caracterizada como extraordinária e extracontratual.”

Nesse contexto de entendimentos, a despeito da documentação constante dos anexos acostados a este Expediente, a Diretoria de Tarifas afastou o direito à revisão extraordinária, recomendando a não-aceitação do REF, uma vez que “os índices de preços de insumos essenciais ao setor de infraestrutura já apresentavam tendências de aceleração e especialistas em saúde já alertavam para a possibilidade de agravamento no cenário epidemiológico nacional”. Ademais, “a metodologia apresentada para mensurar o impacto de tais eventos se mostra insuficiente, pois desconsidera possíveis efeitos de outras variáveis sobre as oscilações dos preços dos insumos”.

Desse modo, o pedido contido no presente processo administrativo extrapola o entendimento puramente jurídico, sendo pertinente destacar parte dos ensinamentos retirados de cartilha produzida pelo TCE-ES com orientações acerca dos requisitos para demonstração técnica da necessidade do REF^[4]:

“- variação global do contrato frente os efeitos da inflação, confrontando com a possibilidade do vindouro reajuste ser suficiente para suprir eventuais prejuízos decorrentes do desequilíbrio;

- demonstração da onerosidade excessiva por critérios objetivos (impactos financeiros de lucro líquido, sobrepreço identificado capaz de caracterizar a incidência da teoria da imprevisão, respaldado por estudos ou elementos técnicos, laudo comparativo entre custos e receita, entre outros);
- comparação das notas fiscais de aquisição no período com a respectiva variação extraordinária diante das respectivas notas em período de cenário de normalização do mercado (no caso da pandemia comparação entre preços pré-pandêmicos e pandêmicos);
- avaliação do cronograma com a indicação das tarefas críticas e possibilidades ou não de alteração dos insumos com variação extraordinária de preços.”

No Estado, há entendimento da PGE no mesmo sentido dos posicionamentos até agora examinados, em especial da necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a variação extraordinária do preço na conjuntura de crise e a onerosidade excessiva:

PARECER Nº 19.101 – REVISÃO CONTRATUAL. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. CONTRATOS PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. IMPACTOS IMPREVISÍVEIS NOS CUSTOS DOS INSUMOS CAUSADOS PELA PANDEMIA (COVID-19). ART. 65, II, “D”, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. VIABILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DOS CASOS CONCRETOS. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A VARIAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PREÇO NA CONJUNTURA DA PANDEMIA E A ONEROSIDADE EXCESSIVA. PROCEDIMENTO. FIXAÇÃO DE DIRETRIZES E CRITÉRIOS OBJETIVOS. UNIFORMIZAÇÃO [5].

Diante do analisado, inobstante as situações de crise em razão das quais a RSM pleiteia a revisão dos pilares econômico-financeiros do contrato de concessão nº 20/2021, opinamos o indeferimento da pretensão da concessionária, especialmente frente ao elucidativo entendimento da Diretoria de Tarifas.

É a Informação.

[1] <https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2023/Estudo-tecnico-Reequilibrio-Economico-Financeiro-Paginas-Individuais.pdf>

[2] <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2022/3/pdf/00366284.pdf> - Acórdão 544/2022 - Consulta. Tribunal Pleno Relator Fernando Augusto Mello Guimarães TCEPR Data da Sessão: 14/3/2022.

[3] <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-esclarece-criterios-para-reequilibrio-financeiro-de-contratos-administrativos/5357/N>

[4] <https://www.tcees.tc.br/tce-es-lanca-cartilha-com-orientacoes-ao-reequilibrio-economico-devido-a-pandemia-nos-contratos-de-obras-e-servicos-de-engenharia>

[5] <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/202112/20160955-boletim-de-pareceres-e-orientacoes-juridicas-pge-n-63-09-11-13-12.pdf>

Em 14 de junho de 2023.



Documento assinado eletronicamente por **Lisiane Dworzecki Soares, Técnico Superior - OAB/RS** nº 35.638, em 18/08/2023, às 15:28, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0387423** e o código CRC **110CB473**.