

OPINIÃO LEGAL

Eventos de caso fortuito ou força maior. Aumentos extraordinários de custos em razão de pandemia e guerra. Alocação de riscos em contrato de concessão rodoviária. Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Dever de recomposição integral do equilíbrio contratual.

Sumário

Consulta	3
I. A Natureza Jurídica de Eventos de Pandemia e Guerra em Concessões de Serviço Público	6
II. O Dever de Reequilíbrio do Contrato n.º 020/2021 pelo Poder Concedente.....	12
II.a. O Aumento Extraordinário do Custo dos Insumos como Evento de Caso Fortuito e Força Maior de Risco do Concedente	12
II.b. A Extensão da Variação Extraordinária e a Delimitação do Direito ao Reequilíbrio da Concessionária	15
III. O Direito da Concessionária à Recomposição Integral do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato	17
III.a. O Dever do Poder Concedente de Reequilibrar o Contrato	17
III.b. A Exigência de Quantificação Integral dos Efeitos Negativos Decorrentes do Evento de Risco.....	19
IV.	22
Conclusão.....	22

Consulta

Consulta-nos a Rota de Santa Maria (“Rota de Santa Maria”, “Concessionária” ou “Consulente”) sobre a natureza jurídica do aumento extraordinário do custo dos insumos necessários à execução do Contrato de Concessão nº 20/2021 (“Contrato de Concessão” ou “Contrato”) causados pelos efeitos da pandemia do Covid-19 no Brasil (“pandemia”), entre 2020 e 2021, e pela eclosão da guerra entre a Rússia e a Ucrânia, em fevereiro de 2022.

Relata a Consulente que, desde a assinatura do Contrato de Concessão, o agravamento da pandemia e a guerra na Ucrânia deram causa a um aumento extraordinário dos preços de insumos relevantes para as obras de ampliação e recuperação previstas para o projeto. Os principais aumentos foram percebidos sobre os materiais asfálticos, cimento, aço, combustíveis, materiais pétreos e equipamentos que compõem parcela significativa dos orçamentos das obras que a Concessionária deve executar.

O aumento de preços, por sua magnitude e extraordinariedade, criou custos imprevistos para a Concessão, em especial, pelo fato de as projeções de custo para as diversas obras assumidas pela Rota de Santa Maria não contemplaram – e não teriam como contemplar – o comportamento dos preços dos insumos após a apresentação da proposta na licitação.

Diante desse cenário, a Consulente apresentou, em maio de 2023, pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato nº 20/2021. O pleito foi parcialmente deferido pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (“AGERGS”) em 13 de agosto de 2024, com a edição da Resolução Decisória (“RED”) nº 751/2024, cujo art. 1º, assim dispôs:

Art. 1º Deferir parcialmente o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apresentado pela Concessionária Rota de Santa Maria S.A. em razão do aumento extraordinário nos preços dos insumos, considerando-se apenas os valores incorridos adicionalmente nos anos 1 e 2 da Concessão.

A AGERGS também determinou a criação de Grupo de Trabalho para definir a metodologia de quantificação do montante exato a ser reequilibrado em favor da Concessionária. A metodologia desenvolvida pelo Grupo de Trabalho consolidada na

Informação Conjunta DRE/DTM/PSE n.º 002/2026 que, em linhas gerais, sustenta a aplicação de um mecanismo de recomposição que projeta a variação ordinária, esperada para a evolução dos preços de insumos sem a ocorrência da pandemia e da Guerra na Ucrânia, de modo a capturar os preços de insumos que aumentarem para além do ordinariamente esperado para a Concessão.

Os valores adicionais suportados pela Concessionária seriam objeto de reequilíbrio e o mecanismo poderia ser aplicado enquanto perdurassem as variações extraordinárias dos preços dos insumos. O documento técnico produzido assim reconhece ao dispor sobre o prazo de aplicação do mecanismo:

A RED n.º 751/2024-AGERGS reconheceu o mérito até o final do 2º ano de concessão da RSC-287, abrangendo o período entre 30 de agosto de 2021 a 29 de agosto de 2023. Desse modo, o GT entende que a aplicação imediata desta metodologia, quando aprovada pelo Conselho Superior da AGERGS, restringir-se-á aos dois primeiros anos da Concessão.

No entanto, tendo em vista a possibilidade de manutenção dos preços dos insumos acima de valor considerado como o limite superior de variação ordinária ou o IPCA acumulado, entendemos que é possível ampliar o prazo de utilização desta metodologia, desde que seja reconhecido o mérito da persistência dos efeitos relacionados aos eventos extraordinários que causaram o desequilíbrio econômico-financeiro pelo Conselho Superior da AGERGS.

(AGERGS, Processo SEI n.º 001254-39.00/24-3 Informação Conjunta DRE/DTM/PSE n.º 002/2026, p. 8)

A metodologia proposta se encontra atualmente submetida à Consulta Pública nº 05/2026 e à Audiência Pública nº 05/2026 da AGERGS, antes de deliberação final da Agência sobre o tema.

É nesse contexto que a Consulente indaga acerca da precisa caracterização jurídica dos eventos de desequilíbrio já reconhecidos pela AGERGS e dos contornos da recomposição que é devida à Concessionária.

Para endereçar as questões da Consulente, esta **Opinião Legal** se divide em quatro tópicos.

No primeiro, delimitamos a qualificação jurídica destes eventos naquilo que consideramos a sua natureza jurídica, isto é, enquanto eventos de caso fortuito ou força maior. No segundo tópico, analisamos detidamente a alocação de riscos no Contrato de Concessão, a responsabilidade do Poder Concedente por arcar com custos extraordinários que decorram de eventos de caso fortuito ou força maior e o caráter extraordinário das variações de preços de insumos.

No terceiro tópico, discorremos sobre o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro e sua extensão, tendo em vista o regime jurídico aplicável e o caráter extraordinário dos custos incorridos em razão de eventos de caso fortuito ou força maior.

Por fim, no quarto e último tópico, retomam-se as principais conclusões alcançadas ao longo da **Opinião Legal**.

I. A Natureza Jurídica de Eventos de Pandemia e Guerra em Concessões de Serviço Público

Os eventos que acometeram o Contrato de Concessão foram a pandemia da COVID 19 e a Guerra na Ucrânia. Ambos os eventos promoveram a desestruturação das cadeias de suprimentos dos insumos necessários às obras da Concessão, tornando-os mais escassos do que em tempos ordinários e, por consequência, aumentando de forma extraordinária o seu custo de aquisição.

Ao fim e ao cabo, os impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão decorrem da variação a maior do preço destes insumos – evento que, em dimensões ordinárias, fazem parte da dinâmica regular das concessões. O valor de mercado dos insumos pode variar, para mais ou para menos, como produto da inflação, cuja ocorrência é compensada pelo Poder Concedente através da aplicação dos mecanismos de reajuste tarifário.

A variação corriqueira, exclusivamente imputada à inflação, corrigida pelo índice de reajuste tarifário da Concessão é reconhecida como um evento de risco do particular, que terá de precificá-lo, dentro das estimativas do preço que este apresenta durante a licitação. Ocorre que, no presente caso, as variações de preço não observam a dinâmica ordinária de funcionamento do mercado de fornecimento de insumos. Os aumentos de custos experimentados superam a inflação do período - o que é indício de que não se devem ao aumento geral do custo econômico das atividades produtivas no país. Este aumento extraordinário se deve a fatores exógenos ocorridos no período, notadamente a pandemia e a guerra.

Tanto o primeiro quanto o segundo designam eventos sobre os quais a Concessionária não exerce qualquer ingerência. Os seus efeitos, contudo, inegavelmente acometem a execução contratual, em especial, criando custos em dimensões não previstas originalmente para o projeto. O controle e a mitigação dos efeitos destes eventos não estão ao alcance da Concessionária. A natureza destes eventos lhes caracteriza justamente por serem de difícil antevisão ou de impossível contenção da intensidade ou mesmo da ocorrência de seus efeitos.

Eventos com esta natureza são categorizados juridicamente de forma específica no direito brasileiro. Conforme bem definia Caio Mário da Silva Pereira, estes eventos correspondem a hipóteses que exoneram o contratado de responsabilidade pelas consequências decorrentes de sua ocorrência:

Consagrando o nosso Direito o princípio da exoneração pela inimputabilidade, enuncia-se em tese a irresponsabilidade do devedor pelos prejuízos, quando resultam de caso fortuito ou de força maior. Não distingue a lei a *vis maior* [força maior] do *casus* [caso fortuito], e assim procede avisadamente, pois que nem a doutrina moderna nem as fontes clássicas têm operado uma diversificação bastante nítida de uma e outra figura. (...). É importante observar que o imponderável quebra o desdobramento normal dos acontecimentos, o que motiva anão responsabilização de qualquer pessoa na hipótese.

Sem descer a uma distinção que destaque os extremos do caso fortuito e da força maior, o legislador de 2002 os reuniu como um a causa idêntica de exoneração do devedor e resolução absoluta da obrigação (...). Conceituou-os em conjunto como o fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.¹

No direito brasileiro, portanto, define-se como caso fortuito e força maior todo e qualquer evento a respeito do qual não se possa impedir a sua ocorrência (fato necessário) ou cujos efeitos não se pode evitar ou impedir (inevitabilidade). Não por outra razão, o parágrafo único do art. 393, do Código Civil, consagra esta definição para os eventos desta natureza:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. **O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.**

Do ponto de vista do direito civil, a ocorrência dos eventos de caso fortuito e força maior, conforme se depreende do *caput* do art. 393, supra, tem por consequência a exoneração de responsabilidade pelos danos oriundos de sua ocorrência. No campo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos, os eventos de caso fortuito e força maior detém tratamento similar, adaptados, porém, à natureza destes procedimentos.

Os processos de reequilíbrio não se confundem com processos de indenização, que buscam compensar a existência de danos causados por uma das partes à outra –

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol II - Teoria Geral das Obrigações. 25ª edição. Forense, Rio de Janeiro, pp. 335 a 336.

como ocorre no direito civil. O desequilíbrio econômico-financeiro designa situação jurídica em que as condições originais de remuneração do capital empregado na execução de um contrato por uma das partes deixam de se perfazer em razão de um fato cuja ocorrência é alocada pela avença como de risco da outra parte. Em razão da ruptura destas condições originais, a concessionária faz jus à percepção de uma remuneração complementar à originalmente prevista, em valor suficiente para reestabelecer as condições econômicas e financeiras originais da proposta.

Note-se que neste arranjo, o dever de pagamento adicional não exige a existência de um nexo causal entre o evento ensejador do desequilíbrio e a conduta da parte contratual que por ele responde. O elemento central para fundamentar esta obrigação é a existência de previsão contratual alocando o risco e, portanto, o dever de assegurar a remuneração dos custos econômicos, de engenharia e de prazo resultantes da ocorrência deste evento.

Esta lógica, consagrada no direito brasileiro desde a positivação do art. 4º, inc. VI², da Lei Federal nº 11.079/2004, limita o campo de aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão e o substitui pelo dever de alocação objetiva e factual dos riscos entre as partes contratuais.

O comando legislativo se aplica aos contratos de concessão em geral pelo fato de estes serem alcançados pela garantia da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro original da avença, previsto pelo art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal. Este dever, imputado à administração pública, prescreve que ao Estado compete assegurar as mesmas condições econômicas de remuneração do particular ao longo da vigência da contratação.

O preço público ou a tarifa resultante da licitação é o produto de um processo amplo de análise dos custos necessários à realização de investimentos e à operação do serviço público, que leva em consideração os riscos especificamente atribuídos à Concessionária pelo Contrato de Concessão. Aqueles que lhe são próprios são precificados e considerados no preço resultante da licitação e, assim, integram o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Eventos que perfaçam, portanto, os custos atrelados a estes riscos não alteram a equação econômico-financeira original da avença e não geram direito à percepção de remuneração complementar.

² Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Por outro lado, aqueles eventos cujo risco é atribuído à contraparte da Concessionária, isto é, ao Poder Concedente, são eventos que o processo de contratação pública determina que não sejam precificados na oferta apresentada durante a licitação. Deste modo, o perfazimento deste evento de risco, com a produção de custos adicionais à Concessionária demanda a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original mediante a percepção de remuneração adicional – seja ela em pecúnia, bens, prazo ou qualquer outra modalidade admitida em direito.

A alocação destes riscos nos contratos de concessão observa lógica específica, atribuindo cada risco atrelado à execução do contrato à parte que reúne as melhores condições para mitigá-lo. No caso específico do Estado do Rio Grande do Sul, este dever é expresso, nos termos do art. 47, do Decreto Estadual n.º 53.490/2017, cuja redação é a seguinte:

Art. 47. O edital e o contrato alocarão os riscos, sempre que possível, à parte que:

I - melhor puder controlar a ocorrência do evento;

II - conseguir absorver e gerenciar o risco a custo mais baixo; e

III - possuir condições de eliminar ou compensar os danos com maior eficiência e economicidade, em caso de ocorrência do evento.

Diante deste cenário normativo, os eventos de caso fortuito e força maior no direito das concessões de serviço público é tema de reequilíbrio contratual. Em essência, estes são eventos para os quais o parceiro privado não dispõe de recursos para impedir a sua ocorrência ou para mitigar os seus efeitos. Por definição, estes são de ocorrência necessária e de efeitos inevitáveis e, portanto, não há disponível em mercado proteções que alcancem a sua ocorrência.

A constituição de mecanismos jurídicos ou financeiros de tutela contra eventos de caso fortuito e força maior condena aquele que os oferta à certeza de prejuízos em caso de sua ocorrência – o que impede a formulação de seguros ou outros instrumentos de natureza financeira para mitigar a ocorrência destes eventos. É por esta razão que a experiência brasileira em concessões de serviço público é unânime em categorizar os eventos de caso fortuito e força maior como eventos de risco do Poder Concedente e que, portanto, quando concretizados, suscitam o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Os eventos de guerra e pandemia são, por definição, eventos categorizados como de caso fortuito e força maior. Ambos são marcados por serem eventos necessários, isto é, contra os quais não há o que se fazer para impedir sua ocorrência, e de efeitos inevitáveis, isto é, uma vez ocorridos, os efeitos econômicos, técnicos e de prazo decorrentes irão acometer a concessão – independentemente de medidas auxiliares que sejam implementadas pelas partes.

No caso específico da pandemia, esta foi expressamente reconhecida como evento de caso fortuito e força maior pela Advocacia Geral da União em contratos de concessão de infraestrutura de transporte – dentre os quais, inserem-se as rodovias. No Parecer n.º 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, o órgão federal assim se manifestou:

CONSULTA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SETOR DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19.

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.

II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente.

III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

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.

Não obstante inexistir parecer da AGU nesta mesma linha para a ocorrência de guerras, fato é que a jurisprudência nacional é ampla neste sentido:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. TRANSPORTE MARÍTIMO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME:

(...)

2. A QUESTÃO EM DISCUSSÃO CONSISTE EM DETERMINAR SE A RÉ É RESPONSÁVEL PELA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS PELA NÃO ENTREGA DAS MERCADORIAS AO DESTINATÁRIO FINAL.

III. RAZÕES DE DECIDIR:

3. A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR É OBJETIVA, **MAS PODE SER AFASTADA POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. A RETENÇÃO DA CARGA EM ROTTERDAM OCORREU DEVIDO À GUERRA, FATO IMPREVISÍVEL E IRRESISTÍVEL, NÃO IMPUTÁVEL À RÉ.**

4. A AUTORA NÃO PAGOU O FRETE E DEMAIS VALORES DEVIDOS, AUTORIZANDO A RETENÇÃO E POSTERIOR DESTINAÇÃO DA CARGA PELA RÉ, CONFORME LEGISLAÇÃO E CONTRATO.

IV. DISPOSITIVO E TESE:

5. RECURSO DESPROVIDO. TESE DE JULGAMENTO: 1. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR PODE SER AFASTADA POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. 2. A RETENÇÃO E DESTINAÇÃO DA CARGA SÃO JUSTIFICADAS PELA INADIMPLÊNCIA DA AUTORA.

(TJSP; Apelação Cível 1028341-79.2023.8.26.0562; Relator(a): Júlio César Franco; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 07/02/2025; Data de Publicação: 07/02/2025)

Indenizatória – Transporte aéreo internacional – Cancelamento de voo – Danos morais – Norma de regência – CDC – Tema 1.240 do STF (RE

1.394.401) – Situação de guerra no país de origem do voo (Israel) – Caso fortuito ou força maior – Circunstância impeditiva de voo – Exclusão de responsabilidade da transportadora – Artigos 393 e 734 do Código Civil – Fortuito externo ao transporte, não compreendido no risco da atividade – Reconhecimento – Companhia aérea - Dever de obediência às medidas acautelatórias determinadas por autoridades aeroportuárias e governamentais – Impossibilidade de condenação da ré à reparação dos alegados danos morais – Parte autora que não comprova a efetiva ocorrência de lesão extrapatrimonial – Dano "in re ipsa" – Não caracterização – REsp nº 1.584.465 – Mero descumprimento contratual que não configura, por si só, ofensa a direitos da personalidade – Pretensão descabida – Sentença mantida, com majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais – Artigo 252 do RITJ/SP c/c artigo 23 do Assento Regimental nº 562/2017. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1103650-06.2024.8.26.0002; Relator(a): Henrique Rodriguero Clavisio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 04/08/2025; Data de Publicação: 04/08/2025)

A natureza jurídica dos eventos de guerra e da pandemia, no direito brasileiro, portanto, é explícita: trata-se de eventos de caso fortuito e força maior. O Contrato de Concessão n.º 020/2021 reserva a estes eventos tratamento específico, que passa a ser abordado no item subsequente.

II. O Dever de Reequilíbrio do Contrato n.º 020/2021 pelo Poder Concedente

II.a. O Aumento Extraordinário do Custo dos Insumos como Evento de Caso Fortuito e Força Maior de Risco do Concedente

Nos contratos administrativos, em especial nos de longa duração e que envolvem investimentos significativos, como é o caso do Contrato nº 20/2021, as responsabilidades das partes por eventos incertos que possam acometer a execução contratual são definidas pela **matriz de riscos**.

O Contrato nº 20/2021 dispõe sobre a alocação contratual de riscos em sua Cláusula 19, listando os riscos assumidos pela Concessionária na Cláusula 19.2.

Dentre estes, cabe destacar o dispositivo que diz respeito aos custos para execução das obras da concessão:

“19.2. Sem prejuízo dos demais riscos previstos ao longo deste CONTRATO, constituem **riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA**: (...)

19.2.9. **custos excedentes relacionados às obras** e aos serviços objeto da CONCESSÃO, **exceto nos casos previstos na subcláusula 19.3**; (...)” (grifos nossos).

A Cláusula 19.2.9 refere-se aos **custos excedentes** necessários para execução das obras da concessão. São considerados excedentes os custos que superarem as estimativas realizadas pela Concessionária durante a elaboração de sua proposta econômica, estimativas, estas, que subsidiam a definição da tarifa de pedágio original da concessão.

Assim, em regra cabe à Concessionária suportar custos imprevistos em relação às suas estimativas iniciais, devendo a empresa gerenciar o risco de eventuais imprecisões em seus projetos e em suas estimativas de orçamento para execução das obras. A alocação desse risco à Concessionária serve de incentivo a que a empresa persiga a máxima eficiência na condução de suas atividades, e exime o Poder Concedente das consequências de eventual mau desempenho empresarial da parceira privada.

Isto é, incertezas próprias da atuação empresarial, a exemplo de variações ordinárias de preços, eficiência na negociação e contratação de fornecedores e qualidade técnica de suas projeções de custos, constituem riscos que devem ser absorvidos pela Concessionária, e cujos efeitos negativos ou positivos serão apenas por ela suportados. Por serem eventos sujeitos ao controle gerencial ou de informações já conhecidas e precificadas pela Concessionária, as oscilações de preço decorrentes destas atividades são de seu risco.

Suponha-se, por exemplo, que os custos excedentes da Concessionária com insumos de obras rodoviárias devam-se a mau gerenciamento de seus fornecedores ou de suas rotinas de aquisição de materiais. A Consulente não poderá reclamar compensação por custos elevados de insumos se os preços praticados no mercado em que a Concessionária atua, sob condições objetivas semelhantes às suas, forem inferiores àqueles que a empresa tem sido capaz de obter.

Trata-se de um desdobramento de um dos objetivos da concessão de serviço público, que consiste em impor a um particular, dotado de expertise empresarial e da

flexibilidade própria da gestão privada, os incentivos necessários à gestão mais eficiente possível do negócio, revertendo em menor custo do empreendimento como um todo, em benefício de seus usuários.

A situação é diversa, contudo, se a Concessionária enfrenta custos excedentes **extraordinários**, ensejados por eventos que não integram o conjunto de atividades sujeitas à prévia informação à Concessionária ou a seu controle gerencial. Para estes, a Cláusula 19.2.9 do Contrato de Concessão foi expressa e ressaltou a alocação do risco de aumentos de custo decorrentes de eventos de risco atribuídos ao Poder Concedente, referidos na Cláusula 19.3.

Embora a ressalva sequer fosse necessária, visto que a Cláusula 19.3 tem por objetivo precisamente listar as hipóteses que excepcionam a assunção dos riscos da concessão pela Concessionária, as partes cuidaram de prevê-la expressamente. E, no âmbito da Cláusula 19.3, um dos riscos atribuídos ao Poder Concedente é o da ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior:

“19.3. O **PODER CONCEDENTE** é responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO: (...)

19.3.4. **caso fortuito ou força maior**, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil, no momento da contratação/renovação da apólice por, no mínimo, duas seguradoras; (...)” (grifos nossos).

Pela leitura conjunta das Cláusulas 19.2.9 e 19.3.4, vê-se que o Contrato de Concessão, em vez de atribuir à esfera de risco da Concessionária o gerenciamento de todos os custos excedentes decorrentes da perda de aderência das projeções originais da concessão – assim exigindo a precificação desse risco na proposta original da empresa –, previu explicitamente o dever do Poder Concedente de suportar esses custos excedentes, se forem causados por evento de caso fortuito ou força maior.

A definição contratual, assim, se alinha à ideia de que o risco seja atribuído à parte em melhores condições de suportá-lo ou gerenciá-lo. Esse imperativo é resguardado pelo Marco Regulatório das Concessões Rodoviárias do Estado do Rio Grande do Sul, disciplinado pelo Decreto Estadual nº 53.490/2017, conforme as diretrizes que ele atribui à alocação contratual de riscos - a que nos permitimos reproduzir mais uma vez:

“Art. 47. O edital e o contrato alocarão os riscos, sempre que possível, à parte que:

I - melhor puder controlar a ocorrência do evento;

II - conseguir absorver e gerenciar o risco a custo mais baixo; e

III - possuir condições de eliminar ou compensar os danos com maior eficiência e economicidade, em caso de ocorrência do evento”.

Note-se que a única exceção à assunção de responsabilidade, pelo Poder Concedente, do risco de ocorrência de evento de caso fortuito ou força maior, como previsto na Cláusula 19.3.4, é a hipótese de o evento constituir “fato gerador” segurável no Brasil no momento da contratação dos seguros da concessão pela Concessionária. Se não se comprovar que o evento era segurável ao tempo da contratação da apólice correspondente, o Poder Concedente é que deve arcar com eventuais prejuízos sofridos pelo particular.

Como visto no tópico I, os eventos de caso fortuito e força maior, por definição, não são seguráveis por serem ocorrências de caráter necessário e de efeitos inevitáveis. Não há seguro contra a sua ocorrência, pois, estas não permitem a avaliação de risco pelo segurador. A sua ocorrência é de perda certa e inevitável – a ponto de eventual seguro se converter na contratação de um dever de indenizar. Por não haver margem para o risco, não há prêmio possível que remunere o segurador. O caso fortuito e a força maior são, ao fim e ao cabo, eventos impassíveis de qualquer seguro no mercado brasileiro e internacional.

Diante deste cenário, é certo que os custos de insumos extraordinários decorrentes da pandemia de Covid-19 e da guerra entre Rússia e Ucrânia são qualificados como eventos de caso fortuito ou força maior, e que o Contrato de Concessão n.º 020/2021, em sua cláusula 19.2.9, os classifica como de risco do Poder Concedente. A sua ocorrência, portanto, gera direito ao reequilíbrio do Contrato de Concessão em favor da Concessionária.

II.b. A Extensão da Variação Extraordinária e a Delimitação do Direito ao Reequilíbrio da Concessionária

Como exposto acima, a Cláusula 19.2.9 alocou expressamente ao Poder Concedente o risco de custos excedentes na execução das obras da concessão, quando esses custos estiverem associados a eventos de risco não alocados à Concessionária - como é o caso dos custos provenientes de caso fortuito ou força maior. Esses custos excedentes podem ser referidos como *extraordinários*, em oposição aos custos ordinários.

A demonstração do caráter extraordinário do aumento de determinados custos de obras rodoviárias depende de uma análise detida sobre as condições que afetaram sua evolução. Os preços de insumos são definidos em função de variáveis complexas, cuja apreensão é objeto da ciência econômica.

É necessário reunir informações e identificar, a nível conceitual, as razões que levam a determinados padrões de aumento após a ocorrência de eventos como a pandemia e a guerra. No presente caso, o liame causal entre a pandemia e a guerra na Ucrânia e o aumento extraordinário dos preços de insumos consumidos pela Concessionária, constata-se pela simples verificação de que, após estes eventos, a curva de preços de insumos passou a ser comportar de maneira distinta da que se constatava antes de seu início.

O descolamento de preços ocorrido após a pandemia e a guerra, **faz com que essas variações deixem de ser tratadas como ordinárias**, fruto de eventos corriqueiros e passageiros que podem acometer diferentes setores da economia global, e passem a ser vistas como **extraordinárias**, impassíveis de tratamento pela atividade empresarial normal.

No âmbito do pleito de reequilíbrio apresentado pela Consulente, a própria AGERGS reconheceu o caráter extraordinário do aumento dos preços dos insumos, conforme disposto no art. 1º da RED nº 751/2024:

“Art. 1º Deferir parcialmente o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apresentado pela Concessionária Rota de Santa Maria S.A. **em razão do aumento extraordinário nos preços dos insumos**, considerando-se apenas os valores incorridos adicionalmente nos anos 1 e 2 da Concessão” (grifos nossos).

Por outro lado, a demonstração estatística da extraordinariedade dos custos depende de metodologias refinadas, capazes de projetar variações ordinárias sobre bases confiáveis e de compará-las ao efetivo comportamento dos preços, que só pode ser constatado *a posteriori*, a partir de informações coletadas no mercado. É esta projeção que permitirá a compreensão do custo excedente, exigido pela Cláusula 19.2.9 do Contrato de Concessão, sendo este o valor que encerra o direito a reequilíbrio da Concessionária.

O tópico III a seguir apresenta os contornos jurídicos a serem observados na definição desta metodologia, em especial, para a proteção constitucional e contratual do valor excedente abrangido pelo direito ao reequilíbrio da Concessionária.

III. O Direito da Concessionária à Recomposição Integral do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato

III.a. O Dever do Poder Concedente de Reequilibrar o Contrato

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro tem proteção constitucional e deve ser garantido sempre que alguma das hipóteses legais ou contratuais de desequilíbrio se materializar.

O Contrato de Concessão estabelece a disciplina do reequilíbrio e sua relação intrínseca com a alocação de riscos. Sempre que uma das partes sofrer efeitos positivos ou negativos decorrentes de evento de risco pelo qual não é responsável, deve-se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro:

“19.5. A CONCESSIONÁRIA não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no CONTRATO venham a se materializar.

(...)

20.1.1. Sempre que atendidas as condições do CONTRATO e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

20.1.1.1. Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO quando qualquer das partes sofrer efeitos, positivos ou negativos, de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado” (grifos nossos).

Esses dispositivos contratuais encerram o liame entre os eventos que acometeram a concessão e o tratamento que lhes é devido. Eventos de risco alocados ao Poder Concedente (pandemia de Covid-19 e guerra na Ucrânia, caracterizados como eventos de caso fortuito ou força maior) impuseram à Concessionária efeitos negativos (custos excedentes para a aquisição de insumos de obras, que sofreram aumentos extraordinários em razão da pandemia e da guerra). Sendo dever do Poder Concedente suportar esses efeitos, o Contrato de Concessão se encontra desequilibrado.

Como exposto acima, o caráter extraordinário das variações de preços é que justifica a realização do reequilíbrio. Oscilações ordinárias compõem a álea empresarial

a ser gerenciada pela Concessionária, e mesmo que se cogitasse um impacto da pandemia ou da guerra na Ucrânia sobre os preços, a ausência de comportamento inusual dos valores impediria a constatação de prejuízo. Por outro lado, havendo variação extraordinária, o Poder Concedente é obrigado a suportar os custos daí decorrentes.

É importante notar que a ausência de recomposição do equilíbrio nesse cenário não apenas importaria ônus indevido à Concessionária, mas também enriquecimento em causa do Poder Concedente. Afinal, os custos excedentes são inequivocamente relacionados a evento de risco cuja responsabilidade é da Administração, de modo que os investimentos nos bens da concessão – que reverterão ao Estado do Rio Grande do Sul ao fim do Contrato – devem ser remunerados de acordo com o custo que efetivamente impuserem à parte responsável por executá-los.

O direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro não decorre apenas das previsões contratuais, mas, em especial, da garantia constitucional de que, ao longo da execução de contratos entre particulares e a Administração Pública, devem ser “*mantidas as condições efetivas da proposta*”, conforme o inciso XXI do art. 37 da Constituição:

“Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A manutenção das condições da proposta nada mais é do que a observância das condições do contrato, a respeito da qual a Lei Federal nº 8.987/1995 dispõe no art. 10:

“Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

A observância das condições do Contrato implica, necessariamente, na observância da alocação contratual de riscos, como previsto nas Cláusulas 20.1.1 e 20.1.1.1 transcritas acima. Afinal, a proposta define o valor de remuneração devido na concessão tomando por referência o conjunto de encargos assumidos pela Concessionária na execução do Contrato. Esses encargos incluem suportar os riscos

alocados à empresa, de modo que as condições da proposta só restarão mantidas se a Concessionária arcar somente com os efeitos dos riscos que lhe forem alocados.

Constatado o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão de prejuízos decorrentes de evento de caso fortuito ou força maior, deve-se então proceder à sua apuração, seguindo as premissas estabelecidas pelo regime jurídico do equilíbrio contratual.

III.b. A Exigência de Quantificação Integral dos Efeitos Negativos Decorrentes do Evento de Risco

O Contrato de Concessão condiciona a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro à exata comprovação de sua medida:

“20.1.2. Diante da materialização de evento de desequilíbrio, somente caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO com relação à parcela do desequilíbrio pleiteado cuja exata medida for comprovada pelo pleiteante”.

Esse dispositivo volta-se, por um lado, a exigir que a parte afetada pelo desequilíbrio não apenas alegue a ocorrência de evento de risco alocado à outra parte, mas que efetivamente comprove os prejuízos sofridos em razão desse evento.

Como exposto no tópico I, não é a mera ocorrência de eventos de caso fortuito ou força maior que enseja a limitação da responsabilidade do devedor. É preciso que do **evento** decorram **prejuízos efetivos** à Concessionária, e estes deverão ser demonstrados e quantificados para que haja direito a compensação.

A separação entre o evento de risco (pandemia e guerra) e os prejuízos deles decorrentes (valores despendidos com a aquisição de insumos cujos preços se elevaram de forma extraordinária) implica a necessidade de uma dupla comprovação: a da ocorrência do evento de risco e da incapacidade das partes de o evitarem; e a da ocorrência de prejuízos causados pelo evento de risco.

O evento de risco e seu caráter inevitável restam devidamente demonstrados, e até por essa razão a AGERGS deferiu parcialmente o pleito da Concessionária na RED nº 751/2024. Cabe ao Grupo de Trabalho e às partes, portanto, apenas identificar a exata medida dos prejuízos decorrentes desse evento.

Cabe destacar que, se a Cláusula 20.1.2 busca, por um lado, impedir que a compensação à parte afetada pelo desequilíbrio supere os efetivos prejuízos por ela

sofridos, o dispositivo exige, por outro lado, que a parte beneficiada pelo desequilíbrio **recomponha integralmente** os prejuízos sofridos pela outra parte, não se admitindo a limitação dos montantes devidos em reequilíbrio sem fundamento nos dados reunidos na apuração.

Essa é uma das premissas que deve nortear a atuação do Grupo de Trabalho instituído pela AGERGS na definição da metodologia de cálculo do desequilíbrio ocorrido em razão do aumento extraordinário dos preços de insumos. Seguindo esta orientação, a apuração do reequilíbrio devido à Concessionária deve tomar por base dados produzidos empiricamente, que se refiram a todo e qualquer efeito extraordinário dos eventos de caso fortuito ou força maior discutidos nesta Opinião Legal.

A questão da apuração do desequilíbrio econômico-financeiro é também frequente nas discussões judiciais de casos de reequilíbrio, como ilustra o julgamento da Apelação Cível nº 1045254-48.2022.8.26.0053 pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJ-SP”).

Na ocasião, a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (“CDHU”) pedia a revisão de sentença que deferira reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de execução de obras e serviço de engenharia com fundamento em custos adicionais causados pela pandemia de Covid-19. O colegiado entendeu pela manutenção da sentença, em razão da adequada apuração do desequilíbrio por perícia técnica, que se baseou em informações concretas de execução da obra. É o que demonstra o voto do relator, ao comentar trechos do parecer da perícia:

“Nesse passo, não subsiste o argumento de que a sentença se baseou em uma estimativa genérica, nem de que tenha desconsiderado que a conclusão da perícia se restringe à estimativa aritmética do prejuízo alegado. Ao contrário, apontou o perito judicial de engenharia:

‘Cada uma das medições refeitas com base nos Boletins de Preços da CDHU, foram comparadas com as medições efetivamente realizadas (e pagas), sendo que a diferença (de valor) entre elas, resultou na medida do “desequilíbrio” (aumento ou diminuição de preços), e devidamente “trazidas” (retroagidas) da data de medição, uma a uma, para a data-base do Contrato (Maio/2019), com base no mesmo Índice de Reajuste do Contrato (IPOP), onde foram devidamente somadas, resultando no montante total do “desequilíbrio”, ainda a ser analisado sob a luz do Direito pelo Douto Juízo. Ressalta-se que o montante calculado serve apenas para subsídio técnico para apreciação do Douto Juízo.

Denota-se, portanto, que, exclusivamente para o presente caso, especificamente (reitera-se), **a Perícia recorreu a uma análise dinâmica do contrato, periódica, mês a mês, para apuração do eventual**

“desequilíbrio” na data do fato gerador, não se tratando de uma análise estática’ (fls. 2.039).

(...)

Destarte, as conclusões técnicas se encontram suficientemente fundamentadas, justificando o postulado reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; o laudo do perito, **além de fundamentado de modo congruente à ciência de seu conhecimento**, presume-se equidistante das partes e estranho aos interesses destas, devendo prevalecer sobre as críticas ofertadas.

Registre-se que a contratação se deu antes do início da pandemia da Covid-19, evento alheio ao comportamento das partes e que causou prejuízo imprevisto e significativo à empresa apelada. **Eram imprevisíveis e inevitáveis os eventos que geraram obstáculos e dificuldades na execução da obra, como a escassez de matéria-prima e o consequente aumento dos custos, de modo que é indevido atribuir à empresa contratada os prejuízos decorrentes daquele cenário.**

Ao ser indagado sobre o impacto da pandemia de Covid-19 nos ‘custos de materiais, alimentação e prazos de entrega’, o perito de engenharia respondeu afirmativamente; questionado sobre a possibilidade de uma grande elevação dos preços durante a execução da obra, com fulcro em consulta ao site do IBGE e especificamente em relação ao índice setorial da construção civil (“SINAPI”), destacou que **‘pode-se inferir que houve uma aceleração mais forte do custo da construção civil no período que vai de junho/2020 a julho/2022. Nesse período a obra em tela se encontrava em execução’** (fls. 2154)” (TJ-SP, Apelação Cível nº 1045254-48.2022.8.26.0053, Rel. Des. Fausto Seabra, 7ª Câmara de Direito Público, j. 01.04.2025, DJe 08.04.2025, grifos nossos).

No contexto desta Opinião Legal, como relata a Consultante, está em discussão a melhor metodologia a ser adotada para calcular o reequilíbrio devido à Concessionária em razão dos efeitos da pandemia e da guerra que esta vem suportando desde o início da concessão. Pelo exposto acima, percebe-se que a definição dessa metodologia deve levar em consideração alguns imperativos do regime do reequilíbrio econômico-financeiro.

Em primeiro lugar, a metodologia deve ser subsidiada por dados que representem os prejuízos sofridos pela Concessionária, os quais correspondem aos **efeitos** do evento de risco alocado ao Poder Concedente. O **evento de risco em si** importa tão somente como causa dos prejuízos a serem quantificados, mas não necessariamente fornecerá dados objetivos e mensuráveis relevantes para a quantificação do desequilíbrio.

Assim é que o alcance do reequilíbrio deve ser estendido, não apenas para superar os anos 1 e 2 da concessão, que delimitaram a decisão da AGERGS na RED nº 751/2024, mas também para perdurar enquanto houver efeitos a serem reequilibrados. O tempo de duração da guerra na Ucrânia, por exemplo, não deverá ser

um dado relevante para a quantificação da recomposição devida, visto que os efeitos inflacionários extraordinários da guerra podem permanecer mesmo após o fim do conflito.

Em segundo lugar, a metodologia deve ser capaz de identificar, com a maior precisão possível, o que são variações **extraordinárias**, que fogem à álea empresarial e, portanto, à esfera de responsabilidade contratual da Concessionária, e o que são variações consideradas **ordinárias**, estas sim assumidas pela empresa.

Enquanto houver variações extraordinárias em curso, a metodologia de apuração do desequilíbrio deve permanecer aplicável, coletando os dados sobre os preços praticados no mercado e sobre a incorrência da Concessionária em custos excedentes extraordinários. Mesmo que haja estabilizações temporárias de preços, geradas por oscilações na intensidade dos eventos de risco – em especial da guerra entre Rússia e Ucrânia –, a metodologia deve permanecer capaz de capturar eventual retomada dos aumentos extraordinários, vez que estes ainda ensejarão desequilíbrio.

Em vista dos dois imperativos descritos acima, percebe-se que a metodologia deve ser capaz tão somente de apreender o caráter extraordinário dos preços. Não é imprescindível, assim, que a metodologia contenha, nela mesma, critérios para identificar e isolar as causas dos aumentos extraordinários de preços, tendo em vista que a RED nº 751/2024 reconheceu a natureza extraordinária do aumento dos preços de insumos e a alocação deste risco ao Poder Concedente por seus efeitos.

Se a metodologia for capaz de precisar aumentos considerados extraordinários, distinguindo-os das oscilações que compõe o risco ordinário de variação de preços da Concessão, será a metodologia suficiente para indicar a exata medida do reequilíbrio devido pelo Poder Concedente.

Isso porque, estabelecido o liame entre o evento de risco e os custos impostos à Concessionária, todo aumento extraordinário, identificado a partir de metodologia econométrica consolidada no estado da técnica, deverá ser atribuído à esfera de risco do Poder Concedente. A garantia do direito ao reequilíbrio da Concessionária depende de que a AGERGS apure os seus prejuízos tendo em vista os melhores dados disponíveis no mercado, e que todos esses prejuízos sejam devidamente recompostos, em respeito à matriz de riscos do Contrato.

IV. Conclusão

Por todo o exposto, a **Opinião Legal** conclui que os fatos apontados pela Consulente, que incluem a pandemia de Covid-19 e a guerra entre Rússia e Ucrânia, devem ser considerados eventos de caso fortuito ou força maior para fins do Contrato nº 20/2021, o que implica o dever do Poder Concedente de recompor integralmente os prejuízos sofridos pela Concessionária em razão do aumento extraordinário dos preços de insumos das obras da concessão.

Os eventos de caso fortuito ou força maior, entendidos como eventos necessários, que as partes de determinada obrigação não são capazes de evitar, justificam a alocação do risco de sua ocorrência ao Poder Concedente. No âmbito do Contrato nº 20/2021, o risco de eventos deste tipo é expressamente alocada ao Poder Concedente pela matriz de riscos.

Isso significa que, cabe à Concessionária arcar apenas com os custos excedentes das obras da concessão que não possam ser tidos como extraordinários. Havendo aumentos extraordinários de custos, surge para a Concessionária direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Esse direito tem proteção constitucional e deve ser garantido em linha com as disposições contratuais, que impõem a apuração dos custos suportados pela parte que não é deve arcar com variações extraordinárias de preços.

O Poder Concedente é obrigado a recompor integralmente os prejuízos que venham a ser demonstrados pela Concessionária, os quais correspondem a todos os custos decorrentes de aumentos de preços que sejam considerados extraordinários pela melhor metodologia disponível no estado da técnica para essa apuração.

Toda e qualquer variação extraordinária de custos deve ser objeto de compensação, e o método de cálculo a ser definido pela AGERGS deve levar em consideração esse requisito imposto pelo regime jurídico do reequilíbrio. A apuração do desequilíbrio só deve ser interrompida se houver evidências de que não há mais aumentos extraordinários de preços que possam ser atribuídos à esfera de responsabilidade do Poder Concedente.

Sendo o que nos cabia para o momento, subscrevemo-nos.

São Paulo, 14 de outubro de 2026.

Floriano de Azevedo Marques Neto
OAB/SP nº 112.208

Rafael Fernandes
OAB/SP nº 373.994

Gabriel Schroeder de Almeida
OAB/SP nº 489.687