



NOTA TÉCNICA JURÍDICA CONJUNTA SEPAR/SELT Nº 03/2023

Porto Alegre, 30 de outubro de 2023.

Processo: 23/0400-0000550-3

Assunto: Pedido de reequilíbrio econômico e financeiro referente ao contrato de concessão n. 20/2021, solicitado pela Concessionária Rota de Santa Maria através do ofício RSM n. 127/2023-PC ENG

Elaboração: Procuradorias Setoriais junto à SEPAR e SELT

I. CONTEXTUALIZAÇÃO DA DEMANDA

Trata este expediente encaminhado pela AGERGS para manifestação a respeito do pedido de reequilíbrio econômico e financeiro, referente ao contrato de concessão n. 20/2021, solicitado pela concessionária Rota de Santa Maria, através do ofício RSM no 127/2023-PC ENG.

Segundo a concessionária, após a apresentação da proposta econômica e o início da realização dos investimentos previstos no PER, os custos inicialmente projetados com insumos (asfalto, combustível, aço, materiais pétreos e cimento) foram gravemente afetados por eventos de caso fortuito ou força maior, em decorrência do agravamento da pandemia de COVID-19, em 2021, e pela eclosão da guerra da Ucrânia no ano de 2022.

Sustenta que os custos incorridos em razão dos efeitos supracitados foram de R\$ 27.723.844,11 (vinte e sete milhões, setecentos e vinte e três mil oitocentos e quarenta e quatro reais e onze centavos), em termos nominais, para o primeiro ano da concessão do serviço, ou seja, de setembro de 2021 a agosto de 2022.

Por fim, destaca que os custos adicionais, incorridos (e ainda a serem incorridos) para a execução das obras e serviços, implicam em grave desequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária, o que coloca em risco a viabilidade da Concessão.

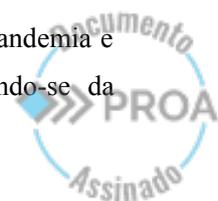




Forte nesses fundamentos, postula: a) o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, no montante de R\$ 27.723.844,11 para os impactos ocorridos no até o ano 1 da execução contratual; b) a alteração contratual para o estabelecimento de mecanismo que permita mensurar as oscilações que excedam à variação ordinária dos insumos, bem como a atualização dos percentuais previstos para o estoque de melhorias (fator E).

O expediente foi instruído com os seguintes documentos:

- i) Ofício n. 335/2023 da AGERGS (fl. 02), informando que a concessionária Rota de Santa Maria S/A apresentou requerimento, por meio do ofício RSM n. 127/2023-PC JUR, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão de aumento extraordinário dos insumos para execução de obras e serviços previstos no PER e solicitando a manifestação do Poder Concedente acerca da matéria, em especial acerca da modalidade de alteração contratual a ser utilizada, na eventualidade de deferimento do pleito, na forma da cláusula 20.2.8 do contrato de concessão;
- ii) Ofício RSM n. 127/2023-PC ENG. (fls. 03-40) - Requerimento apresentado pela concessionária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;
- iii) Informação n. 44/2023 - Diretoria de Tarifas da AGERGS (fls. 45-50), que sugere o indeferimento do pedido, por entender que a pandemia e os efeitos sobre a economia brasileira já eram de conhecimento da concessionária por ocasião da apresentação da proposta, além disso, entende que o atendimento do pleito contrariaria a matriz de riscos do contrato;
- iv) Informação n. 83/2023 - DT//AGERGS (fls. 51-53), que reitera a sugestão de indeferimento do pleito;
- v) Informação - DIRETORIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS n. 118/2023 - DJ/AGERGS (fls. 54-61), na qual embora reconheça que a pandemia e a guerra configuram álea extraordinária do contrato, valendo-se da





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

análise técnica proferida pela Diretoria de Tarifas da AGERGS, entende que as circunstâncias do caso e o prévio conhecimento da concessionária acerca da variação dos insumos afastariam a sua incidência no presente contrato, razão pela qual opina pelo indeferimento do pedido;

f) Informação n. 213/2023 - SEPAR/DFCR (fls. 62-64), relatando a existência de Consulta Pública na AGERGS para tratar do tema;

vi) Nota Técnica SEI n. 5836/2023/GEGIR/SUROD/DIR/ANTT (fls. 65 - 94), que apreciou pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão de rodovia federal, em decorrência dos efeitos da pandemia de COVID-19 e da guerra na Ucrânia no preço dos insumos;

vii) Despacho Gab/SEPAR (fl. 95); e

viii) Despacho Controle Interno SEPAR (fl. 97).

Remetido a esta Procuradoria, identificou-se que não haviam sido juntados ao expediente os documentos referidos no pleito da concessionária (Anexos 01, 02, 03, 04 e 05), razão pela qual o processo foi devolvido para o gabinete da SEPAR para juntada, bem como para manifestação da área técnica quanto à variação média histórica do preço dos seguintes insumos: asfalto, combustível, aço, materiais pétreos e cimento.

Com a instrução do presente expediente, retornaram os autos para exame e manifestação acerca da pretensão da concessionária.

É o breve relatório.

II. Dos requisitos para o processamento de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro

De acordo com a cláusula 20.2.2 do contrato, os pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro devem ser destinados ao Conselho Superior da AGERGS, a quem compete conhecê-lo e julgá-lo.

Para tanto, os requerimentos devem ser instruídos com, no mínimo, os seguintes elementos:





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

20.2.3. Os pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO deverão ser instruídos, no mínimo, com os seguintes elementos:

- i. Descrição e comprovação dos fatos e da hipótese ensejadora da recomposição;
- ii. Estimativa da variação de investimentos, custos, despesas ou receitas decorrentes do evento causador do desequilíbrio; e
- iii. Sugestão das medidas a serem adotadas para a recomposição do equilíbrio do CONTRATO.

Atendendo à disposição contratual, a concessionária instruiu o pedido com: a) a descrição dos fatos e das hipóteses ensejadoras do suposto desequilíbrio; b) com relatório de consultoria especializada, apontando a estimativa de variação dos custos decorrentes do evento causador do desequilíbrio; c) de relatório econômico-financeiro; d) notas fiscais e medições realizadas no período objeto do pleito; e) sugestão de medidas a serem adotadas para a recomposição do equilíbrio.

O pedido fora recebido e encaminhado para manifestação do Poder Concedente para pronunciamento acerca da matéria, inclusive para se manifestar quanto à modalidade a ser utilizada para a eventual alteração contratual (cláusula 20.2.8).

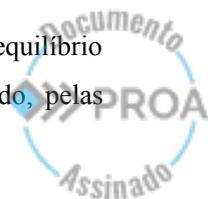
Não obstante o conhecimento do pleito pela Agência Reguladora, no presente momento, não cabe ao Poder Concedente o pronunciamento acerca da modalidade de alteração contratual a ser utilizada na eventualidade de acolhimento do pedido, haja vista que tal deliberação se reserva para um momento posterior, quando já proferida decisão pelo Conselho Superior da AGERGS e já houver identificação do montante envolvido.

Sendo assim, uma vez atendidos os pressupostos para o processamento do pleito, a presente manifestação restringir-se-á à análise da ocorrência do evento de desequilíbrio, incumbindo à AGERGS a apuração efetiva do desequilíbrio no contrato de concessão.

III. Da caracterização dos contratos de concessão e do tema dos riscos

3.1. Do Equilíbrio Econômico-Financeiro em Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Com previsão expressa da sua manutenção no art. 37, XXI, da CF, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá, observados os riscos assumidos de parte a parte no enlace contratual. O equilíbrio econômico-financeiro corresponde à relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da celebração do contrato, envolvendo um conjunto de direitos e obrigações, que, na visão das partes, eram equivalentes e adequados. Nesse sentido, a CF em seu art. 37, XXI, assim estabelece:

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.

(Grifos nossos)

Destaca-se que a possibilidade de restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro encontra igual respaldo na legislação infraconstitucional, notadamente na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/1993, e agora, incorporada à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n 14.133/2021. Nesse sentido, ressalta-se que o art. 65, II, “d” e §5º da Lei n. 8.666/93 determina:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§5º Quaisquer **tributos ou encargos legais** criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada **repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.**

(Grifos nossos)





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

Em que pese o contrato sob análise estar sob égide da Lei n. 8.666/1993, merece ser realçado que a Lei n. 14.133/2021 ratifica a convergência das normas no que diz respeito a necessidade de se reestabelecer o reequilíbrio dos contratos:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

No tocante especificamente aos contratos de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro é mais complexo, uma vez que envolve mais variáveis do que os contratos administrativos comuns. Nesse sentido, destaca-se que em virtude da natureza prolongada, e da necessidade de altos investimentos, eventos e necessidades supervenientes poderão ser iniciados no decorrer da execução contratual. Assim, a Lei n. 8.987/1995, de modo expreso, estabelece:

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

Conforme Egon Bockmann Moreira¹, os projetos de infraestrutura compreendem um processo dinâmico, envolvendo esforços cooperativos para que seja alcançado o escopo contratual. Desse modo, o que se procura é a estabilidade da base do projeto concessionário, pela manutenção do respectivo equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

A base objetiva do contrato de concessão permite averiguação mais fiel quanto ao ponto ótimo da tarifa, seu nível e estrutura (v. §84, acima), os respectivos fluxos financeiros e os critérios de avaliação do custo de

¹Moreira, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In.: MOREIRA, Bockmann (Coord.) *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 378.





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

oportunidade e remuneração do dinheiro no tempo (v. §§100 a 103), bem como as variações que o contrato experimenta em seus custos e receitas.

(...)

Note-se que a aplicação da teoria da base objetiva exige a superveniência de mudanças significativas e verossimilhantes, a gerar a convicção de que as partes não teriam celebrado o contrato como o fizeram caso delas pudessem ter conhecimento ou que pudesse evitá-las em razão da diligência esperada para essa ordem de negócios jurídicos.

Uma vez identificada a ocorrência de um evento que pode impor consequências à execução do contrato de concessão, há necessidade de identificação do nexo de causalidade com a elevação do custo do concessionário, averiguando-se a quem incumbia o gerenciamento ou mitigação do respectivo risco.

IV. Do roteiro para a viabilização do equilíbrio econômico-financeiro

4.1. Da identificação do desequilíbrio

A aferição do desequilíbrio nos contratos de concessão, de acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto², deve observar quatro etapas distintas, considerando na análise: a) a constatação da ocorrência de algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial; b) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; c) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e d) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.

Tais requisitos, aliás, constam do Parecer n. 19.101/21 (proa n. 21/1000-0016989-8), de autoria da Consultoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado, que examinou os impactos da pandemia em contratos para execução de obras e serviços de engenharia, regidos pela Lei n. 8.666/93.

Não obstante as distinções aplicáveis a contratos de longo prazo, merece destaque a necessidade de exame caso a caso, envolvendo o nexo de causalidade entre a variação extraordinária do custo de determinado insumo incorrido na conjuntura da pandemia e da onerosidade excessiva, não se prestando a simples existência de caso fortuito ou força maior para se caracterizar o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

²MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

Ademais disso, é de extrema relevância, especialmente em contratos de longo prazo, a correta identificação da álea extraordinária, isolando-a dos riscos ordinários já assumidos pela concessionária.

Em relação aos contratos de concessão, complexos por natureza, Marcos Nóbrega³ esclarece:

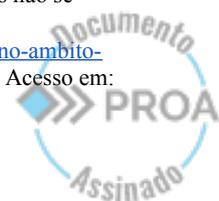
No entanto, a interpretação ao preceito constitucional, no sentido de que deve ser “mantida as condições efetivas da proposta”, não deve ser interpretada de forma literal quando estivermos diante de contratos de longa duração, contratos mais complexos, como são os contratos de concessão de serviços públicos ou de parcerias público-privadas. A interpretação estritamente literal é facilmente implementada no âmbito dos contratos administrativos de menor complexidade e de curta duração. Em outro giro, podemos dizer que no momento $T = 0$, na origem do contrato, no lugar de ter um payoff associado, o agente teria uma função payoff. Esta, por sua vez, seria alimentada por inputs ao longo da execução contratual. Isso estaria em consonância com o caráter dinâmico dos incentivos durante a execução contratual. Em verdade, nos contratos mais sofisticados subsiste uma equação, onde de um lado há uma matriz de riscos, somado a um nível específico de performance, que tem que se balancear com regime de remuneração do contrato.

Deve-se ter em conta que as concessões envolvem arranjos complexos, cujos efeitos de eventual desequilíbrio podem perdurar por diversos anos e tornar, inclusive, insustentável a manutenção do contrato. Aliás, trata-se de contratos na qual a relação de colaboração se acentua, exigindo um esforço contínuo do Poder Concedente e da Concessionária para que o serviço seja executado da forma que melhor atenda aos interesses dos usuários.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato, portanto, não se dirige ao Poder Concedente e tampouco ao Concessionário, mas à adequada execução das obras de infraestrutura e da prestação de serviços.

4.2. Da distribuição dos riscos

³ Incompletude contratual e reequilíbrio no âmbito do Direito Administrativo: por que os contratos não se comportam como o Direito imagina? Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Incompletude-contratual-e-reequilibrio-no-ambito-do-Direito-Administrativo-por-que-os-contratos-nao-se-comportam-como-o-Direito-imagina.pdf>. Acesso em: 27/10/2023.





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

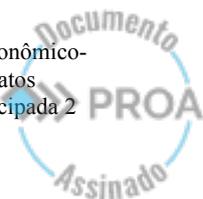
Dentre as particularidades inerentes aos contratos de concessão, destaca-se o fato de que há uma divisão dos riscos entre as partes, materializada em uma matriz de alocação de riscos. Isso significa que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes levando em consideração qual a parte mais apta a evitar sua ocorrência, e, ocorrendo, a mitigar os seus efeitos, bem como responder pelas consequências que dali decorrem. Portanto, para além da verificação do evento desequilibrante, deve-se levar em consideração a distribuição de encargos prevista no contrato, apurando qual parte assumiu os riscos associados ao evento, conforme Moreira⁴.

Já no que se refere às premissas exógenas, investiga-se se houve fato ao exterior do contrato em face do qual a construção da base objetiva foi irrelevante ou impertinente (v. §24, acima), mas que, ainda assim, gerou efeitos endógenos ao equilíbrio econômico-financeiro. Isto é, uma alteração significativa que, quando da consolidação do contrato (estatuto + edital + proposta = contrato), a ele não incorporada. Esse fato pode ou não ser oriundo da Natureza (terremotos, crises do petróleo, pandemias ou aumentos de impostos), pois o importante está na comprovada impossibilidade de ter sido considerado nas projeções econômico-financeiras do projeto concessionário. Caso tenha sido previsto, na matriz de riscos haverá a designação da parte responsável pela administração de seus efeitos (e o tema do desequilíbrio nem sequer se põe).

Além de não ter sido internalizado nos riscos contratuais (e respectivos custos), tal fato há de ser consistente e necessita de análise caso a caso, dependente que é da relação jurídico-concessionária. Por exemplo, o custo derivado do pagamento pelo uso de infraestruturas alheias não instala o desequilíbrio em concessões de telefonia e eletricidade (despesa ordinária e quantificável), mas há de repercutir para a modicidade tarifária nas concessões rodoviária e ferroviárias (afinal, pode ou não existir nestes contratos) e, assim, ser futuramente incluído como receita na equação (art. 11 da Lei n. Geral - v. §§ 107 e ss, abaixo). Já o custo de severa e imprevisível crise do petróleo pode ter repercussões diversas no mesmo contrato de concessão rodoviária: se o fluxo de veículos diminuir, é risco administrado pelo concessionário; se o índice setorial experimentar variação em sua composição, é de se instalar o reequilíbrio - ou mesmo a alteração do índice componente da fórmula paramétrica (cf. §95).

Pois aqui se instala investigação a propósito das consequências endocontratuais do fato exógeno, a fim de avaliar os efeitos que tais variações circunstanciais produziram (ou não) no nível tarifário e nos fluxos do projeto concessionário. Externos que são, tais eventos devem ser internalizados no empreendimento e em sua equação econômico-financeira - provocando (ou não) resultados que façam eclodir o direito de reequilibrar.

⁴ Moreira, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In.: MOREIRA, Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 379.





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

Veja-se que não basta a caracterização de um evento como caso fortuito ou força maior, por exemplo, para que se configure um direito integral do concessionário a impactos reflexos decorrentes do referido evento. Isso porque o concessionário, ao apresentar a sua proposta e firmar contrato de concessão, assumiu alguns riscos e os precificou na sua proposta comercial (foram internalizados nos riscos contratuais), caracterizando-se esses como riscos ordinários e que devem ser identificados e segregados por ocasião da identificação dos impactos financeiros do evento danoso no contrato de concessão.

Nesse sentido, ao examinar o fato exógeno, é imprescindível que se identifique e se comprove, evento por evento, que esse produziu repercussões endocontratuais e que há nexos de causalidade de tais consequências com o evento externo.

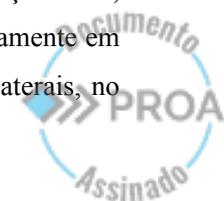
A partir da constatação do desequilíbrio, passa-se ao exame individualizado da repercussão financeira efetivamente produzida, que impacta na estabilidade contratual.

V. DO EXAME DO CASO CONCRETO

5.1. Da impacto da pandemia e da guerra na Ucrânia no valor dos insumos

Como referido anteriormente, não há dúvidas que tanto a pandemia quanto a guerra na Ucrânia caracterizam-se como caso fortuito ou força maior. Contudo, a simples caracterização como tal não enseja, pura e simplesmente, a instauração do processo de reequilíbrio econômico-financeiro, haja vista depender da comprovação cabal de seu impacto sobre o contrato e do nexos de causalidade com os efeitos produzidos sobre as receitas e despesas da concessionária.

Ultrapassados os aspectos teóricos, e em atenção às particularidades da solicitação sob análise, a Concessionária sustenta que, momento após a apresentação da Proposta Econômica e início da realização dos investimentos previstos no PER, os custos inicialmente previstos pela SPE Rota de Santa Maria para realização das obras e serviços contratados foram diretamente impactados por eventos de caso fortuito e força maior, alheios ao seu controle e aos riscos assumidos no Contrato de Concessão, notadamente em virtude do suposto agravamento da pandemia do COVID-19, e seus efeitos colaterais, no





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

ano de 2021, assim como da eclosão da Guerra entre a Rússia e a Ucrânia, iniciada em 22/02/2022, eventos que impactaram diretamente no preço dos insumos, afetando o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

No presente caso, a concessionária alega que, muito embora tivesse conhecimento da pandemia por ocasião da proposta econômica, os efeitos desta sobre o preço dos insumos ainda eram desconhecidos. Ademais disso, aduz que tal fato foi agravado pela superveniência da guerra na Ucrânia, que intensificou o aumento do preço dos insumos:

Apesar da circunstância da existência da pandemia do COVID-19 **ser de conhecimento quando do lançamento do Edital e da apresentação da Proposta Econômica (ambos ocorridos em 2020), e apesar da Concessionária ter considerado na apresentação da sua proposta o cenário econômico já existente naquele momento**, é certo que o futuro alastramento da pandemia e/ou de seus efeitos econômicos, incluindo seus impactos no futuro Contrato de Concessão, eram absolutamente imprevisíveis e de consequências incalculáveis e inevitáveis.

Tal fato foi, inclusive, destacado pela Concessionária em seu Plano de Negócios:

3. Premissas básicas do Plano de Negócios
Os itens a seguir expõem as premissas utilizadas no desenvolvimento dos estudos, que incidem sobre diversos aspectos do projeto. Importante destacar que a Proposta Econômica Escrita e este Plano de Negócios consideraram o ambiente de negócios, variáveis, melhores práticas, informações e premissas econômicas disponíveis ao mercado quando da formulação e apresentação de propostas em 14 de dezembro de 2020 em sede de licitação. Dessa maneira, a proposta aceita pelo Poder Concedente foi estruturada neste momento específico. A proposta e este Plano de Negócios assumiram a expectativa de mercado (Relatório FOCUS, do Banco Central do Brasil, dentre outras fontes públicas) com relação à progressão das variáveis econômicas, mantendo-se esta coerência neste documento.

Destaca-se que os efeitos de epidemias são um risco de álea extraordinária, a receber tratamento contratual pela Cláusula 19.3, sendo que os efeitos econômico-financeiros que não eram conhecidos pelo mercado ou passíveis de antecipação quando da apresentação da Proposta Econômica Escrita são riscos alocados ao Poder Concedente, não tendo seus efeitos contemplados na proposta datada de 14 de dezembro de 2020 e, por coerência, tampouco neste documento. (fls. 08-09)

Conforme a própria a Concessionária expõe, a pandemia foi considerada na elaboração da sua proposta. Sabe-se, que, neste caso, a proposta - e o plano de negócios - da concessionária não são vinculantes, ou seja, não podem ser utilizados como único parâmetro para os reequilíbrios devidos pelo Poder Concedente, conforme previsto expressamente no edital de Concorrência Pública Internacional n. 01/2020. Contudo, não





se pode desconsiderar que os elementos fáticos e circunstanciais considerados no momento da precificação representam um importante referencial para se delinear as condições em que o preço da proposta vencedora foi formado.

No que se refere à caracterização da pandemia de COVID-19 como caso fortuito ou força maior, convém trazer à colação situação análoga examinada pela Advocacia-Geral da União, por ocasião do PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, no qual se examinou os efeitos desta sobre os contratos de concessão. Restou assentado na referida manifestação que ainda que se reconheça a existência de evento exógeno, para fins de caracterização de “álea extraordinária” e para aplicação da teoria da imprevisão, é imprescindível a análise concreta dos seus impactos efetivos nas receitas e despesas do concessionário, a fim de justificar o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão:

73. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. **Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.**

(Grifos nossos)

O nexos de causalidade do reequilíbrio não pode ser aferido pelas mazelas advindas do coronavírus, indistintamente, porquanto há mercados que não foram tocados de forma pujante pela crise.

Nesse sentido é o entendimento 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). (Grifos nossos).





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

(...)

A fim de comprovar os impactos da pandemia e da guerra nos insumos que integram a concessão, a concessionária colacionou relatório da Tendências Consultoria Integrada (fls. 102-133), que sinaliza que houve modificação acentuada nos preços de *commodities* industriais a partir do ano de 2021.

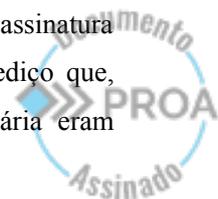
Relativamente à pandemia de COVID-19, a Nota Técnica DCPPP n. 19/2023 do Departamento de Concessões e PPPs da SEPAR, em que pese discorde da metodologia de cálculo adotada pela Concessionária para a identificação do desequilíbrio, corrobora a informação de que a alteração dos preços transbordou a média de oscilação de preços identificada no período pré-pandêmico, comparativamente aos preços dos insumos no período da pandemia, *verbis*:

Conclui-se na análise em específico dos três insumos elencados que o cenário extraordinário apresentou diferenças relativas importantes em termos de variação de preços, em relação ao cenário ordinário, observados na análise comparativa dos limites. Ressalta-se que, a fim de averiguar-se efetivos valores de eventual desequilíbrio, é necessário o aprofundamento da presente análise para uma maior cobertura de insumos, baseado na utilização fática dos preços aferidos após comprovação das notas fiscais encaminhadas pela Concessionária. Outrossim, seria necessário ampliar o intervalo temporal do cenário ordinário, para melhor lisura, segurança e precisão da análise.

Sendo assim, no estudo, de caráter essencialmente elucidativo, baseado em três insumos (pó de brita, brita 1 e concreto C20), identificou que os eventos exógenos potencialmente ocasionaram impactos no contrato de concessão, notadamente ao se considerar a realização dos trabalhos iniciais no ano 01 da execução contratual.

Contudo, conforme será abordado no tópico seguinte, o efetivo direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e os respectivos impactos na concessão dependerão da prova cabal do momento em que a concessionária despendeu os recursos e da correta aferição do que representava a álea extraordinária no caso concreto.

Registra-se, outrossim, que não obstante a manifestação preliminar da Diretoria de Tarifas da AGERGS no sentido de que não caberia reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em decorrência da apresentação de proposta econômica e assinatura do contrato pela concessionária já no curso da pandemia de COVID-19, é cediço que, mesmo previsível, as consequências da pandemia nos custos da concessionária eram





incalculáveis, o que igualmente ensejaria o direito ao reequilíbrio, caso comprovado o efetivo dispêndio, conforme se verá adiante.

Não bastasse isso, posteriormente à assinatura do contrato, sobreveio a guerra na Ucrânia a qual, em tese, teria contribuído para a elevação dos custos das *commodities*.

Conforme Nota Técnica 19/2023 DCP/PP/SEPAR, inobstante o relatório técnico produzido a pedido da concessionária careça de detalhamento quanto aos efeitos da guerra na Ucrânia na elevação do preço dos insumos, é cediço que no curso de caso fortuito ou força maior (pandemia de Covid-19 e guerra) houve elevação dos insumos:

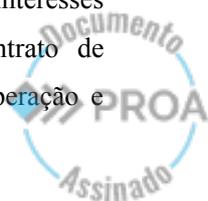
d) Em termos de precificação, observa-se que a Concessionária considerou elementos do cenário da pandemia em sua proposta na época do leilão da concessão, bem como considerou que eram imprevisíveis os efeitos econômicos do aprofundamento da pandemia. Cabe verificação se a concessionária eventualmente utilizou instrumentos de *hedge* para suavizar os efeitos da pandemia na sua cadeia de custos. Ressaltam-se esses itens ao conhecimento da equipe técnica responsável pela análise do pleito.

e) O estudo contém bom nível de inferências quanto ao impacto da Guerra da Ucrânia na alta nos insumos de petróleo e por consequência no asfalto, mas carece de análises conclusivas quanto o seu impacto direto nos insumos de aço, materiais pétreos e cimento.

Portanto, de acordo com manifestação da área técnica desta Secretaria, relativamente aos efeitos da guerra sobre os insumos adquiridos pela Concessionária para a execução contratual, os documentos que constam no expediente não fornecem maiores elementos para a identificação do impacto direto na aquisição do aço, materiais pétreos e cimento.

É clássico, e ainda correto, o entendimento de que a Administração destina-se ao atendimento das necessidades públicas, ao passo que o particular objetiva o lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas do contrato. Esse lucro deve ser garantido durante todo o contrato, nos termos iniciais do ajuste. Alterada essa equação financeira, há um dever constitucional do seu restabelecimento, não podendo ser obrigada a Concessionária a realizar os investimentos em um contrato que não mais se revela sustentável.

Esse dever de restabelecimento não visa a resguardar diretamente os interesses econômicos da Concessionária, mas o interesse público subjacente ao contrato de realização de obras de melhorias e ampliação da capacidade, bem como de operação e





manutenção do equipamento público, alcançável por meio dos investimentos particulares exigidos.

Diversas teorias procuram estudar esse dever de restabelecimento, fixando seus requisitos e respectivas consequências. Em sua grande maioria, partem da chamada cláusula *rebus sic standibus*. Segundo a referida cláusula, o cumprimento das obrigações contratadas fica condicionado à manutenção das circunstâncias do momento da celebração do contrato. O artigo 10 da Lei nº 8.987/95 estabelece que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”. A *contrario sensu*, sempre que houver descumprimento das condições do contrato, configurado estará o seu desequilíbrio.

Nos contratos públicos brasileiros, restou assente pela doutrina tradicional que apenas a álea extraordinária acarretaria o direito ao reequilíbrio do contrato. Essa álea extraordinária pode decorrer de um ato do Estado (alteração unilateral do contrato, fato do príncipe e fato da administração) ou econômica (oriunda de circunstâncias externas ao contrato e às partes).

A álea econômica extraordinária é explicada pela teoria da imprevisão, sendo considerada como todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Em circunstâncias normais, poderia ser considerado previsível o que as partes indicaram expressamente no contrato ou que deveriam razoavelmente ter previsto.

Contudo, conforme restará demonstrado adiante, os eventos exógenos (pandemia e guerra) modificaram o cenário em que a concessionária apresentou proposta econômica na licitação, submetendo a concessionária a suportar ônus superiores à variação média histórica dos preços de mercado para fins de realizar os investimentos iniciais da concessão. Frise-se que houve uma elevação do custo dos insumos a um patamar diverso da média histórica identificada, transbordando qualquer projeção que se fizesse no momento da apresentação da proposta.

Contudo, para fins de caracterização do desequilíbrio, não basta a existência de fatos exógenos, é imprescindível a demonstração do efetivo desequilíbrio contratual excessivamente oneroso ao parceiro privado, através da comprovação do efetivo dispêndio





com a aquisição de tais materiais no período. Trata-se, portanto, de situação que se amolda com perfeição à teoria da álea extraordinária que, no Brasil, deve ser suportada pela Administração Pública.

5.2. Da distribuição dos riscos contratuais

O contrato estabeleceu como risco do concessionário as flutuações/variações de custos dos investimentos, insumos, custos operacionais de manutenção, investimentos ou qualquer outro custo incorrido na sua atuação (cláusulas 19.2.8, 19.2.9 e 19.2.10⁵). Entretanto, no presente caso, está-se diante de um evento que parece escoar por completo da álea ordinária, haja vista alcançar patamar de elevação de custos desproporcional à média histórica de variação dos insumos, conforme examinado na Nota Técnica 19/2023 DCPPP:

f) Em estudo deste DCPPP, de caráter essencialmente elucidativo, baseado em três insumos (pó de brita, brita 1 e concreto C20), observou-se que o cenário extraordinário apresentou oscilações em comparação aos limites ordinários. Ressalta-se que, para fins de avaliação do reequilíbrio, faz-se necessário o aprofundamento da análise pela área competente, para uma maior cobertura de insumos, baseado na utilização fática dos preços aferidos após comprovação das notas fiscais encaminhadas pela Concessionária. Bem como, ampliar o intervalo temporal do cenário ordinário, para melhor lisura, segurança e precisão da análise.

Vale referir que o Contrato previu que a Concessionária se responsabilizaria por custos excedentes relacionados às obras e serviços objeto da concessão (Subcláusula 19.2.9), exceto na hipótese em que o risco é atribuído ao Poder Concedente (19.3). Justamente nesse sentido é que a subcláusula 19.3.4 prevê que o Poder Concedente se responsabiliza pelos casos fortuitos e força maior, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil, por, no mínimo, duas seguradoras.

No presente caso, conforme declaração da Corretora de Seguros (Anexo 2 - fls. 134-135), os eventos de caso fortuito ou força maior não são segurados, de modo que não havia como se exigir da Concessionária a sua contratação, de modo que incumbia à

⁵ 19.2.8. valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis, até o limite do montante referido na subcláusula 7.2.2;
19.2.9. custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da CONCESSÃO, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.3;
19.2.10. custos para execução dos serviços previstos no PER;





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

concessionária a responsabilização tão-somente da variação ordinária do preço dos insumos.

A razão para tanto reside no fato de que, ao participar do certame e firmar o contrato de concessão, a Concessionária assumiu os riscos ordinários, passíveis de precificação ou de mitigação de seus efeitos através da contratação de seguro, remanescendo ao Poder Concedente a álea extraordinária, notadamente em razão da ocorrência de um caso fortuito ou força maior.

Não há dúvidas que, ao assumir os riscos estabelecidos na cláusula 19.2, era esperado que a Concessionária precificasse e incorporasse em sua proposta a álea ordinária, ou seja, a média histórica de oscilação dos preços dos insumos, mas jamais uma alteração drástica, extremada, totalmente alheia a qualquer previsibilidade, que abalou completamente a economia original do contrato e colocou em perigo a sua eficiente execução.

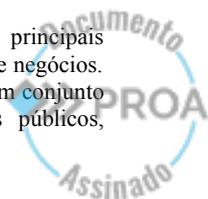
Nesse aspecto, aliás, merece destaque que muito embora o contrato tenha sido firmado quando já em curso a pandemia de COVID-19 (ou seja, era um evento previsível), os efeitos desta sobre elevação dos preços ainda eram desconhecidos (consequências incalculáveis). Aliado a isso, a guerra na Ucrânia, que eclodiu posteriormente à assinatura do contrato, supostamente teria potencializado a elevação dos insumos que integram a concessão rodoviária, fato este que necessita de ulterior demonstração, conforme referido anteriormente.

Corroborando esse entendimento, reportando-se à imprevisão na previsão da alocação de risco, Flávio Amaral Garcia leciona:

“Um tema importante a investigar, e que guarda direta conexão com a mutabilidade dos contratos de concessão, é a avaliação do impacto que eventual alteração das circunstâncias e dos pressupostos que levaram as partes a contratar possa causar na matriz de risco.

Põe-se em causa identificar se é cabível a aplicação da teoria da imprevisão mesmo quando os riscos foram contratualmente partilhados nos contratos de concessão. A indagação central a ser formulada é a seguinte: devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança do cenário, como ocorre, principalmente, com o advento de grandes crises econômicas?

As condições macroeconômicas de um País representam um dos principais pilares na atração de investimentos e na confiabilidade do ambiente de negócios. Os mercados monetário, de crédito, de capitais e cambial compõem um conjunto determinante para a atração de recursos privados em contratos públicos,





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

principalmente no setor de infraestrutura. Questões como metas de inflação, taxa de juros, valor nominal da moeda e estabilidade monetária são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos. Essa conjuntura é decisiva para atrair, em maior ou menor intensidade, o setor privado, em especial, para o setor de infraestrutura.

(...)

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, têm-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto.

Supor que as partes devem manter tudo como está mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, em grau suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece singela a solução simplista de que se trata de risco contratualmente previsto, afastando-se, por completo, a racionalidade da teoria da imprevisão. A nota que caracteriza e tipifica a alocação contratual de riscos é a sua previsibilidade. A antecipação de qual parte vai assumir o risco é – diga-se de passagem- extremamente benéfica para ambos os contratantes e eis que, além de reduzir incertezas, comumente reflete-se na própria formação do preço ofertado na licitação.

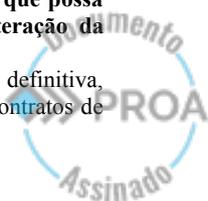
No entanto, a contratualização dos riscos não é suficiente para solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos de concessão. **A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes.**

Em outras palavras: o risco era previsível, a justificar a sua alocação contratual. Mas o imprevisível era o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados. Tem-se, então, a imprevisão na previsão. (grifo nosso)

Ao discorrer sobre situação decorrente de crise econômica, idêntica à observada no presente caso, complementa o autor que a alteração da exógena conjuntura macroeconômica que ocasione cenários drasticamente alterados, imprevisíveis, e que repercutem na elevação extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, deve ser objeto de revisão, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto:

“A crise econômica (álea extracontratual) impacta diretamente a matriz de risco, não necessariamente para justificar a modificação na sua alocação ou distribuição original, mas para motivar uma revisão do contrato que possa restabelecer a justiça comutativa maculada pela inesperada alteração da exógena conjuntura macroeconômica do País.

Compreender a alocação de riscos a partir de uma visão absoluta, definitiva, exauriente, estática, hermética, mecânica e literal significa tratar os contratos de





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

concessão a partir de uma perspectiva reducionista e, sem qualquer exagero, com a singeleza que não integra a sua intrínseca substância.

Esses contratos duradouros são dotados de lacunas e de uma plasticidade aberta, porquanto estão permanentemente sujeitos à ocorrência de variáveis supervenientes que, simplesmente, não podem ser previstas ou, mesmo, calculadas.

Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis, a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução. Nesse sentido, a sutileza da distinção é relevante para a compreensão do que ora se afirma.

Quando as ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis, gerando uma elevação extraordinária dos custos e onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual.

Não seria crível supor que a matriz de risco pudesse antever consequências dos riscos assumidos, mormente quando diante de abruptas mudanças de cenários e dos pressupostos basilares que orientaram a formação da vontade negocial das partes. (grifo nosso)

A matéria examinada pelo doutrinador supramencionado se coaduna com o cenário a que foi exposta a Contratada, motivando o presente pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Conforme se depreende do relatório técnico contratado pela Concessionária, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do presente contrato objetiva mitigar os efeitos do desequilíbrio decorrente da alteração significativa do custo dos insumos que compõem o CAPEX. É inegável a existência de fatos exógenos que interferem diretamente no custo dos insumos que compreendem a execução do contrato, desde que demonstrado que, de fato, tais insumos foram adquiridos na constância da extraordinariedade.

E não se diga que o Poder Concedente, na ocorrência de caso fortuito ou força maior assume a integralidade da variação dos preços, haja vista a necessidade de abatimento no montante a ser apurado do valor equivalente ao risco ordinário assumido pela Concessionária.

Para tanto, diversamente do pretendido pela Concessionária, entendemos que ao assumir os riscos ordinários de que tratam a subcláusula 19.2 do contrato, a Concessionária não assumiu apenas a variação do IPCA, como tenta induzir ao propor a formalização de termo aditivo para introdução de fórmula automática de reajustamento, mas a média histórica de oscilação dos preços identificada anteriormente.





Ademais disso, por ocasião da quantificação do eventual desequilíbrio (mediante comprovação efetiva do dispêndio de recursos durante a extraordinariedade dos preços identificada), imprescindível que se segregue outros fatores alheios aos fatos exógenos, tais como a alteração do preço de insumo asfáltico em razão da alteração da política de preços da Petrobrás.

Assim, como já examinado pela ANTT (Nota Técnica n. 5836, fls. 65-93), por ocasião de pleitos da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), não há como se confundir os efeitos de casos fortuitos e força maior, para os quais o contrato de concessão atribuiu o risco ao Poder Concedente, com aqueles que fazem parte dos riscos ordinários da concessionária.

5.3. Da forma de apuração do valor desequilibrado

A fim de comprovar os impactos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a concessionária relacionou no Apêndice I do Anexo I (Relatório da Tendências), fls. 127-133, as despesas realizadas e a respectiva competência. Além disso, foram colacionadas as notas fiscais das aquisições realizadas pela concessionária (fls. 1281-3495).

Nos termos da subcláusula 20.1.2 do Contrato de concessão, diante da materialização do evento de desequilíbrio, a recomposição observará a exata proporção do desequilíbrio:

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.

Independente da demonstração das despesas efetivamente realizadas pela concessionária, destaca-se que o dimensionamento do valor do desequilíbrio deverá desconsiderar os riscos ordinários assumidos pela concessionária por ocasião da apresentação da proposta econômica e firmatura do contrato, conforme referido anteriormente, seguindo metodologia de apuração da AGERGS.

Para tanto, AGERGS pode se valer de outros elementos para a caracterização do valor desequilibrado como, por exemplo, da variação identificada em tabelas referenciais dos insumos, desconsiderando-se a média histórica de oscilação de preços identificada





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

(risco ordinário), nos termos da sugestão da Nota Técnica DCPD n. 19/2023 (fls. 3789-3809) e da subcláusula 20.4.2 do contrato de concessão:

20.4.2. A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar estimativas da medida do desequilíbrio, utilizando as melhores referências do setor público e/ou privado disponíveis, preferencialmente com base nas Tabelas Referenciais de Preços Unitários do DAER vigentes, ou, conforme o caso, nas tabelas de preços ou sistemas de órgãos federais, outros órgãos estaduais ou municipais.

Nesse aspecto, importante registrar o tratamento que a ANTT deu ao tema, nos termos da NOTA TÉCNICA SEI Nº 5836/2023/GEGIR/SUOD/DIR/ANTT, da qual transcrevemos os seguintes excertos:

133. Ademais, sobre a metodologia, entendemos que a avaliação do desvio normal da curva de custos dos insumos, com base em projetos e SICRO/DNIT, para aplicar os quantitativos e custos dos insumos, previstos e realizados, é razoável e adequado, todavia, deve ser utilizado também documentos comprobatórios para checar o valor dos insumos reais dispendidos pelas Concessionárias, mesmo que de forma amostral, haja vista que, em alterações abruptas de valor, adotar o SICRO sem uma checagem do real, pode provocar distorções relevantes no cálculo dos valores.

(...)

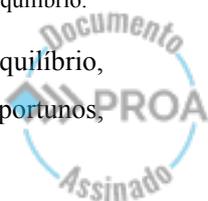
171. Com isso, para a variação de preços, a priori, esta Gerência entende como adequado estabelecer uma margem (banda) de variação de custos (preços) de insumos (obras) que seria ordinário (previsível) e extraordinário (imprevisível e excessivo).

172. Vale destacar que o efeito do aumento dos preços, em termos de Contrato de Concessão de Rodovia, tem efeito irreversível somente para os investimentos pontuais (CAPEX), com períodos certos (datas de início e fim definidos), e que se classificam como obras de grande vulto financeiro e que agregam valor a rodovia, quais sejam: obras de ampliação de capacidade, melhorias, manutenção do nível de serviço de tráfego e recuperação da infraestrutura.

173. Com isso, obras e serviços contínuos e periódicos, de menor vulto financeiro, que ocorrem ao longo de todo o prazo de concessão, como os serviços (OPEX) de manutenção, conservação, manutenção, operação, administração, o aumento de custos em um período pode ser compensado em outro momento futuro, ou seja, a variação de preço e custos dos insumos, no longo prazo, não tem efeito nocivo e exagerado no fluxo de caixa da Concessionária.

174. Ainda, é importante firmar o entendimento de que obras realizadas no período do aumento excessivo dos insumos que, pelo cronograma original (baseline) PER do Contrato de Concessão já eram para ter sido concluídas, e que a causa da inexecução passada e atraso seja caracterizado como responsabilidade da Concessionária, não poderá, ao nosso ver, ser enquadrada como investimentos passíveis de reequilíbrio.

Outrossim, imprescindível que se apure, para fins de caracterização do reequilíbrio, se a concessionária foi diligente e executou os investimentos nos prazos oportunos,





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

identificando se a aquisição de insumos no momento da elevação dos preços não decorreu de responsabilidade desta, por ineficiência ou inadimplemento contratual, conforme aponta a nota técnica supramencionada:

175. Este fato se dá, basicamente, pelo motivo de que se a Concessionária tivesse executado à época, teria realizado a um custo menor e beneficiado tempestivamente os usuários da rodovia, então, não há como se cogitar em reequilibrar uma Concessionária devido sua própria ineficiência e inadimplemento.

176. Ainda, nesta linha, o que se quer com a presente proposta é de fato reconhecer o reequilíbrio para as empresas que foram diligentes e que executaram os investimentos nos prazos estabelecidos na avença, de modo a privilegiar os princípios da boa fé administrativa, lealdade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência, indisponibilidade do interesse público e modicidade tarifária.

Relativamente aos critérios e princípios para a recomposição, a cláusula 20.3.2.3 do contrato estabelece que na hipótese de ocorrência de eventos exógenos, o reequilíbrio será realizado por meio da elaboração de fluxo de caixa marginal, observando-se as disposições da subcláusula 20.4:

20.3.1. Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no CONTRATO.

20.3.2. A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

(...)

20.3.2.3. nas demais hipóteses, inclusive aquelas relacionadas à inclusão de obras e serviços no ESCOPO do CONTRATO, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de FLUXO DE CAIXA MARGINAL, nos termos da subcláusula 20.4.

Sendo assim, o contrato disciplina o procedimento para a apuração do fluxo de caixa marginal, que deverá ser observado por ocasião da apuração.

5.4. Do pedido de alteração contratual para introdução de fórmula de reajustamento dos insumos e para atualização dos percentuais de estoques de melhorias

A Concessionária sustenta a necessidade de formalização de um termo aditivo para “automatizar” o reajustamento do valor dos insumos, haja vista que os efeitos da elevação dos custos perdurarão toda a execução contratual.





Com o devido acatamento à pretensão da Concessionária, não há como prosperar a tese de que os efeitos do caso fortuito ou força maior perdurarão durante toda a execução. Ademais, o acolhimento de tal pedido acarretaria na alteração das premissas que estabeleceram a alocação de risco originária, suprimindo por completo a responsabilidade da concessionária pela variação ordinária do preço dos insumos.

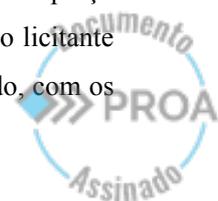
Não prospera, igualmente, a tese de que a supressão do IPCA (incluída na fórmula proposta) se prestaria a resguardar os riscos ordinários da Concessionária, já que é cediço que a variação dos insumos não necessariamente acompanha o Índice de Preços do Consumidor Amplo.

Não bastasse isso, é evidente que a presente análise de pleito de reequilíbrio decorre da ocorrência de caso fortuito e força maior, de modo que não cabe transformar um fato exógeno em uma regra perene que afaste o risco originalmente assumido pela Concessionária quando apresentou a sua proposta econômica e formalizou o contrato de concessão.

No mesmo sentido, não há como se revisar os percentuais previstos para estoque de melhorias no pico do valor dos insumos. Eventual discrepância que porventura seja identificada como reflexo direto da pandemia e da guerra da Ucrânia deverá ser apurada caso a caso, por ocasião da efetiva execução de obras pelo estoque de melhorias. O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro deve sempre ser proposto de forma retrospectiva, ou seja, após a ocorrência do evento desequilibrante. Não há, assim, nem ao menos como se considerar o valor projetado pela concessionária de desequilíbrio prospectivo no valor de R\$266.608.849,34, do ano 2 ao ano 7.

Por tais razões e por considerar que a fórmula proposta pela concessionária não reproduz de forma fidedigna os efeitos do caso fortuito e força maior e tampouco segrega do cálculo a ser realizado os valores correspondentes aos riscos ordinários assumidos pela concessionária, entendemos que não merece acolhimento o pleito da concessionária,

Não se desconhece que alguns contratos de concessão rodoviárias mais recentes (ex. 01/2022 da ANTT) estabelecem mecanismos de compartilhamento de risco de preço de insumo. Tais previsões foram inseridas já no edital de licitação, de modo que o licitante formulou a sua proposta econômica já considerando tal redução do risco. Contudo, com os





elementos que se têm nos autos, entendemos que a fórmula proposta pela concessionária promove alteração substancial na matriz de riscos originalmente contratada.

5.5. Da solicitação de indicação de forma de recomposição prevista no Contrato de Concessão n. 20/2021

No que pertine à sugestão da modalidade através da qual será efetivado o restabelecimento do equilíbrio contratual, elencadas na Subcláusula 20.1.3 a concessionária, ao longo do seu pedido (fls. 39-40), destaca a sua preferência por:

Portanto, diante do atual estágio da execução contratual e da gravidade do desequilíbrio ora demonstrado, as modalidades de recomposição do equilíbrio contratual que melhor atendem às necessidades das partes, bem como ao princípio da eficiência que rege os atos da Administração Pública (art. 37, caput, CR/88), são: *i*) o ressarcimento ou indenização por parte do Poder Concedente; *ii*) a revisão tarifária; ou *iii*) uma eventual combinação entre essas medidas.

Nessa esteira, por ocasião da solicitação de manifestação formal do Poder Concedente (Ofício n. 335/2023 da AGERGS - fl. 02), a AGERGS requereu pronunciamento do Estado quanto à modalidade de alteração contratual a ser utilizada, na eventualidade de deferimento do pleito. Contudo, nos termos do que estabelece a cláusula 20.2.8 do contrato de concessão, tal pronunciamento se dará somente após a decisão do Conselho Superior da Agência, reconhecendo e quantificando o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Sendo assim, a fim de resguardar ao Poder Concedente melhores condições de deliberar quanto aos mecanismos a serem utilizados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, especialmente para avaliar o efetivo impacto pecuniário, entendemos que tal pronunciamento deverá ser postergado para o momento subsequente à decisão da AGERGS, na forma das subcláusulas 20.2.8 e 20.2.9 do contrato de concessão.

VI. CONCLUSÃO

Feitas tais considerações, a partir da análise dos elementos e evidências trazidas no presente expediente, foi possível constatar que a pandemia de COVID-19 e a guerra na





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

Ucrânia caracterizam-se como fatos exógenos, que ensejam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, desde que comprovado o nexo de causalidade com a elevação dos custos da concessionária e a efetiva demonstração de realização da despesa.

Por ocasião da identificação efetiva dos efeitos dos eventos exógenos sobre o contrato de concessão, bem como do dimensionamento do valor do desequilíbrio, deverão ser desconsiderados os riscos ordinários assumidos pela concessionária quando da apresentação da proposta econômica e assinatura do contrato, seguindo metodologia de apuração a ser definida pela AGERGS.

Por todo o exposto, e considerando os elementos que foram submetidos ao exame desta Procuradoria Setorial, entendemos que o pleito da concessionária reúne os elementos necessários ao processamento do reequilíbrio econômico-financeiro, a ser realizado no âmbito da AGERGS, nos termos da cláusula 20 do contrato de concessão.

Conclui-se, ainda, que:

- a) Em virtude da concessão se tratar de serviços de longo prazo, é natural que ocorram variações, que devem ser absorvidos pela Concessionária, nos termos da modelagem e matriz de risco contratual. No entanto, tratando-se de eventos exógenos, cujas circunstâncias são imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, e para os quais o risco foi alocado ao Poder Concedente, merece processamento o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena comprometer o fluxo de caixa da concessionária e própria viabilidade do projeto.
- b) Enquadrando-se a pandemia da COVID-19 como caso fortuito ou força maior que comprovadamente tenha resultado na elevação do preço dos insumos que integram a concessão, caso demonstrado o efetivo impacto na aquisição de tais insumos pela Concessionária, e não sendo tal risco segurável por, no mínimo, duas seguradoras, estará caracterizado evento de responsabilidade do Poder Concedente, nos termos da subcláusula 19.3.4 do contrato de Concessão.
- c) A identificação dos efeitos produzidos no contrato de concessão e o dimensionamento valor do desequilíbrio deverá desconsiderar os riscos ordinários





- assumidos pela concessionária por ocasião da apresentação da proposta econômica e assinatura do contrato, seguindo metodologia de apuração a ser definida pela AGERGS.
- d) A AGERGS poderá se valer de outros elementos para a caracterização do valor desequilibrado como, por exemplo, da variação identificada em tabelas referenciais dos insumos, desconsiderando-se a média histórica de oscilação de preços identificada, nos termos da sugestão da Nota Técnica DCPPP n. 19/2023 e da subcláusula 20.4.2 do contrato de concessão;
 - e) A recomposição do equilíbrio econômico-financeira será apurada pela AGERGS, utilizando-se da metodologia do fluxo de caixa marginal, nos termos das Subcláusulas 20.3.2.3 e 20.4 do Contrato.
 - f) A proposta de reequilíbrio deverá ser aplicada somente nos marcos temporais entre o início e término dos efeitos desses eventos de caso fortuito ou força maior nos preços dos insumos, e, por consequência, nos custos diretos das obras rodoviárias, realizadas neste período, que ainda será objeto de avaliação e determinação.
 - g) Não merece acolhimento o pedido de formalização de termo aditivo, para fins de inclusão de fórmula de recuperação automática do preço dos insumos, haja vista que tal disposição contratual acarretaria modificação das premissas que estabeleceram a alocação de risco originária, suprimindo por completo a responsabilidade da concessionária pela variação ordinária do preço dos insumos.
 - h) Não prospera, igualmente, a tese de que a supressão do IPCA (incluída na fórmula proposta) se prestaria a resguardar os riscos ordinários da Concessionária, já que é cediço que a variação dos insumos não necessariamente acompanha o Índice de Preços do Consumidor Amplo.
 - i) Não merece conhecimento a proposta de alteração dos percentuais de estoque de melhorias no pico do valor dos insumos. Eventual discrepância que porventura seja identificada como reflexo direto da pandemia e da guerra da Ucrânia deverá ser apurada caso a caso, por ocasião da efetiva execução de obras pelo estoque de melhorias.
 - j) O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro deve sempre ser proposto de forma retrospectiva, ou seja, após incorrido o evento de desequilíbrio. Não há, assim, nem





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

ao menos como se considerar o valor projetado pela concessionária de desequilíbrio prospectivo no valor de R\$ 266.608.849,34, do ano 2 ao ano 7.

- k) A fim de resguardar ao Poder Concedente melhores condições de deliberar quanto aos mecanismos a serem utilizados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, especialmente para avaliar o efetivo impacto pecuniário, o pronunciamento deste quanto à modalidade de recomposição a ser empregada deverá ser postergado para o momento subsequente à decisão da AGERGS, na forma das subcláusulas 20.2.8 e 20.2.9 do contrato de concessão.

Sendo assim, encaminhamos o expediente à consideração superior.

Após, remeta-se à AGERGS.

É a análise.

Daniele Fernandez
Analista Jurídica

Juliane da Silva Heman
Assessora Superior

Carlos Eduardo da Silveira
Coordenador de Assessoria Jurídica - SEPAR

Cesar Kasper de Marsillac,
Procurador do Estado – Coordenador Setorial da Secretaria de Parcerias e Concessões

Andrea Flores Vieira,
Procuradora do Estado – Coordenadora Setorial da Secretaria de Logística e Transportes





23040000005503

Nome do documento: NTJ conjunta SEPAR-SELT 03-2023 - Pedido de reequilíbrio.docx

Documento assinado por	Órgão/Grupo/Matrícula	Data
Carlos Eduardo da Silveira	SEPAR / AJ / 4681622	01/12/2023 11:47:52
Juliane da Silva Heman	SEPAR / AJ / 4892640	01/12/2023 11:56:23
Daniele Afonso de Garcia Fernandez	SEPAR / AJ / 4924150	01/12/2023 12:09:13
César Kasper de Marsillac	SEPAR / AJ / 237082401	05/12/2023 10:34:17
Andrea Flores Vieira	SELT / AJUR / 179546501	12/12/2023 15:17:36

