

Mauricio Portugal Ribeiro

**Tratado de
Distribuição de Riscos em
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

2027

RISCO DE FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO

Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse.

Gaio, Digesto, 19, 2, 25, 6.

Viver é muito perigoso.

João Guimarães Rosa, Grande Sertão: Veredas.

20.1. O LUGAR DESTE CAPÍTULO NA ARQUITETURA DO LIVRO E A DELIMITAÇÃO EM FACE DO CAPÍTULO 13

Este capítulo trata da distribuição contratual do risco dos eventos estatisticamente extremos, qualquer que seja sua natureza – climática, sanitária, política, regulatória, geopolítica ou econômica – e da disciplina jurídica que historicamente os categoriza como força maior e caso fortuito. Trata, também, da fronteira – por vezes movediça – entre esses eventos e as figuras correlatas do fato do príncipe, do fato da administração e dos atos do poder público com efeito de força maior. O fio condutor é o mesmo dos demais capítulos: identificar quem controla cada categoria de evento – e, quando ninguém o controla, quem pode mitigá-lo a menor custo ou diluir seus efeitos pela via securitária – para então fixar a alocação que minimize o custo total do contrato para a sociedade.

É preciso desde logo demarcar a fronteira deste capítulo em face do Capítulo 13, que trata da distribuição de riscos sobre eventos climáticos extremos. A distinção foi tomada como decisão editorial estrutural e merece ser explicitada para o leitor. O Capítulo 13 trata dos eventos climáticos como categoria autônoma, com foco na fronteira – hoje móvel pela mudança climática – entre o ordinário e o extraordinário no domínio climático, na obrigação contratual de adaptação, nos indicadores de desempenho de resiliência, nos mecanismos

paramétricos de compartilhamento e nos seguros climáticos. Este Capítulo 20 trata da categoria geral dos eventos estatisticamente extremos, qualquer que seja a sua natureza, sob o ângulo da tipologia, do regime jurídico, das ferramentas contratuais de resposta (cláusulas de força maior, cláusulas de *hardship*, MAC clauses) e dos modelos internacionais aplicáveis.

Há, portanto, sobreposição parcial e deliberada: os eventos climáticos extremos não absorvíveis pela resiliência exigida do concessionário – aqueles que, no léxico do Capítulo 13, situam-se acima da banda de eventos ordinários a partir do marco temporal da apresentação da proposta – são, ao mesmo tempo, eventos climáticos (Capítulo 13) e força maior (este capítulo). Para o leitor, isso significa que o regime jurídico e a tipologia geral estão aqui; a discussão sobre adaptação, resiliência e o desenho da banda do ordinário no domínio climático está no Capítulo 13. Esta divisão de trabalho é repetida nas remissões cruzadas das seções 20.2.1 e 20.12.

A reorganização do capítulo decorre, também, de uma observação acumulada ao longo dos anos: a categoria de força maior, talvez por sua aparência de generalidade e pela longa tradição doutrinária que a acompanha, é fonte frequente de confusões. Ela é confundida com o fato do príncipe, com o fato da administração, com o fato externo, com a onerosidade excessiva, com o *hardship*, com a impossibilidade, com a teoria da imprevisão. Cada uma dessas figuras tem requisitos, função e efeitos próprios. Tratá-las com rigor é condição para que o sistema brasileiro de distribuição de riscos opere como sistema – e não como um conjunto de cláusulas dispersas cujo significado é definido caso a caso pela conveniência das partes ou pela inspiração do julgador.

O capítulo segue, portanto, a seguinte ordem. A seção 20.2 apresenta a tipologia dos eventos extraordinários, organizada por natureza. A seção 20.3 distingue, com rigor técnico, as categorias jurídicas brasileiras correlatas: força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração, teoria das áleas. A seção 20.4 examina os requisitos clássicos da força maior e os filtros que a prática internacional contemporânea sobre eles introduziu. A seção 20.5 distingue, à luz dos modelos internacionais, a cláusula de força maior da cláusula de *hardship* – distinção essencial para entender como o regime brasileiro de reequilíbrio funciona, comparado ao de outros países. A seção 20.6 examina as cláusulas de MAC (Material Adverse Change) e seu lugar no ambiente contratual brasileiro. A seção 20.7 reconstitui a alocação legal de força maior no direito brasileiro. A seção 20.8 examina como os contratos brasileiros têm tratado a matéria e a 20.9 identifica os padrões e define a direção para o aperfeiçoamento. A 20.10 trata do critério da segurabilidade como instrumento para alocação de riscos. A 20.11 foca nos modelos internacionais para compará-los e extrair deles o que é possível transpor para o Brasil. A seção 20.12 expõe os princípios e os elementos que uma cláusula contratual adequada deve conter.

20.2. TIPOLOGIA DOS EVENTOS EXTRAORDINÁRIOS

A literatura brasileira sobre contratos administrativos – fiel à tradição francesa que historicamente a alimentou – costuma tratar a força maior e o caso fortuito como categorias unitárias, distinguindo-as apenas, e nem sempre, pelo critério de origem do evento (externa, no caso da força maior; interna ou ligada à atividade do contratado, no caso do fortuito¹). Essa abordagem, embora funcional para o objetivo restrito da exoneração do devedor no direito privado, é insuficiente para a economia da decisão contratual em projetos de infraestrutura, em que a alocação eficiente do risco depende de uma classificação mais granular do evento – tanto pela natureza dos mecanismos de mitigação disponíveis quanto pelas particularidades da diluição securitária e do regime jurídico aplicável.

Para os fins deste capítulo, agrupo os eventos extraordinários em cinco famílias, organizadas pela sua natureza: (i) eventos naturais e climáticos extremos; (ii) eventos sanitários; (iii) eventos políticos e geopolíticos; (iv) eventos regulatórios e atos do poder público com efeito de força maior; (v) eventos econômicos sistêmicos. A separação não é apenas didática: para cada família varia o regime jurídico aplicável no direito brasileiro, a disponibilidade e o custo de seguros no mercado, a possibilidade de mitigação pelo concessionário e a estrutura recomendada da cláusula contratual.

Há eventos que ocupam, simultaneamente, mais de uma família – uma pandemia, por exemplo, é evento sanitário em sua origem física e regulatório nos atos de restrição editados em resposta a ela; uma seca prolongada é evento climático e, eventualmente, econômico-sistêmico se desencadeia crise energética. A taxonomia, por isso, é cartografia funcional, não classificação rígida. Sua utilidade está em alertar o redator e o intérprete do contrato para os diferentes tipos de mecanismos de mitigação, de seguro e de regime jurídico que cada natureza chama à colação.

20.2.1. Eventos naturais e climáticos extremos

Esta família reúne os eventos físico-naturais – terremotos, tsunamis, erupções vulcânicas, deslizamentos massivos – e os eventos climáticos extremos – chuvas intensas, secas severas, ondas de calor, vendavais, ciclones, enchentes. Os primeiros são tradicionalmente tratados como caso fortuito ou força maior em sentido estrito; os segundos demandam, hoje, uma elaboração própria, dada a frequência crescente que adquirem em razão da mudança climática.

1. Sobre essa distinção, cf., entre outros: GOMES, Orlando. Obrigações. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 156 e ss.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. II. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Sobre a posição francesa que historicamente influenciou a brasileira, cf. CARBONNIER, Jean. Droit civil: les obligations. Paris: PUF, 2004, n. 144. A distinção, embora analítica, tem escassa relevância prática para a alocação de risco em contratos administrativos.

Tratei detidamente, no Capítulo 13, da fronteira entre o evento climático ordinário – aquele que a infraestrutura deve absorver pelo seu próprio desenho e pelos indicadores de desempenho de resiliência exigidos do concessionário – e o evento climático extraordinário, que ultrapassa qualquer parâmetro razoável de engenharia ou os próprios padrões contratuais de resiliência. É este segundo grupo que se enquadra na categoria deste Capítulo 20. A enchente do Rio Grande do Sul em maio de 2024² é exemplo paradigmático: nenhum desenho de drenagem de rodovia ou de sistema de saneamento dimensionado conforme as séries históricas disponíveis podia razoavelmente ter sido projetado para a magnitude do evento – que combinou volume de chuva inédito em ampla região, com a saturação de bacias hidrográficas e o colapso simultâneo de sistemas urbanos.

Os eventos puramente físico-naturais – terremotos, tsunamis – são raros no Brasil, mas relevantes em projetos transnacionais nos quais empresas brasileiras eventualmente atuam (concessões em Chile, Peru, México, países de tradicional atividade sísmica). Para esses casos, as cláusulas de força maior internacionais – tratadas na seção 20.11 – fornecem material consolidado de redação.

Particularidade desta família, do ponto de vista dos mecanismos de mitigação: alguns desses eventos são parcial e crescentemente seguráveis – seguros paramétricos baseados em índices climáticos têm avançado no Brasil³, embora ainda em volumes pequenos para o porte das infraestruturas envolvidas. A discussão sobre se a existência de seguro deve influenciar a alocação do risco é desenvolvida na seção 20.10.

20.2.2. Eventos sanitários

Esta família reúne pandemias, epidemias e endemias de notificação compulsória, com impactos sobre o objeto contratado – seja diretamente, na execução da obra ou do serviço, seja indiretamente, pelos atos regulatórios editados em resposta ao evento sanitário. A pandemia de COVID-19, deflagrada no início de 2020 e que se estendeu, em ondas sucessivas, até meados de 2022, é o caso paradigmático e a referência para a análise contemporânea da matéria.

2. A enchente do Rio Grande do Sul em maio de 2024 atingiu mais de 470 municípios, deslocou cerca de 600 mil pessoas e gerou impactos econômicos estimados em mais de R\$ 100 bilhões. As séries hidrológicas anteriores não continham eventos de magnitude semelhante. Sobre os impactos sobre a infraestrutura, cf. BANCO MUNDIAL. Avaliação rápida de impacto das enchentes no Rio Grande do Sul. Brasília, 2024.
3. Sobre o avanço de seguros paramétricos no Brasil, com aplicação a infraestruturas e ao setor agropecuário, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal; DABUS, Andre. Infraestruturas, seguros e eventos climáticos extremos. Folha de S.Paulo, 8 maio 2025. O tema é desenvolvido em maior profundidade no Capítulo 13 e no novo Capítulo 25 deste livro.

O ponto que mais merece destaque, do ponto de vista da economia da decisão contratual, é a distinção entre o evento sanitário em si – a circulação do agente infeccioso, com impactos sobre a saúde dos trabalhadores, sobre a continuidade da atividade, sobre as cadeias de suprimento – e os atos do poder público editados em resposta ao evento – restrições de circulação, fechamento de fronteiras, suspensão de atividades, requisições administrativas. Os dois grupos têm tratamento jurídico distinto, embora frequentemente sejam mencionados em conjunto: o primeiro é caso fortuito ou força maior em sentido estrito; o segundo é fato do príncipe ou fato da administração, a depender da relação entre o ato e o contrato. Volto a essa distinção na seção 20.3, e desenvolvo a análise da pandemia, no excurso da seção 20.8.3, em que estão consolidados os erros interpretativos cometidos no Brasil durante o evento.

Particularidade desta família: a pandemia evidenciou que, em eventos sanitários globais e prolongados, as cadeias econômicas e logísticas mundiais se rompem simultaneamente, gerando efeitos secundários de magnitude eventualmente superior aos efeitos primários sobre a saúde. Sobrecustos com insumos importados, indisponibilidade de equipamentos, ruptura de cadeias de suprimento, paralisação de obras por restrições à mobilidade – tudo isso compõe o impacto econômico do evento e, em regime de alocação eficiente, é absorvido pelo poder concedente.

20.2.3. Eventos políticos e geopolíticos

Esta família reúne guerras, atos de terrorismo, sanções internacionais, embargos, revoluções, distúrbios civis, atos de poder público estrangeiro com efeito sobre o contrato, greves gerais não setoriais. Compartilham a característica de serem eventos externos, em regra incontrolláveis pelas partes do contrato, com efeitos potencialmente disruptivos sobre a execução.

Há subdivisão útil entre eventos políticos endógenos – aqueles que ocorrem no território brasileiro – e eventos políticos exógenos – aqueles que se originam fora do Brasil mas afetam o contrato. Os primeiros, salvo guerra ou subversão grave da ordem, são raros no contexto brasileiro contemporâneo. Os segundos, ao contrário, têm-se tornado mais frequentes e relevantes para infraestruturas que dependem de cadeias internacionais de suprimento ou de financiamento externo: a guerra na Ucrânia, iniciada em fevereiro de 2022, gerou ruptura nos preços e na disponibilidade de fertilizantes e de aço – impactando, no Brasil, contratos de saneamento, logística e construção rodoviária. As sanções econômicas a Rússia e a outros países, bem como os atos de paralisação portuária por crises geopolíticas no Mar Vermelho a partir de 2024, são exemplos adicionais.

Greves merecem nota específica e exigem distinção cuidadosa. Greves setoriais e setor-limitadas – greve de uma categoria específica de trabalhadores,

com abrangência circunscrita – são, em regra, risco do concessionário, na medida em que ele dispõe de instrumentos negociais e operacionais para mitigá-las e na medida em que tais greves são eventos previsíveis no curso ordinário do contrato. Greves gerais nacionais – por exemplo, a paralisação dos caminhoneiros ocorrida entre 21 e 30 de maio de 2018, que durou dez dias, exigiu o decreto de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), provocou intervenção do Exército e da Polícia Rodoviária Federal para desbloqueio das estradas, gerou liminar do Ministro Alexandre de Moraes no STF determinando a desobstrução com multas diárias às entidades grevistas⁴, e produziu prejuízos econômicos estimados em mais de R\$ 30 bilhões⁵ – podem ultrapassar o limiar do extraordinário e ser tratadas como força maior.

A jurisprudência brasileira sobre a qualificação da greve dos caminhoneiros de 2018, contudo, é divergente, o que ilustra com clareza a dificuldade da fronteira concreta. Há decisões da Justiça Federal e dos tribunais estaduais que reconheceram o evento como caso fortuito ou força maior, afastando multas e penalidades contratuais⁶; há, por outro lado, decisões em sentido oposto, que sustentaram tratar-se de “fortuito interno” ou de evento previsível, inerente ao risco da atividade empresarial, sem força para excluir a responsabilidade contratual⁷. O Tribunal de

4. STF, Petição 7.798/DF, decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, 25.05.2018, que, em sede liminar, autorizou o uso das forças de segurança pública para desbloqueio das rodovias e fixou multa de R\$ 100 mil por hora às entidades que mantivessem interdições e de R\$ 10 mil por dia aos motoristas que não liberassem as estradas. Foi ainda decretada Garantia da Lei e da Ordem (GLO) pelo Decreto Presidencial nº 9.382/2018, com mobilização do Exército Brasileiro. A combinação desses elementos – decreto de GLO, intervenção federal armada, liminar do STF impondo multa diária, duração de dez dias com bloqueio simultâneo de centenas de pontos nas rodovias federais – conferiu ao evento natureza claramente excepcional, ainda que, como se vê adiante, a qualificação jurídica do mesmo evento para fins de exoneração da responsabilidade contratual seja controversa na jurisprudência cível.
5. Estimativas de impacto sobre o PIB variam entre R\$ 15 bilhões e R\$ 32,5 bilhões, conforme a metodologia. Cf., entre outras estimativas, a do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), que estimou em R\$ 4,7 bilhões a perda de arrecadação tributária, e a projeção de mercado refletida na revisão para baixo da expectativa de crescimento do PIB no ano de 2018, de 2,18% para 1,94%.
6. Há, na jurisprudência brasileira, reconhecimento da greve dos caminhoneiros de 2018 como caso fortuito ou força maior para fins de afastamento de multa contratual. Em decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em ação envolvendo contrato administrativo de transporte de carga, foi reconhecido que “as intercorrências das viagens não realizadas em razão da greve nacional dos caminhoneiros são justificadas pela força maior”, ainda que a corte tenha ressalvado que a força maior “não isenta a empresa de suportar os custos fixos do contrato”, por se tratar de risco inerente à atividade empresarial. Em outra decisão da mesma corte, em ação contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), discutiu-se a aplicação do art. 393 do Código Civil para afastar multa por descumprimento contratual em razão da greve. No âmbito de contratos privados, há decisões reconhecendo o caráter fortuito do evento para excluir o dever de devolver veículo objeto de busca e apreensão no prazo legal, e para afastar multas decorrentes do art. 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911/1969.
7. Em sentido oposto, há decisões que negam à greve dos caminhoneiros a qualificação de força maior, ao fundamento de que se trataria de fato previsível – e, portanto, de fortuito interno ou de risco inerente à atividade empresarial. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação de cobrança de sobreestadia de contêineres (demurrage), afirmou expressamente que “a

Justiça de São Paulo, em julgamento sobre cobrança de sobreestadia (demurrage) decorrente do mesmo evento, foi expresso ao afirmar que “a caracterização de caso fortuito ou do motivo de força maior tem como pressuposto a imprevisibilidade ou a inevitabilidade do evento” e que “a ocorrência de greve incluindo a dos caminhoneiros é fato previsível”⁸. O contraste de soluções para um mesmo evento histórico revela uma verdade desconfortável: a fronteira entre o ordinário e o extraordinário, em matéria de greves, é eminentemente casuística quando o contrato é omissivo – e não resiste sem cláusulas que disciplinem objetivamente o tema.

Para o redator de contratos administrativos, a recomendação é clara: cláusulas contratuais bem-feitas devem fixar critérios objetivos – duração mínima, abrangência setorial e geográfica, impacto sobre a continuidade do serviço para a qualificação da greve como força maior. Sem isso, a alocação do risco fica entregue à interpretação caso a caso pelos juízes e árbitros, com a litigiosidade e a imprevisibilidade que isso acarreta. Volto à redação contratual recomendada no Subcapítulo 20.12.

Particularidade desta família, do ponto de vista securitário: seguros patrimoniais usualmente excluem coberturas para guerra, terrorismo e distúrbios civis – embora seguros específicos (terrorism insurance, political risk insurance) sejam comercializáveis em mercados internacionais especializados, com prêmios elevados. Para o ambiente brasileiro, em que esses eventos são em regra remotos, faz sentido alocá-los integralmente ao poder concedente, sem exigência de seguro, salvo em projetos de muito grande porte com financiamento internacional, em que o mercado financeiro tipicamente exige political risk insurance (tema do Capítulo 21).

20.2.4. Eventos regulatórios e atos do poder público com efeito de força maior

Esta família, conceitualmente delicada, reúne atos do poder público – em sentido amplo, abrangendo o poder concedente, mas também outros entes da Administração e o Poder Judiciário – cujo efeito sobre o contrato é equivalente ao de uma força maior em sentido estrito, sem que, contudo, constituam, em rigor técnico, força maior nem caso fortuito.

caracterização de caso fortuito ou do motivo de força maior tem como pressuposto a imprevisibilidade ou a inevitabilidade do evento” e que “a ocorrência de greve incluindo a dos caminhoneiros é fato previsível”, mantendo a sentença que rejeitou a tese de força maior.

8. TJSP, Apelação Cível em ação de cobrança envolvendo sobreestadia de contêineres em razão da greve dos caminhoneiros de maio de 2018. A divergência jurisprudencial entre tribunais cíveis e tribunais federais sobre o mesmo evento histórico ilustra a importância de redação contratual específica para a qualificação dos eventos de greve – conforme detalhado na seção 20.9.

Dois exemplos práticos esclarecem o tipo. O primeiro: decisão judicial – por exemplo, de tribunal de justiça estadual ou de tribunal regional federal – que suspende, em ação civil pública, obra de concessão por alegada irregularidade no licenciamento ambiental. O segundo: ordem administrativa do órgão de licenciamento federal ou estadual que paralisa o cronograma de obras em razão de exigências supervenientes derivadas da Convenção 169 da OIT e do processo de consulta livre, prévia e informada (CLPI) a populações indígenas ou comunidades tradicionais⁹. Em ambos os casos, o concessionário não tem como evitar o ato e, na maioria das vezes, tampouco contribuiu para que ele fosse editado. O efeito é o de paralisar, total ou parcialmente, a execução contratual.

Esses atos podem ser tecnicamente enquadrados em duas categorias distintas, com consequências jurídicas próximas. Quando praticados pelo poder concedente ou pela administração direta com ele relacionada, podem configurar fato da administração ou fato do príncipe, conforme detalhado na seção 20.3. Quando praticados por outro ente – Poder Judiciário, agência reguladora autônoma, órgão de licenciamento estadual em concessão federal, órgão de outro nível federativo – é mais adequado tratá-los como atos do poder público com efeito de força maior: eventos externos ao concessionário, imprevisíveis ou incontrolláveis no momento da proposta, que paralisam ou oneram a execução contratual. Em ambos os casos, a alocação econômica do risco recai sobre o poder concedente.

Há, contudo, uma fronteira sensível: se o ato decorre de descumprimento, pelo concessionário, de obrigação contratual ou regulatória – por exemplo, paralisação de obra por irregularidade na execução do PBA – Projeto Básico Ambiental que o concessionário deveria ter executado – a alocação se inverte e o impacto recai sobre o concessionário, por se tratar de risco controlado por ele e por se enquadrar na lógica do descumprimento contratual. A redação da cláusula contratual deve ser cuidadosa para distinguir os casos. Volto a essa fronteira na seção 20.12.

Particularidade desta família: o tema da Convenção 169 da OIT/CLPI, embora tratado sistematicamente nos Capítulos 12 e 14, tem rebatimento direto nesta família de eventos extraordinários do Capítulo 20, na medida em que paralisações de projeto por exigências de CLPI vêm-se tornando crescentes no Brasil (Ferrogrão, Belo Sun, BR-319) e demandam tratamento contratual específico. A premissa de que o concessionário não responde por atos de outro

9. A Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 143/2002 e promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (substituído pelo Decreto 10.088/2019), impõe ao Estado brasileiro o dever de consulta livre, prévia e informada (CLPI) a populações indígenas e comunidades tradicionais sempre que medidas legislativas ou administrativas possam afetá-las diretamente. O impacto sobre projetos de infraestrutura é tratado nos Capítulos 12 (ambiental) e 14 (social) deste livro. Para os fins do Capítulo 20, importa que paralisações decorrentes de exigências de CLPI são, em regra, atos do poder público com efeito de força maior do ponto de vista do concessionário.

nível federativo ou de outro órgão estatal – em particular, atos judiciais ou de licenciamento alheio ao poder concedente – é base para que esses eventos sejam tratados, do ponto de vista da economia contratual, como força maior.

20.2.5. Eventos econômicos sistêmicos

A última família reúne os eventos econômicos de magnitude sistêmica: crises financeiras globais (Tequila, Asiática, 2008), hiperinflação, choques agudos de preços de commodities-chave para o contrato, ruptura cambial súbita e severa, sanções financeiras internacionais com efeitos amplos. Compartilham a característica de não decorrerem de decisão de qualquer agente individual e de ter efeitos disseminados sobre toda a economia – e, por consequência, sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Esta família é a mais delicada do ponto de vista da fronteira com a álea econômica ordinária – aquela que cabe ao concessionário absorver. A oscilação cambial é exemplo clássico: variações ordinárias do real frente a moedas estrangeiras são, em regra, risco do concessionário; variações abruptas e extraordinárias podem ultrapassar o limiar do ordinário e ensejar reequilíbrio. A mesma lógica vale para inflação, taxa de juros, preços de commodities. Para infraestruturas com componente cambial significativo, há tratamento específico de hedge e de cláusulas indexadoras, com tratamento autônomo no Capítulo 23¹⁰ deste livro.

A linha entre o ordinário e o extraordinário é, nesta família, particularmente difícil de fixar a priori. O direito brasileiro – e, como veremos, a maioria dos sistemas comparados – resolve a questão por meio de cláusulas de *hardship* (na nomenclatura internacional) ou de cláusulas de reequilíbrio por evento imprevisível de impacto extraordinário (na nomenclatura brasileira). Para o redator do contrato, a recomendação é: (i) listar exemplos do que se considera ordinário (variação cambial dentro de uma banda específica, inflação dentro do intervalo histórico etc.); (ii) prever mecanismos de reequilíbrio para eventos que ultrapassem o limiar.

Particularidade desta família, do ponto de vista securitário: seguros tradicionais não cobrem perdas decorrentes de eventos econômicos sistêmicos. Mecanismos alternativos – hedges cambiais, contratos derivativos, política tarifária com indexação inteligente, mecanismos de garantia do tipo PRG e PCG do Banco Mundial – são utilizados, com diferentes graus de eficácia. Esses instrumentos são tratados no Capítulo 21 (financiamento) e no novo Capítulo 25 (seguros e garantias), e merecem dialogar com a alocação geral de risco deste Capítulo 20 por meio das remissões da seção 20.12.

10. Sobre o risco cambial – sua definição, sua alocação e seus mecanismos de mitigação – vide o Capítulo 23 deste livro, que trata especificamente do tema.

Tabela 20.1 – Tipologia dos eventos extraordinários por natureza e tratamento contratual recomendado

Família (natureza)	Regime jurídico no direito brasileiro	Disponibilidade de seguro	Mitigação pelo concessionário	Alocação do risco e cláusula recomendada
(i) Eventos naturais e climáticos extremos – terremotos, tsunamis, erupções, deslizamentos; chuvas intensas, secas severas, vendavais, ciclones, enchentes. Ex.: enchente do Rio Grande do Sul (maio/2024).	Caso fortuito ou força maior em sentido estrito, quanto aos eventos físico-naturais. Quanto aos climáticos, só configura evento extraordinário o que ultrapassa o parâmetro razoável de engenharia e os padrões contratuais de resiliência (fronteira do Cap. 13).	Parcial e crescentemente segurável; seguros paramétricos por índices climáticos em expansão no Brasil, ainda em volumes pequenos para o porte das infraestruturas.	Limitada quanto ao evento extraordinário; o desenho do projeto e os indicadores de resiliência absorvem apenas o evento climático ordinário.	Impacto econômico integralmente transferido ao poder concedente, sem prejuízo de eventual cobertura securitária. Em projetos transnacionais sísmicos, recurso às cláusulas internacionais de força maior (seção 20.10).
(ii) Eventos sanitários – pandemias, epidemias e endemias de notificação compulsória. Ex.: COVID-19 (2020–2022).	Distinguir o evento sanitário em si – caso fortuito ou força maior em sentido estrito – dos atos do poder público editados em resposta, que configuram fato do príncipe ou fato da administração, conforme a relação entre o ato e o contrato (seção 20.3).	Seguros patrimoniais tradicionais em regra não respondem pelos efeitos sistêmicos de eventos sanitários globais (ruptura de cadeias de suprimento, sobrecustos de insu- mos).	Limitada; o concessionário não controla a circulação do agente infeccioso nem os atos restritivos editados em resposta ao evento.	Impacto econômico – inclusive sobrecustos de insumos, indisponibilidade de equipamentos e paralisações por restrições à mobilidade – absorvido pelo poder concedente; os atos restritivos seguem o regime de fato do príncipe ou da administração.

Família (natureza)	Regime jurídico no direito brasileiro	Disponibilidade de seguro	Mitigação pelo concessionário	Alocação do risco e cláusula recomendada
(iii) Eventos políticos e geopolíticos – guerras, terrorismo, sanções, embargos, revoluções, distúrbios civis, atos de poder público estrangeiro, greves gerais não setoriais. Ex.: guerra na Ucrânia (2022); greve dos caminhoneiros (2018).	Eventos externos, em regra incontroláveis. Greves setoriais e circunstâncias: risco do concessionário (previsíveis e mitigáveis). Greves gerais nacionais: podem ultrapassar o limiar do extraordinário e configurar força maior – qualificação casuística e jurisprudência divergente quando o contrato é omissivo.	Seguros patrimoniais usualmente excluem guerra, terrorismo e distúrbios civis. Coberturas específicas (political risk insurance, terrorism insurance) disponíveis em mercados internacionais especializados, com prêmios elevados.	Greves setoriais mitigáveis por instrumentos negociais e operacionais; greves gerais e demais eventos geopolíticos, não.	Alocação ao poder concedente, sem exigência de seguro no ambiente brasileiro – salvo projetos de grande porte com financiamento internacional, em que se exige political risk insurance (Cap. 21). Para greves, fixar na cláusula critérios objetivos de duração, abrangência setorial/geográfica e impacto (seção 20.9).
(iv) Eventos regulatórios e atos do poder público com efeito de força maior – atos do poder concedente, de outros entes da Administração ou do Poder Judiciário. Ex.: suspensão judicial de obra em ação civil pública; paralisação por exigências de CLPI/Convenção 169 da OIT (Ferrogrão, Belo Sun, BR-319).	Quando praticados pelo poder concedente ou pela administração a ele relacionada: fato da administração ou fato do príncipe (seção 20.3). Quando praticados por outro ente (Judiciário, agência autônoma, outro nível federativo): atos do poder público com efeito de força maior. Inverte-se a alocação se o ato decorre de descumprimento do concessionário (p. ex., irregularidade no PBA).	Risco em regra não transferível ao mercado segurador; o tratamento se dá por desenho contratual e regulatório, não por seguro.	O concessionário em regra não pode evitar o ato; mitigação inexistente, salvo quando o ato decorre de seu próprio descumprimento contratual ou regulatório.	Alocação econômica ao poder concedente, salvo quando o ato resulta de descumprimento do concessionário. A cláusula deve distinguir objetivamente as hipóteses (seção 20.9).

Família (natureza)	Regime jurídico no direito brasileiro	Disponibilidade de seguro	Mitigação pelo concessionário	Alocação do risco e cláusula recomendada
(v) Eventos econômicos sistêmicos – crises financeiras globais (Tequila, Asiática, 2008), hiperinflação, choques de preços de commodities-chave, ruptura cambial súbita e severa, sanções financeiras amplas.	Frenteira sensível com a área econômica ordinária (risco do concessionário). Variações ordinárias de câmbio, inflação, juros e commodities: risco do concessionário; variações abruptas e extraordinárias ensejam reequilíbrio. Tratamento por cláusulas de hardship ou de reequilíbrio por evento imprevisível de impacto extraordinário.	Seguros tradicionais não cobrem perdas decorrentes de eventos econômicos sistêmicos. Mecanismos alternativos: hedges cambiais, derivativos, indexação tarifária e garantias do tipo PRG e PCG do Banco Mundial (Caps. 21 e 25).	Por instrumentos financeiros (hedge, derivativos) e por política tarifária com indexação; eficácia variável.	Listar exemplos de área ordinária (bandas de câmbio e de inflação) e prever reequilíbrio para o que ultrapasse o limiar – cláusula MAC (seção 20.6), cláusula de hardship explícita ou remissão à legislação de reequilíbrio.

Nota: a tipologia é cartografia funcional, não classificação rígida. Eventos podem ocupar simultaneamente mais de uma família (p. ex.: pandemia tem dimensão sanitária e regulatória; seca prolongada tem dimensão climática e econômico-sistêmica). Sua utilidade está em alertar o redator e o intérprete do contrato para os diferentes mecanismos de mitigação, de seguro e de regime jurídico aplicáveis a cada natureza.

20.3. A FRONTEIRA CONCEITUAL: FORÇA MAIOR, CASO FORTUITO, FATO DO PRÍNCIPE, FATO DA ADMINISTRAÇÃO E A TEORIA DAS ÁLEAS

As categorias jurídicas brasileiras herdadas da tradição francesa do direito administrativo – caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da administração, teoria das áleas – são utilizadas com tal frequência, e com tantas variações de sentido, que se tornaram fonte recorrente de imprecisão. A imprecisão é mais grave do que parece à primeira vista: a alocação eficiente de risco depende da identificação correta da categoria, porque a cada uma delas correspondem requisitos, efeitos jurídicos e – consequentemente – consequências econômicas distintas. Esta seção sistematiza as categorias, com o cuidado de distingui-las com rigor.

20.3.1. Caso fortuito e força maior

No direito brasileiro, caso fortuito e força maior são tratados, em regra, em conjunto – tanto pelo Código Civil, no parágrafo único do art. 393, quanto pela legislação administrativa, que os menciona lado a lado no art. 124, II, alínea “d”, da Lei 14.133/21, no art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, no art. 5º, III, da Lei de PPP e no art. 38 do Decreto-Lei 2.300/86, hoje revogado. Embora a doutrina há muito proponha distinções analíticas entre os dois – seja pelo critério de origem do evento (externa, para força maior; ligada à atividade, para caso fortuito), seja pelo critério da inevitabilidade absoluta versus relativa – essas distinções têm escassa relevância prática para a distribuição de riscos em contratos administrativos, na medida em que os efeitos jurídicos atribuídos a ambas as figuras são, no fundo, idênticos.

O critério que importa, para a economia do contrato, é o de que ambas as figuras designam eventos imprevisíveis e inevitáveis – ou, na linguagem do art. 393, parágrafo único, do Código Civil, “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Para os fins deste capítulo, tratarei força maior e caso fortuito como categoria única, distinguindo-os apenas quando a distinção for relevante.

É importante notar que essas categorias, na sua origem civilista, operam como hipóteses de exclusão da responsabilidade do devedor: o devedor não responde pelos prejuízos resultantes desses eventos, salvo se expressamente se houver responsabilizado por eles (art. 393, caput, do Código Civil). No regime do direito administrativo brasileiro, contudo, essas categorias têm função econômica adicional: ensejam reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado da administração pública. A explicação para essa

migração funcional, do direito privado ao direito público, está na natureza do contrato administrativo – cuja preservação ao longo de décadas, e do interesse público nele incorporado, justifica a transferência do risco ao ente público, na hipótese de eventos extraordinários, em vez do simples reconhecimento da impossibilidade.

20.3.2. Fato do príncipe

Fato do príncipe – terminologia que sobrevive como herança do direito francês, em que se chamou “fait du prince” – designa ato geral do poder público, não diretamente relacionado ao contrato administrativo, que indiretamente o onera ou inviabiliza. O exemplo clássico, repetido na doutrina¹¹, é o de uma alteração tributária geral – por exemplo, criação de um novo tributo ou majoração de alíquota – que, embora não dirigida ao contrato, sobre ele incide e altera o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Três requisitos cumulativos caracterizam o fato do príncipe. Primeiro, deve ser ato do poder público – do mesmo ente federativo da administração contratante, segundo a doutrina tradicional, ou de qualquer ente, segundo a doutrina mais contemporânea, que admite o fato do príncipe ainda quando o ato emana de ente federativo diverso. A controvérsia tem relevância prática menor diante da Lei 14.133/21, cujo art. 124, II, “d”, refere-se a fato do príncipe sem qualificação. Segundo, deve ser ato geral – não dirigido ao contrato específico, e sim à coletividade ou a uma classe ampla de sujeitos. Terceiro, deve produzir, sobre o contrato, um impacto econômico imprevisível e extraordinário – o que, ressalte-se, é requisito comum a todas as figuras desta seção.

A distinção entre fato do príncipe e força maior, no contexto de contratos administrativos, é importante por uma razão: o fato do príncipe é ato humano e voluntário do poder público, ao passo que a força maior é evento alheio à vontade das partes. Essa distinção, porém, tem mais relevância para o tratamento de eventuais ações de regresso entre entes públicos do que para a alocação do risco no contrato – em ambos os casos, o impacto econômico recai sobre o poder concedente. Para o redator de contratos administrativos, a recomendação é tratar as duas figuras de forma análoga na cláusula de

11. Sobre o fato do príncipe na doutrina brasileira clássica, cf., entre outros: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 38. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2025; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. A doutrina brasileira reproduziu, com escassa originalidade, a elaboração francesa sobre o tema – cf. PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: Pedone, 1945.

distribuição de risco, sem prejuízo das eventuais peculiaridades de regime que cada uma possa ter no plano da responsabilidade civil do Estado.

20.3.3. Fato da administração: por que ele não é evento extraordinário, mas descumprimento

Há, na doutrina brasileira tradicional, uma figura denominada fato da administração – por vezes apresentada como categoria autônoma, ao lado da força maior, do caso fortuito e do fato do príncipe. Designaria, segundo a definição usualmente repetida, ato ou omissão da administração contratante – e não de outro ente público – que impede ou retarda a execução do contrato. Exemplos clássicos: a desapropriação não realizada que impede a entrada do concessionário na faixa de domínio, a ordem de paralisação de obra dada pela própria administração contratante, a não disponibilização tempestiva de informações ou de áreas operacionais necessárias à execução.

A inclusão do fato da administração na enumeração das figuras geradoras de reequilíbrio – ao lado da força maior, do caso fortuito e do fato do príncipe – obscurece, contudo, uma distinção essencial: o fato da administração é, na essência, descumprimento contratual da administração contratante. Não há aí evento extraordinário, imprevisível, externo às partes ou inevitável. Há, simplesmente, ato ou omissão da parte que tinha o dever de agir – e que, por força do princípio geral de responsabilidade contratual (art. 389 do Código Civil), responde pelos prejuízos causados à outra parte.

Tratei dessa distinção nos Capítulos 3 e 7 deste livro, e a retomo aqui pela importância prática que tem. Para o redator de contratos, é recomendável dispensar a categoria de “fato da administração” – ou, ao menos, esclarecer que ela se enquadra no regime do descumprimento contratual, com as consequências próprias dele (responsabilidade por perdas e danos, dever de mitigação, atualização monetária, remuneração pelo valor do dinheiro no tempo conforme a taxa de rentabilidade do projeto). Misturá-la, na cláusula de distribuição de risco, com as figuras de força maior e caso fortuito, é semear confusão: o regime probatório, o ônus da parte que invoca, o limiar de gravidade, todos são distintos entre o descumprimento e o evento extraordinário.

Reconheço que a Lei 14.133/21, no art. 124, II, “d”, optou por mencionar apenas força maior, caso fortuito e fato do príncipe, sem incluir o fato da administração no rol – decisão legislativa que reputo correta. A Lei de PPP, contudo, em seu art. 5º, III, mantém a menção ao fato da administração. Em qualquer caso, a alocação do risco do descumprimento da administração à própria administração não depende de cláusula contratual nem da menção legal específica – decorre do regime geral de responsabilidade contratual, aplicável também aos contratos administrativos.

20.3.4. Atos do poder público com efeito de força maior: a categoria autônoma necessária

Identifico, em seguida, uma categoria que merece tratamento autônomo na prática contratual contemporânea: a dos atos do poder público com efeito de força maior. Ela compreende atos editados por entes públicos – outros que não o poder concedente – ou por órgãos do Poder Judiciário, cujo efeito sobre o contrato é equivalente ao da força maior em sentido estrito, mas que não se enquadram nem no fato do príncipe (porque não têm os requisitos clássicos da figura), nem no fato da administração (porque não emanam da administração contratante).

Os exemplos relevantes na prática brasileira contemporânea são, em primeiro lugar, decisões judiciais que paralisam projetos – seja por ação civil pública, seja por mandado de segurança, seja por outros instrumentos. A casuística recente é vasta: a suspensão de licenciamentos ambientais por decisões judiciais em projetos como Belo Sun, BR-319, Margem Equatorial; a suspensão de obras de concessão por discussão sobre o licenciamento ou sobre as condicionantes; a interrupção de processos licitatórios por questionamentos jurídicos. Em segundo lugar, atos de órgãos de licenciamento que paralisam o cronograma da obra para cumprimento de exigências supervenientes – em particular, a partir de 2019, exigências decorrentes do reconhecimento da aplicabilidade da Convenção 169 da OIT e da necessidade de Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) a populações tradicionais¹². Em terceiro lugar, atos de outros entes federativos – tipicamente, atos de Estados ou Municípios em concessões federais, ou vice-versa – que oneram o contrato.

Embora a doutrina tradicional não trate essa categoria com a sistematização que ora proponho, ela tem relevância prática crescente – e merece, nos contratos contemporâneos, redação específica. A alocação do risco econômico, em todos esses casos, é, em regra, da administração contratante – seja porque o concessionário não tem como controlar atos de outro ente público ou do Judiciário, seja porque a administração contratante é o canal natural de absorção do risco pelo Estado em sentido amplo. Há, contudo, exceções importantes – e a redação contratual deve ser cuidadosa para distingui-las. Se o ato do poder público decorre de descumprimento, pelo concessionário, de obrigação contratual ou regulatória, a alocação se inverte. Se decorre de erro

12. Sobre o desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais federais sobre a Convenção 169 da OIT/CLPI, com impacto direto sobre projetos de infraestrutura, vide o Capítulo 11 deste livro. A literatura sobre o tema tem crescido rapidamente: cf., entre outros, YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. A consulta livre, prévia e informada da Convenção 169 da OIT no Brasil. São Paulo: FGV Direito SP, 2023.