



www.navarroprado.com.br

Equilíbrio Econômico-Financeiro, Regulação e Solução de Controvérsias por Arbitragem

Contratos de concessão e PPP

- Apresentar o panorama geral da relação entre Equilíbrio Econômico-Financeiro e Regulação
- Discutir os principais tipos de regulação “por compensação” e “discricionária”
- Discutir a possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos oriundos de contratos de concessão e PPP

Principais mensagens...

- Os temas de EEF, Regulação e Arbitragem são correlacionados e centrais para a atratividade de qualquer projetos de PPP ou concessão
- Houve uma grande evolução no tratamento do tema de EEF e regulação nos últimos anos, exigindo-se do gestor público uma abordagem multidisciplinar
- Não existe um modelo único de EEF e Regulação
 - dependendo das particularidades de cada projeto, pode ser conveniente adotar um modelo mais ou menos rígido
- A arbitragem de conflitos envolvendo a Administração Pública tem respaldo legal, doutrinário e jurisprudencial, mas ainda há pontos sensíveis
 - Questões econômico-financeiras são essencialmente patrimoniais (direitos disponíveis)
 - Semelhanças entre os Juízes e os Árbitros devem orientar os limites da jurisdição arbitral
- Cabe ao Contrato definir os temas de EEF/Regulação e Arbitragem

- **Relação entre garantia de Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) e Regulação**
- Regulação por compensação
- Regulação discricionária
- Arbitragem

Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) na Constituição e na Legislação

- Constituição Federal de 1988:

Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) na Constituição e na Legislação

- Lei Federal nº 8.666/93:

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.

Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) na Constituição e na Legislação

- Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os **contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas**, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

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

Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) na Constituição e na Legislação

- Lei Federal nº 11.079/04 (“Lei de PPPs”):

Diretrizes:

Art. 4º (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Cláusula obrigatória dos contratos de PPP:

Art. 5º (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Evolução do EEF: concessões / PPPs

Processo gradativo de consolidação do contrato como instrumento, por excelência, para alocação de riscos e definição de parâmetros do EEF

Lei 8.666/93:
equilíbrio entre encargos do contratado e a retribuição da administração (art. 65) / teoria da imprevisão

Lei 8.987/95: sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (Art. 10) / influência da teoria das áleas

Lei 11.079/04:
repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inc. III)

CF/88: Art. 37, inc. XXI: “(...) mantidas as condições da proposta (...)”

Relação entre EEF e Regulação

- São vários os tipos de regulação aplicáveis com a finalidade de obter a prestação eficiente dos serviços bem como a garantia do EEF
 - Sistemas de regulação por compensação
 - compensação com base nos parâmetro da proposta
 - compensação pela metodologia de Fluxo de Caixa Marginal
 - Sistemas de regulação discricionária
 - price cap
 - custo do serviço
 - yardstick regulation

- Relação entre garantia de Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) e Regulação
- **Regulação por compensação**
 - Regulação discricionária
 - Arbitragem

Pressupostos para o bom funcionamento de sistemas compensatórios

- Possibilidade de se construir um contrato (quase) completo
 - Implica detalhada
 - Alocação de riscos
 - Metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro / revisão
 - Procedimento do reequilíbrio / revisão
- Eventual necessidade de renegociação abre espaço para condutas oportunistas de ambas as partes
 - Assimetria de informações
 - Disponibilidade de recursos para apoio ao longo do processo de renegociação
 - Risco de politização do procedimento
 - Risco de captura

Compensação a partir do Plano de Negócios

- Premissa: ocorrência de evento gravoso a uma das partes, cujo risco foi atribuído contratualmente à outra parte
- Cálculo do impacto, no fluxo de caixa, do evento gravoso à parte atingida
- Se for por aumento/redução de tarifa/contraprestação:
 - Cálculo da tarifa/contraprestação que colocaria a parte credora do reequilíbrio na **situação anterior** à ocorrência do evento em relação à **rentabilidade prevista no plano de negócios (TIR)**

Compensação por fluxo de caixa marginal

- Premissa: decisão do Governo de realizar novo investimento na concessão, não previsto no contrato originário
- Realização da modelagem econômico-financeira do novo investimento
 - Custos de investimento: valores de mercado (?)
 - Custos operacionais: valores de mercado (?)
 - Receitas: projeção seguindo melhores práticas (?) a partir da receita real
 - TIR de referência pode ser produto de:
 - Negociação
 - Fórmula paramétrica contratual
 - Fórmula contratual definindo o cálculo do WACC a ser utilizado

- Relação entre garantia de Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) e Regulação
- Regulação por compensação
- **Regulação discricionária**
- Arbitragem

Regulação por Custos dos Serviços

- Regulação por taxa de retorno: modelo tradicional nos EUA
 - O Regulador estabelece os preços tarifários de maneira que a Prestadora possa cobrir os custos (razoáveis) e a ainda obter uma taxa de retorno justa sobre os investimentos

- Problema de incentivos para geração de ganhos de eficiência
 - Ganhos de eficiência seria automaticamente repassados aos usuários, pois a redução de custos seria compensada com uma redução de tarifas
 - Depende da temporalidade: revisões ocorrem com que frequência?
 - É preciso devolver eventuais ganhos passados?
 - *Sliding scale or ROR bandwidth regulation*

- Incentivo a um nível de investimento acima do que seria eficiente
 - *Averch–Johnson effect*: firmas tendem a investir mais que o necessário, pois sua remuneração é um percentual sobre o capital investido
 - Averch, Harvey; Johnson, Leland L. (1962). "Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint". [*American Economic Review*](#) 52: 1052–1069.

Regulação por *price-cap*

- Evolução em relação ao regime de regulação por custo do serviço
 - Contexto histórico das privatizações na Inglaterra, tendo em vista as críticas já conhecidas ao modelo de regulação por custo do serviço
 - Inicialmente pensada para o setor de telecomunicações, que estava prestes a seguir para um regime mais próximo do concorrencial
 - Pouca reflexão inicial sobre as dificuldades de se estabelecer o Fator X
- Criação de metodologia para promover incentivos à geração de ganhos de eficiência
 - Admite-se perdas e ganhos, acima ou abaixo da taxa de retorno efetiva
 - Revisões em intervalos pré-determinados (usualmente a cada ciclo de 4 ou 5 anos), estabelecendo-se um teto-máximo (cap) para os acréscimos tarifário nesse período

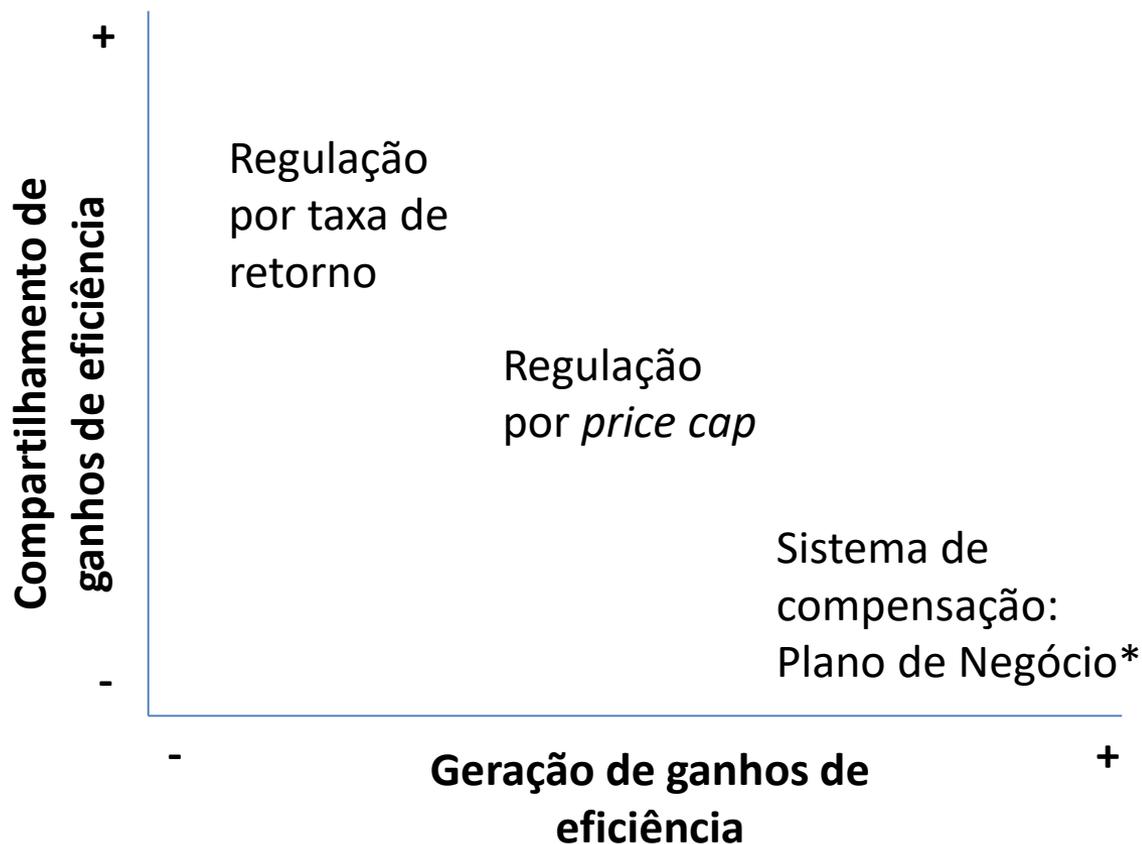
RPI – X, onde

RPI = *Retail Price Index* e

X = taxa de ganho de produtividade esperada para a indústria em questão

- Preocupação em preservar os efeitos do leilão e mitigar os efeitos do problema da assimetria de informações
- Expectativa de reduzir custos de regulação (não se confirmou na prática)
- Críticas: risco de subinvestimento e queda na qualidade dos serviços

Incentivos para geração e compartilhamento de ganhos de eficiência ao longo da execução contratual



* No Sistema de Compensação, o compartilhamento de ganhos de eficiência se dá, como regra geral, apenas por ocasião da licitação. Mas não impede que se pactue de forma distinta.

- Relação entre garantia de Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF) e Regulação
- Regulação por compensação
- Regulação discricionária
- Arbitragem

As alterações na Lei de Arbitragem...

Lei de Arbitragem

- Alterações pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015

Art. 1º, § 1º: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Idem, § 3º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

... confirmam autorização em leis específicas anteriores.

Legislação setorial

- Lei de Concessões
- Lei de PPP
- Lei de Petróleo e Gás
- Lei de Transportes Terrestres e Aquaviários
- Lei de Comercialização de Energia Elétrica

Todas já admitiam a arbitragem como meio de resolução de controvérsias.

O que foi resolvido

O que muda com as novas alterações?

- Possibilidade de uso da arbitragem em Contratos Administrativos de 8.666 e RDC (não havia autorização específica)
- Fixa a arbitragem de direito
- Determina aplicação do princípio da publicidade

**O que não
foi resolvido**

Quais são os problemas adicionais?

- Direitos patrimoniais disponíveis da Administração
- Aplicação do princípio da publicidade às arbitragens com a Administração
- Jurisdição do árbitro *vrs.* competências das agências

Outras mudanças legislativas relevantes...

Lei de Diretrizes gerais para relicitação e prorrogação de contratos de parceria (PPI)

- MP nº 752, de 24 de novembro de 2016.

“Art. 25. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata esta Medida Provisória após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

(...)

§ 4º Consideram-se direitos patrimoniais disponíveis para fins desta Medida Provisória:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”.

Outras mudanças legislativas relevantes...

- Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015

Art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Art. 3º: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Art. 32, § 5º: “Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput [câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos] a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

STJ e STF

**Amplo
respaldo no
Poder
Judiciário**

- REsp nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi DJ 20/10/2011:
“9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.”
- MS nº 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 09/04/2008
- REsp nº 606345/RS, Rel. Min. João Otávio, DJ 17/05/2007
- AgRg no MS nº 11308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/06/2006
- AgInst nº 52.181-GB, Min. Rel. Bilac Pinto, DJ 14/11/1973 – Caso Lage

TCU

<i>Setor Portuário</i>	Acórdão nº 2.241-32/2013, Plenário
<i>Setor Aeroportuário</i>	Acórdão nº 2.905/2014, Plenário Acórdão nº 157/2012, Plenário
<i>Setor Rodoviário</i>	Acórdão nº 2.573-38/2012, Plenário Acórdão nº 391/2008, Plenário
<i>Setor Ferroviário</i>	Acórdão nº 1.796-27/2011, Plenário
<i>Setor Energético</i>	Acórdão nº 2.237-32/2013, Plenário Acórdão nº 537/2006, 2ª Câmara Acórdão nº 215/2004, Plenário Acórdão nº 584/2003, 2ª Câmara

TCU – síntese dos julgados

**Arbitragem
admitida
apenas de
forma
contida**

- Admite a arbitragem:
 - quando autorizada por lei para questões regulamentares e técnicas
 - veda sua aplicação às questões de equilíbrio econômico-financeiro por considerar que a fixação de tarifas é atribuição das agências que reflete interesse público indisponível.

“153. Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos.” [Excerto do voto, Acórdão nº 2.573-38/2012, Plenário, Acompanhamento de estágios Rodovia BR 101/ES/BA].

Disposições Legais

Poderes e atribuições dos árbitros

Art. 13, § 6º: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”.

Art. 17: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal”.

Art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário”

Disposições Legais

Efeitos da Sentença Arbitral

Art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

O que se normalmente se estabelece...

Principais atribuições

- Representação da figura do Poder Concedente (?)
 - Poderes para celebração dos contratos
 - Competência para imposição de alterações unilaterais
- Homologação de reajustes e decisão sobre revisões tarifárias (?)
- Aprovação de investimentos não previstos originalmente
- Fiscalização dos serviços
- Aplicação de penalidades e execução da garantia contratual
- Arbitramento de conflitos entre usuários e concessionários

O que a atuação dos Juízes pode nos ensinar

**Jurisdição
arbitral**

versus

**Poderes das
Agências**

- Dependem de provocação das partes e se restringem à questão em exame
- Estão limitados pelas normas vigentes (legais, regulamentares ou contratuais), mas dão a interpretação final, inclusive suprindo eventuais omissões do ordenamento jurídico
- Respeitam o mérito do ato administrativo, mas são competentes para o exercício do controle de legalidade, proporcionalidade e razoabilidade
- Excepcionalmente, suprem eventuais omissões dos demais Poderes ou do ordenamento jurídico aplicável

Relembrando as principais mensagens...

- Os temas de EEF, Regulação e Arbitragem são correlacionados e centrais para a atratividade de qualquer projetos de PPP ou concessão
- Houve uma grande evolução no tratamento do tema de EEF e regulação nos últimos anos, exigindo-se do gestor público uma abordagem multidisciplinar
- Não existe um modelo único de EEF e Regulação
 - dependendo das particularidades de cada projeto, pode ser conveniente adotar um modelo mais ou menos rígido
- A arbitragem de conflitos envolvendo a Administração Pública tem respaldo legal, doutrinário e jurisprudencial, mas ainda há pontos sensíveis
 - Questões econômico-financeiras são essencialmente patrimoniais (direitos disponíveis)
 - Semelhanças entre os Juízes e os Árbitros devem orientar os limites da jurisdição arbitral
- Cabe ao Contrato definir os temas de EEF/Regulação e Arbitragem



 +55 (61) 3321-1985

 contato@navarroprado.com.br

 **São Paulo:** Rua Itápolis, 669, Pacaembu

 **Brasília:** SRTVS Qd. 701 Bl. O Sl. 693, 694 e 695 | Ed. Multiempresarial - Brasília - DF