

WORKSHOP

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS

CONTEXTO DO WORKSHOP

As regras em torno do equilíbrio econômico-financeiro de contrato se modificaram nos últimos 25 anos.

Até 25 anos atrás, os pleitos de reequilíbrio eram decididos em uma mesa de negociação entre o chefe do poder executivo e o presidente da empresa contratada da administração pública, em um ambiente político, influenciado pelas expectativas de contribuições das empresas para a campanha eleitoral.

A crescente desconfiança da sociedade em relação aos agentes públicos e privados dos setores de infraestrutura, aprofundada pela Operação Lava a Jato, e o fortalecimento e crescente interferência dos controladores da administração nas decisões dos poderes concedentes e agências reguladoras sobre os contratos em curso de concessão, de PPP ou de obra pública mudou o mundo dos processos para reequilíbrio econômico-financeiro de contratos na esfera administrativa, arbitral e judicial.

Esses processos evoluíram da sua dimensão política para se tornarem processos com conteúdo eminentemente técnico, estruturados sobre conhecimentos (a) de natureza conceitual, como, por exemplo, o sobre o funcionamento da distribuição de riscos dos contratos, e os (b) de natureza quantitativa, como o dimensionamento dos desequilíbrios e reequilíbrios por meio do tratamento do valor do dinheiro no tempo a partir de fluxos de caixa com efeitos regulatórios elaborados seguindo regras definidas nos contratos.

Ao mesmo tempo, a partir de 2005, os contratos de concessão e PPP passaram a prever regras sobre as técnicas e os métodos para quantificação dos desequilíbrios e reequilíbrios. Nesse contexto, temas que eram tratados com o *status* de boas práticas financeiras se tornaram objeto de reflexões de natureza jurídica.

Mais recentemente, a Lei nº 14.133/21 trouxe novas regras sobre distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que terão impacto em todos os contratos administrativos.

Apesar dessas mudanças em torno dos contratos administrativos e, particularmente, em torno do tema do seu equilíbrio econômico-financeiro, a maior parte dos especialistas continua sem conseguir conciliar as noções antigas de equilíbrio econômico-financeiro - que foram construídas por juristas sem formação econômica ou financeira - com a sua evolução recente. Isso porque, ou são especialistas com formação quantitativa, ou com formação jurídica. É, contudo, indispensável para a compreensão atual do tema uma perspectiva multidisciplinar.

O presente workshop pretende mostrar que é possível uma compreensão teórica sólida do tema do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos a partir de uma perspectiva multidisciplinar jurídica e econômico-financeira, usando um cabedal teórico capaz de dar conta da multiplicidade das situações concretas em que ocorrem eventos de desequilíbrio e com o uso das diversas técnicas e metodologias para tratamento do tema previstas nos contratos ou na atividade regulatória das agências reguladoras. Portanto, é um workshop que vai de exemplos práticos - vários deles decorrentes da vasta experiência dos professores - até as elaborações teóricas mais recentes que permitem o tratamento rigoroso da experiência e dos casos concretos. Mauricio e Felipe têm mostrado a possibilidade de sólida compreensão teórica e prática do tema nos artigos que têm publicado em conjunto.

Além disso, o workshop pretende mostrar que (e como) os processos de reequilíbrio bem estruturados a partir de uma gestão contratual diligente podem ser alavancas de valor para as concessionárias.

PROGRAMA

1. Mudanças nos últimos 20 anos no contexto em torno da teoria e da prática da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos
 - 1.1. Mudanças nas práticas
 - 1.1.1. O reequilíbrio como conta de chegada
 - 1.1.2. O aumento do poder dos controladores da administração pública
 - 1.1.3. O surgimento do mercado técnico em torno do reequilíbrio de contratos
 - 1.2. Mudanças na teoria
 - 1.2.1. Teoria feita por juristas sem qualquer formação econômica ou financeira
 - 1.2.2. A inclusão nos contratos de regras sobre a metodologia econômico-financeira e o surgimento da avaliação jurídica de temas econômico-financeiros
 - 1.3. Consequências
 - 1.3.1. Mundo dos reequilíbrios muito mais técnico
 - 1.3.2. Dificuldades de obtenção do reequilíbrio na esfera administrativa
2. O que não é o equilíbrio econômico-financeiro: rigor conceitual mínimo em um universo confuso
 - 2.1. As 4 principais partes dos contratos de concessão e PPP
 - 2.2. Desfazendo a confusão entre regras de EEF e regras sobre distribuição de riscos
 - 2.3. EEF como braço operacional da distribuição de riscos
 - 2.4. O que o EEF não é
 - 2.4.1. Mecanismo para adaptação do contrato às mudanças no seu ambiente
 - 2.4.2. Juridicamente, nada tem a ver com:

P3C

PPPs e Concessões

Investimentos em Infraestrutura no Brasil

- 2.4.2.1. Nada tem a ver com justiça substancial ou com mecanismos de direito privado que se diz que tem objetivo de buscar justiça substancial no direito das obrigações ou contratual, como:
- 2.4.2.2. Onerosidade excessiva
- 2.4.2.3. Quebra da base objetiva do negócio jurídico
- 2.4.2.4. É irrelevante para o seu funcionamento a busca das suas origens históricas, particularmente da sua origem em França
- 2.4.2.5. Não é preciso buscar o art. 37, XXI, da Constituição Federal
- 2.5. Como funciona o EEF em contratos privados?
- 2.6. Como funciona o EEF na experiência internacional?
 - 2.6.1. A linha divisória entre EFF e renegociação de contratos
- 3. O que é o equilíbrio econômico-financeiro: rigor conceitual mínimo em um universo confuso
 - 3.1. O conceito de equilíbrio
 - 3.1.1. Conjunção de direitos, obrigações, riscos e preço.
 - 3.2. O conceito de evento de desequilíbrio
 - 3.3. Classificando os eventos de desequilíbrio
 - 3.3.1. Alterações no contrato
 - 3.3.2. Descumprimento do contrato
 - 3.3.3. Ocorrência de eventos cujo risco é de uma parte, mas o evento impactou outra parte
 - 3.4. Exemplos de eventos de desequilíbrio
- 4. Percurso lógico para aferição do desequilíbrio e realização do reequilíbrio
 - 4.1. Do reconhecimento do evento à assinatura do aditivo para reequilíbrio do contrato
 - 4.2. Natureza jurídica do reconhecimento do desequilíbrio e do pagamento pelo reequilíbrio
 - 4.2.1. O impacto em relação às formas de reequilíbrio
 - 4.3. Alternativas em relação às formas de reequilíbrio
- 5. A natureza econômico-financeira das regras sobre reequilíbrio no caso de concessões e PPPs
 - 5.1. Comparação entre os concessionários e os bancos
 - 5.2. Desequilíbrio como empréstimo compulsório
 - 5.3. Importância de fixar a taxa a ser aplicada para os reequilíbrios
 - 5.4. Escolha da forma de reequilíbrio não é neutra econômica e financeiramente
 - 5.4.1. A necessidade de tutelar o direito ao equilíbrio financeiro
 - 5.4.2. Desequilíbrios econômicos que não são financeiros; desequilíbrios financeiros que não são econômicos
 - 5.5. Revisões ordinárias e extraordinárias: o problema do represamento do reequilíbrios
- 6. Olhando as regras legais
 - 6.1. O direito ao reequilíbrio como desdobramento das regras legais e contratuais que distribuem riscos
 - 6.2. Uma nova visão do art. 65, inc. II, alínea “d” da Lei 8.666/93 e do art. 124..., “d”, da Lei 14.133/21

P3C

PPPs e Concessões

Investimentos em Infraestrutura no Brasil

- 6.2.1. Não é sobre reequilíbrio, é sobre distribuição de riscos
- 6.2.2. A ideia que esses dispositivos estabelecem um hedge (limite para transferência anormal de riscos)
 - 6.2.2.1. O gatilho para incidência da distribuição de riscos legal (eventos anormais estatisticamente)
 - 6.2.2.2. Os parâmetros para definir a normalidade e anormalidade estatística
 - 6.2.2.2.1. Variação do histórico e da metodologia estatística afetam a definição
 - 6.2.2.2.2. O ideal é que os contratos prevejam os parâmetros
 - 6.2.2.2.3. O problema do custo de transação na especificação dos parâmetros: especificação seletiva
 - 6.2.2.3. O problema da obtenção de dados empíricos
 - 6.2.2.4. No caso do custo de insumos, o correto é tratar cada custo separado e não como um portfólio
- 6.2.3. O conceito de “consequências incalculáveis”
- 6.3. A relação entre as normas do marco geral sobre contratos públicos e as normas da lei de concessões e PPPs sobre reequilíbrio
 - 6.3.1. A discussão em torno da extracontratualidade do evento
 - 6.3.1.1. Abordagem formal e substancial
 - 6.3.1.2. Os impactos sobre a legalidade das cláusulas de distribuição de riscos residuais
 - 6.3.2. O art. 2º da Lei 8.987/95 e a ideia de que o concessionário é responsável por todos os riscos da concessão
 - 6.3.2.1. A titularidade do serviço e a delegação à iniciativa privada como instrumento de gestão de riscos
 - 6.3.3. A Lei 14.133/21 e o impacto das suas regras sobre o tema
- 7. As dificuldades práticas de obter o reequilíbrio
 - 7.1. As dificuldades na esfera administrativa
 - 7.1.1. O temor dos controladores e o apagão das canetas
 - 7.1.1.1. Negacionismo sobre a existência do direito ao reequilíbrio e sobre a possibilidade de dimensioná-lo
 - 7.1.1.1.1. A ANTT e a variação do custo do CAP – Cimento Asfáltico de Petróleo de 2014 a 2017
 - 7.1.1.1.2. A ANAC e o “reequilíbrio de longo prazo” dos aeroportos pela pandemia
 - 7.1.1.1.2.1. Incompreensão sobre a natureza dos efeitos dos eventos de desequilíbrio
 - 7.1.1.1.2.2. Ceticismo, cinismo, ou oportunismo quanto à possibilidade de dimensionar o desequilíbrio
 - 7.1.1.1.3. O dimensionamento pelo envoltório dos mínimos
 - 7.1.1.1.4. A incerteza quanto ao prazo para reequilibrar
 - 7.1.1.2. O envoltório dos mínimos no seu dimensionamento
 - 7.1.2. A esfera administrativa como preparatória para a judicial ou arbitral
 - 7.1.3. O impacto sobre a liquidez do direito ao reequilíbrio e sobre a precificação dos contratos
 - 7.1.4. As repactuações de contrato como soluções pontuais
 - 7.2. A esfera judicial e arbitral

- 7.2.1. O processo administrativo como instrumento para documentação da ocorrência do evento e dos seus impactos
- 7.2.2. Produção de prova antecipada e outros instrumentos relevantes
- 7.3. A supressão do direito a reequilíbrio usando a noção de “relevância” do desequilíbrio
 - 7.3.1. O TCU, a ANAC e a ANATEL
- 7.4. Fugindo do direito ao reequilíbrio
 - 7.4.1. Estratégias na modelagem dos contratos substitutivas do direito clássico ao reequilíbrio
 - 7.4.2. O Fator D, o desconto de reequilíbrio e outros fatores contratuais como instrumento para fugir do processo de reequilíbrio
 - 7.4.3. As tentativas de criar mecanismos para dar liquidez ao direito de reequilíbrio
- 8. Conceitos necessários ao dimensionamento dos impactos dos eventos de desequilíbrio e das compensações entre as partes
 - 8.1. Qual a equação econômico-financeira que deve ser mantida?
 - 8.1.1. O conceito tradicional (estático) de equação econômico-financeira
 - 8.1.2. A necessidade de considerar os riscos alocados a cada parte
 - 8.2. Quando se forma a equação econômico-financeira do contrato?
 - 8.2.1. A necessidade do retrato do contrato em estado de equilíbrio para dimensionar as compensações sem atingir a distribuição de riscos
 - 8.2.1.1. Exemplos
 - 8.2.2. Formas de obtenção do retrato do contrato em estado de equilíbrio
 - 8.2.3. O fluxo de caixa marginal da forma usada hoje pelo BNDES e CEF distorce a distribuição de riscos porque adota retrato itinerante do contrato em estado de equilíbrio
 - 8.3. A discussão sobre o uso de dados reais ou estimados
 - 8.3.1. Princípios e regras que deveriam ser seguidas para preservar a distribuição de riscos
- 9. Usando o plano de negócios para dimensionar desequilíbrio e reequilíbrio
 - 9.1. Por que usar custos e receitas conforme o plano de negócios como referência? – a necessidade de preservar o arranjo originário
 - 9.2. As críticas ao uso tradicional do plano de negócios
 - 9.2.1. O problema do descumprimento da distribuição de riscos e como isso já foi resolvido
 - 9.2.2. O problema do jogo de planilhas: se for viável o efeito tende a ser marginal
- 10. Usando o fluxo de caixa marginal para dimensionar desequilíbrio e reequilíbrio
 - 10.1. O que é?
 - 10.1.1. Uso originário e tecnicamente correto do fluxo de caixa marginal
 - 10.2. Breve histórico no Brasil
 - 10.2.1. O modelo originário do fluxo de caixa marginal aplicado ao setor de rodovias: o caso da BR 116/324
 - 10.2.2. O modelo aplicado aos contratos da 1ª e 2ª etapas das concessões de rodovias federais em virtude de exigência do TCU
 - 10.2.3. O BNDES, EBP e IFC e seu papel na difusão da metodologia

P3C

PPPs e Concessões

Investimentos em Infraestrutura no Brasil

- 10.3. Diferença entre a metodologia do fluxo de caixa marginal e o seu uso nos projetos modelados pelo BNDES e CEF
- 10.4. As críticas ao uso do fluxo de caixa marginal realizado por BNDES e CEF
 - 10.4.1. Distorção da distribuição de riscos e proteção inadequada contra riscos alocados a outras partes do contrato
 - 10.4.2. Arbitrariedade na criação do fluxo de caixa para fins de reequilíbrio
 - 10.4.3. O problema de se trabalhar com múltiplos fluxos
- 10.5. Princípios para uso correto do fluxo de caixa marginal
 - 10.5.1.1. Limitação a novos investimentos ou mudanças de escopo
 - 10.5.1.2. O uso dos parâmetros de custo e demanda previstos originalmente no plano de negócios

- 11. Há limites à alteração do contrato para reequilibrá-lo?
 - 11.1. O direito a reequilíbrio e o modelo regulatório
 - 11.2. Os limites de alteração contratual como limites à alteração voluntária
 - 11.2.1. A alteração de cláusulas regulamentares
 - 11.2.1.1. A exceção no setor de saneamento
 - 11.2.2. A impossibilidade de alterar unilateralmente as cláusulas que tratam de temas econômico-financeiros
 - 11.3. Reequilíbrio como cumprimento de regras do contrato
 - 11.4. A diferença entre limites à prorrogação do contrato e extensão de prazo para reequilíbrio do contrato

- 12. A regulação contratual e a regulação discricionária
 - 12.1. A confusão de temas atinentes ao modelo regulatório com temas atinentes à atividade de reequilíbrio do contrato
 - 12.1.1. Fator X é um instrumento para reequilíbrio?
 - 12.1.2. As revisões ordinárias na regulação discricionária são instrumentos para reequilíbrio dos contratos?
 - 12.2. Quando faz sentido haver regulação discricionária?
 - 12.2.1. Onde há regulação discricionária no Brasil?
 - 12.3. Para que serve as revisões ordinárias na regulação contratual e na regulação discricionária?
 - 12.3.1. O que tem ocorrido na prática em relação às revisões ordinárias de contratos submetidos à regulação contratual

- 13. A continuidade entre o tema do EEF e o das indenizações por investimento não amortizados
 - 13.1. A lógica econômica da indenização
 - 13.2. Como definir a indenização?
 - 13.3. Critérios possíveis de indenização
 - 13.3.1. Financeiro
 - 13.3.2. Contábil
 - 13.3.3. Reposição
 - 13.3.4. Econômico
 - 13.4. A regra da ANEEL e o seu uso do critério econômico
 - 13.5. O sincretismo metodológico e problemas com as regras da ANAC e ANTT

P3C

PPPs e Concessões

Investimentos em Infraestrutura no Brasil

14. Avaliação e gestão de ativos e passivos regulatórios: como aumentar as chances de sucesso do reequilíbrio funcionar como alavanca de valor do negócio?
 - 14.1. Contextualizando o problema
 - 14.1.1. Conteúdo técnico do reequilíbrio
 - 14.1.2. Dificuldade de obter decisões favoráveis na via administrativa
 - 14.1.3. Reequilíbrio como alavanca de valor no longo prazo
 - 14.2. O problema da avaliação das chances de sucesso dos pleitos de reequilíbrio
 - 14.2.1. O que é importante olhar?
 - 14.3. Gestão do portfólio de ativos e passivos
 - 14.3.1. A necessidade de notificações frequentes
 - 14.3.2. O dilema do executivo da ponta: notificar ou manter a boa relação com o agente público?
 - 14.3.3. Procedimentos judiciais não contenciosos, preparatórios para a ação judicial ou arbitral para reequilíbrio do contrato