



domingo, 3 de dezembro de 2023

Consultor Jurídico

Pesquisar

[Capa](#)[Especiais](#)[Notícias](#)[Colunas](#)[Artigos](#)[Estúdio
ConJur](#)[Áreas](#)[Anuários](#)[Loja](#)[Consultor Jurídico](#) > [Áreas](#) > [Arbitragem](#) > Ribeiro e Cotia: Arbitragem e reequilíbrio de contratos

OPINIÃO

Arbitragem e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

[Maurício Portugal Ribeiro](#)

21 de janeiro de 2023, 17h17

[Pedro Pamplona Cotia](#)Editorias: [Arbitragem](#) [Civil](#) [Empresarial](#)

Entre os profissionais que atuam nos setores de infraestrutura, está cada vez mais claro o protagonismo das arbitragens para dar solução a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro formulados por concessionárias [1].

Este texto parte desta constatação para abordar uma questão específica que terá de ser enfrentada frequentemente nesse contexto e que, ao que nos consta, passou despercebida até aqui: *qual será o procedimento arbitral adequado para acomodar a previsão, constante em contratos de concessão e de PPP, que atribui ao poder concedente a escolha da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (como a revisão tarifária, extensão de prazo, redução ou reprogramação de investimentos e pagamento direto pelo poder concedente à concessionária)?*



O entendimento dos autores deste texto é o de que os procedimentos arbitrais deverão promover uma *cisão das decisões* sobre o reequilíbrio a serem tomadas pelos árbitros. Explica-se.

Qualquer processo de reequilíbrio econômico-financeiro é composto por ao menos três etapas fundamentais: 1) a investigação sobre a caracterização do fato como evento de desequilíbrio [2]; 2) a mensuração do desequilíbrio (por exemplo, mediante apuração do valor presente do desequilíbrio econômico-financeiro na data-base do contrato); 3) a escolha da forma de compensação a ser adotada e a conversão do desequilíbrio apurado para esta forma (por exemplo, em pagamento de indenização, extensão de prazo ou redução de investimentos).

RECEBA NOSSO BOLETIM DE NOTÍCIAS

Digite Seu email.

RECEBER



procedimento arbitral e as suas atividades preparatórias são realizadas em fases processuais conhecidas, que compreendem: 1) a avaliação da ocorrência dos eventos e da alocação do respectivo risco pelo contrato ou pela lei a uma ou outra parte e 2) a mensuração do desequilíbrio produzido por esse evento. Percorridas as fases postulatória e instrutória — quer dizer, apresentadas alegações iniciais, resposta e réplica, realizados os trabalhos periciais e oferecidas alegações finais — o tribunal arbitral terá todas as condições de decidir a respeito 1) da existência do direito ao reequilíbrio para cada pleito que integra a arbitragem e 2) dos respectivos montantes de desequilíbrio.

Imagine-se, por exemplo, o evento *"aumento extraordinário e imprevisível do preço dos insumos asfálticos"*, objeto de pleito de reequilíbrio comum no setor das concessões rodoviárias. Expostos pelas partes os argumentos técnicos (a respeito da configuração do fato) e jurídicos (acerca da alocação do risco do mencionado evento), e apresentada pela perícia designada pelos árbitros a avaliação da extraordinariedade do evento e dos impactos que ele produz na concessão, o tribunal terá condições de decidir, por exemplo, que há direito a reequilíbrio e que o desequilíbrio a ser compensado corresponde ao valor presente "x" na data-base do contrato.

Ocorre que, uma vez que se conclua pela existência do direito ao reequilíbrio e que se mensure o valor presente do desequilíbrio em determinada data-base, será preciso escolher a forma de compensação a ser adotada e converter para esta forma o desequilíbrio apurado — por exemplo, será preciso transformar o valor presente do desequilíbrio na data-base contratual em redução de investimentos, em pagamento de indenização, em extensão de prazo etc. Estas são atividades necessárias para que se complete a decisão arbitral de condenação do poder concedente à compensação pelo desequilíbrio econômico-financeiro que afetou o contrato de concessão.

Nestes casos, o que nos parece adequado é que sejam cindidas as decisões sobre o reequilíbrio. Primeiro, o tribunal arbitral decidirá pela existência do direito ao reequilíbrio no montante que houver sido apurado a valor presente em determinada data-base. Após, será preciso colher a opção do poder concedente a respeito da forma de reequilíbrio. Feito isso, deverá ser realizada no procedimento arbitral, com apoio dos peritos designados pelos árbitros, a conversão do desequilíbrio apurado para a forma de reequilíbrio do contrato que tiver sido indicada pelo poder concedente. Realizada a conversão do desequilíbrio para a "moeda" escolhida, finalmente será possível ao tribunal arbitral completar a sentença e determinar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou de PPP em unidades da forma de reequilíbrio indicada pelo poder concedente.

Há, porém, dois cuidados relacionados à escolha da forma de reequilíbrio pelo poder concedente, necessários à garantia da efetividade das decisões arbitrais e do próprio direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, que a condução desse procedimento pelos árbitros deve observar.



forma de reequilíbrio pelo poder concedente e que, transcorrido este prazo sem que seja apresentada a manifestação, o reequilíbrio deverá ser realizado mediante o pagamento de indenização. Como o reconhecimento do direito ao reequilíbrio cria uma dívida contratual, que pode ser paga por qualquer forma admitida em direito (inclusive à vista e em dinheiro), caso o poder concedente não se manifeste no prazo conferido pelos árbitros, não resta saída senão o reequilíbrio assumir a forma de indenização em pecúnia — esta é, afinal, a forma ordinária de pagamento de dívidas contratuais. No caso de silêncio do poder concedente, portanto, o pagamento de indenização é a forma a ser considerada pelos árbitros para completar a decisão de condenação do poder concedente à compensação pelo desequilíbrio econômico-financeiro.

Em segundo lugar, a escolha da forma de reequilíbrio pelo poder concedente deve observar alguns limites. Como a lei e os contratos administrativos garantem às partes o direito à manutenção do equilíbrio *econômico e financeiro* do contrato, o principal limite que conforma a atuação do poder concedente exige que a sua escolha promova sob essas duas óticas o reequilíbrio do contrato de concessão ou PPP. E, como as formas de reequilibrar o contrato (extensão de prazo, redução de investimentos, pagamento de indenização etc.) não são neutras dos pontos de vista econômico e financeiro [3], será sempre preciso buscar, consideradas as peculiaridades do caso concreto, a solução que promova o reequilíbrio completo, quer dizer, sob essas duas perspectivas.

No caso das arbitragens, note-se que o mero fato de a concessionária ter buscado o procedimento arbitral é evidência de que ela 1) provavelmente já despendeu os recursos necessários para lidar (ao menos em parte) com o evento cuja ocorrência é risco atribuído ao poder concedente, bem como de que 2) percorreu a via administrativa na tentativa de ver reconhecido o seu direito ao reequilíbrio. Assim, a efetivação do reequilíbrio do contrato por força da decisão arbitral ocorrerá muitos anos após a concessionária ter suportado financeiramente as consequências do evento de desequilíbrio. Essa constatação mostra que, em diversos casos, não será adequada a opção de promover o reequilíbrio, por exemplo, integralmente por meio da extensão do prazo do contrato: por mais que esta alternativa permita o reequilíbrio econômico, ela pode ser insuficiente para levar ao reequilíbrio financeiro do contrato e por isto causar graves repercussões sobre a prestação dos serviços.

Justamente para lidar com essas questões, há contratos que definem balizas para a escolha da forma de reequilíbrio pelo poder concedente. Por exemplo, contratos federais de concessão rodoviária mais recentes [4] preveem que a ANTT, ao escolher os meios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, deve necessariamente levar em consideração a periodicidade e o montante dos pagamentos vencidos e vincendos a cargo da concessionária relativos aos contratos de financiamento por ela celebrados para a execução do contrato. Há também o exemplo do contrato de concessão patrocinada da Linha 4 do metrô de São Paulo, o qual estipula que o exercício pelo poder concedente da prerrogativa de escolher a forma do reequilíbrio deve sempre buscar



pagamento dos investimentos necessários para a prestação dos serviços.

De todo modo, a aptidão para promover o reequilíbrio econômico e financeiro deve orientar a escolha da forma de reequilíbrio pelo poder concedente independentemente de previsão específica no contrato, em vista da garantia legal e contratual do direito das partes à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por fim, é preciso reconhecer que, nos casos em que poder concedente e concessionária houverem celebrado termo aditivo (ou em que estiverem em vias de fazê-lo) pactuando a relicitação da concessão, não resta alternativa para promover o reequilíbrio econômico-financeiro, senão o pagamento de indenização. Isto porque, diante da perspectiva de extinção antecipada do contrato de concessão, em curto prazo, por força do processo de relicitação, as demais alternativas para reequilibrar o contrato restam inviabilizadas. Nesses casos, portanto, por conta do processo de relicitação, o pagamento de indenização é a forma de reequilíbrio ser considerada pelos árbitros para integração da decisão arbitral.

[1] Eduardo Jordão, por exemplo, descreveu esse fenômeno como uma das consequências dos excessos que têm sido cometidos por órgãos de controle: o receio que gestores públicos têm de decidir pedidos de reequilíbrio, temendo eventuais sanções mesmo em casos cujas soluções são relativamente simples de acordo com as regras aplicáveis, estaria levando à inflação artificial do número de arbitragens. O texto pode ser lido em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/arbitragem-em-tempos-de-canetas- apagadas-25052022>.

[2] Ainda que seja este o campo em que a análise jurídica se faz mais presente, é comum que sejam necessários insumos de outras áreas do conhecimento para que se determine se determinado evento pode ou não ser caracterizado como um dos eventos cujo risco é distribuído pelo contrato/lei. Por exemplo, uma análise econômica e estatística pode ser necessária para determinar se a variação dos preços de determinado insumo necessário a uma concessão pode ser considerada como extraordinária e imprevisível, de modo a atrair a incidência do risco relativo aos conceitos (jurídicos) afetos à chamada álea extraordinária, alocado, como regra, ao poder concedente.

[3] A exposição do problema dos reequilíbrios incompletos e a sugestão de como esse problema pode ser resolvido foram objeto do seguinte artigo, de um dos autores deste texto: "*Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico)*". O artigo, de autoria de Maurício Portugal Ribeiro, pode ser lido em <https://www.portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/reequilibrios-incompletos.pdf>.

[4] É o caso dos contratos de concessão das rodovias BR-163/MT; BR-116/465/493/RJ/MG; BR-116/101/SP/RJ e BR-153/TO/GO, BR-080/GO, BR-414/GO.



 [compartilhe](#)

Mauricio Portugal Ribeiro

é advogado especializado em contratos de concessões e PPPs, sócio de Portugal Ribeiro Advogados e autor do livro *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos* (Editora Atlas, São Paulo, 2011) e *Comentários à Lei de PPP – Fundamentos econômico-jurídicos* (em coautoria com Lucas Navarro Prado; Malheiros Editores, São Paulo, 2011).


Pedro Pamplona Cotia

é advogado e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

Receba nosso boletim de notícias

Digite seu e-mail

RECEBER

 Encontrou um erro? **[Avise nossa equipe!](#)**

 **0 Comentários**

Relacionadas

OPINIÃO

Progressividade das alíquotas do ITCMD sobre a escolha da doação no planejamento sucessório

Não é novidade alguma a grande relevância do planejamento sucessório na prevenção dos conflitos familiares ocasionados...

OPINIÃO

A extrafiscalidade na transação federal

Está em curso no Brasil uma vasta reeleitura do direito fundamental de acesso à justiça (artigo...

OPINIÃO

RECEBA NOSSO
BOLETIM DE NOTÍCIAS

Digite seu e-mail

RECEBER



agro

O PIB nacional é impactado pelo agronegócio em mais de 25% e ele responde também por...

OPINIÃO

Um exame das primeiras impressões dos novos ministros do STJ em HC e RHC

No dia 22 de novembro, os agora Ministro Teodoro Silva Santos e Ministra Daniela Teixeira tomaram...

OPINIÃO

Desafios e perspectivas da lei complementar nas obrigações tributárias

A complexidade do sistema tributário brasileiro sempre foi um desafio para empresas que, além de lidarem...

OPINIÃO

Convênio ICMS 174/23 é rejeitado pelo Confaz

Por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou...

OPINIÃO

EUA: entrelinhas da proposta de alteração dos regulamentos de antidumping e subsídios

Em maio de 2023, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos (USDoC) publicou consulta pública sobre...

OPINIÃO

Grupos de compra coletiva e market power

A Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) estabelece condições para prevenção...

OPINIÃO

Mais da metade das infrações apuradas pelo Coaf são resultado de desinformação

O Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão que cuida da prevenção à lavagem de...

5 RECOMENDAÇÕES DE LEITURA

Juíza censura veículos do Paraná em cobertura de denúncia de corrupção

Advogados esperam excelência de Flávio Dino no Supremo e Paulo Gonet na PGR



[operario da Cipa só vale até o fim de obra, decide juiz](#)

[registrados e autoridades em festa de final de ano; veja fotos](#)

[Cálculo de renda familiar de benefício de PCD deve considerar caso concreto](#)

domingo
3 de dezembro de 2023

[Inscreva-se no Boletim](#)

Pesquisar



CONJUR

[Quem Somos](#)

[Equipe](#)

[Fale Conosco](#)

PUBLICIDADE

[Anuncie na ConJur](#)

[Anuários Conjur](#)

ESPECIAIS

[Especial 20 anos](#)

[Eleições 2022](#)

[Especial 25 anos](#)

PRODUTOS

[Livraria](#)

[Anuários](#)

[Boletim Jurídico](#)

Consultor Jurídico 2022. Todos os direitos reservados.

ISSN 1809-2829

www.conjur.com.br