

NOTA EXPLICATIVA

SOBRE A DIVULGAÇÃO PELO PORTUGAL RIBEIRO ADVOGADOS DA MINUTA DE ANEXO A CONTRATO DE CONCESSÃO OU PPP, SOBRE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Em vista do tema da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs ser ainda um tema cujo conhecimento lamentavelmente está restrito a alguns poucos especialistas e, considerando a baixa qualidade que observamos nas cláusulas sobre reequilíbrio ordinariamente utilizadas em contratos de concessão e PPP (mesmo aqueles modelados por equipes supostamente sofisticadas), decidimos publicar a presente minuta de anexo para recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, de modo que ele possa ser livremente utilizado como modelo por órgãos públicos que tenham interesse em seguir melhores práticas na estruturação de seus contratos e editais de licitação de concessões e PPPs.

Acreditamos que, assim, estamos promovendo o interesse público de aperfeiçoar os contratos de concessão e PPPs do nosso país.

Com algumas alterações, o documento anexo já foi utilizado pelo nosso escritório para confecção de anexo sobre a metodologia do equilíbrio econômico-financeiro de editais e contratos de concessão ou PPP cuja estruturação jurídica ficou sob nossa responsabilidade.

Note-se que o documento anexo é um modelo genérico. Por isso, é sempre necessário fazer algumas adaptações para adequá-lo às peculiaridades do contrato ao qual ele vier a ser incorporado. Para isso, incluímos, sob a forma de notas de rodapé, algumas explicações e considerações sobre o seu texto.

Além disso, temos buscado aperfeiçoá-lo e mantê-lo atualizado, considerando as experiências que o nosso escritório está permanentemente adquirindo com a assessoria cada vez mais frequente à realização da recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão e PPP, nos mais diversos setores. Por isso, esse documento deve ser considerado como um trabalho em evolução.

Sempre que notarmos a necessidade de atualização desse documento, procederemos à sua modificação indicando claramente os pontos alterados e data em que foi realizada a alteração. Se a alteração for sugerida por alguém que não integre o nosso escritório e que aceite ter seu nome divulgado, daremos o crédito àqueles que contribuírem para o aperfeiçoamento desse documento.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2014



Mauricio Portugal Ribeiro
Sócio-Fundador do Portugal Ribeiro Advogados

MINUTA DE ANEXO A CONTRATO DE CONCESSÃO OU PPP, SOBRE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

1. Aplicabilidade

1.1. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seguirá a metodologia estabelecida de acordo com as regras do presente Anexo e o procedimento estabelecido na Cláusula **....** do Contrato.

2. O direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

2.1. As Partes terão direito a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sempre que:

2.1.1. Houver alteração no escopo do Contrato (“Recomposição para Alteração do Escopo”); quando a alteração de escopo se der para inclusão de novos investimentos no contrato, ela será chamada de “Recomposição por Inclusão de Novos Investimentos”;

2.1.2. Uma das partes for atingida por evento gravoso (“Parte Credora”) cujo risco é responsabilidade da outra parte (“Parte Devedora”), pelo contrato ou por lei (“Recomposição do Equilíbrio para Efetivação da Matriz de Riscos”).

2.1.3. Houver descumprimento de contrato por uma parte (“Parte Devedora”) que impacte econômica e financeiramente a outra parte (“Parte Credora”), se não houver no contrato previsão de mecanismo específico para compensação por descumprimento do Contrato, como, por exemplo, por meio de pagamento de multa compensatória pré-definida da Parte Devedora à Parte Credora (“Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro por Descumprimento do Contrato”).

3. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para efetivação da matriz de riscos e por descumprimento do contrato

3.1. A Recomposição do Equilíbrio para Efetivação da Matriz de Riscos e/ou por Descumprimento do Contrato utilizará a Planilha do Plano de

Negócios¹ como parâmetro do contrato em estado de equilíbrio. Essa planilha será utilizada para a mensuração do desequilíbrio e a definição do valor da compensação da Parte Devedora à Parte Credora.

3.2. A Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro para Efetivação da Matriz de Riscos e/ou por Descumprimento do Contrato tem por objetivo colocar a Parte Credora, econômica e financeiramente, nas condições anteriores à ocorrência do evento gravoso cujo risco é atribuído por lei ou pelo Contrato à Parte Devedora.

3.3. A recomposição do equilíbrio em favor da Parte Credora será precedida da verificação da responsabilidade da Parte Devedora pelo risco do evento gravoso.

3.4. A versão digital da Planilha do Plano de Negócios² será utilizada para a Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro para Efetivação da Matriz de Riscos e/ou por Descumprimento do Contrato. A seguir, a título de exemplo de como utilizar a Planilha do Plano de Negócios, descreve-se um processo de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro por evento gravoso que gerou exclusivamente custo adicional para a Parte Credora.

3.4.1. Verificada a responsabilidade da Parte Devedora pelo risco do evento gravoso, o custo excedente ao previsto no Plano de Negócios decorrente da realização do evento gravoso para a Parte Credora (“Custo do Evento Gravoso”) será estimado sempre que possível de acordo com valores de mercado à época em que se realizou esse custo.³

¹ Essa planilha pode ter sido apresentada pelo concessionário após a adjudicação do contrato (nos casos em que o processo de licitação envolveu, por exemplo, leilão em viva-voz), ou apresentada juntamente com a proposta do concessionário, nos casos em que a licitação foi realizada exclusivamente por meio de propostas em envelopes fechados.

² Supomos neste documento que o edital exigiu que o plano de negócios seja apresentado em valores reais (sem previsão de inflação) e em planilha eletrônica.

³ Em vários projetos, tem se interpretado que os sistemas de preço público que tem sido montados no âmbito da União, como, por exemplo, o SICRO e o SINAPI, ou no âmbito dos Estados, como, por exemplo, o EMOP, no Estado do Rio, refletem custo de mercado.

A percepção, contudo, da iniciativa privada no mundo das concessões e PPPs é que esses sistemas de custo não refletem custos de mercado.

Portanto, o ideal é que seja, de fato, realizada alguma pesquisa de mercado. Por exemplo, pode-se exigir que a parte credora apresente 3 orçamentos para verificação do preço de mercado (ou se não conseguir justifique essa circunstância).

Alternativamente, pode-se prever nessa cláusula que sejam utilizados os valores dos insumos originalmente previstos no plano de negócios. O problema com essa alternativa é que esses custos variam ao longo do tempo e, em um contrato de 30 anos, esses custos podem descolar de forma relevante da realidade. Como a função da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é colocar a parte atingida pelo evento gravoso na condição anterior à ocorrência desse evento, esse descolamento do custo pode frustrar esse objetivo.

3.4.2. Como o Planilha do Plano de Negócios foi elaborada em valores reais (sem inflação) e, considerando como data de referência a data da entrega da proposta⁴, é necessário desinflacionar o valor do Custo do Evento Gravoso até a data de referência do Plano de Negócios, para trazer o Custo do Evento Gravoso a valores equivalentes aos previstos na Planilha do Plano de Negócios.

3.4.3. Inserir-se-á na Planilha do Plano de Negócios, nas respectivas células, o Custo do Evento Gravoso desinflacionado somado ao custo previsto originalmente nessas células.

3.4.4. Após a inclusão do Custo do Evento Gravoso na Planilha do Plano de Negócios, conforme item 3.4.3, será utilizado o recurso “Atingir Meta” do Microsoft Excel, da seguinte forma:

3.4.4.1. Serão mantidos todas os demais dados constantes da Planilha do Plano de Negócios.

3.4.4.2. Será estabelecida como variável para o processo de “Atingir Meta” uma das formas de compensação à Parte Credora (por exemplo, o aumento do valor da tarifa) para reequilíbrio do contrato previstas na Cláusula ... do Contrato ou outras formas de compensação em direito admitidas.⁵

3.4.4.3. Se a forma de reequilíbrio escolhida for o aumento de prazo do contrato, ou outras formas que inviabilizem o uso da função “Atingir Meta”, será necessária a realização de ajustes manuais no Plano de Negócios. De qualquer modo, as premissas financeiras originárias do plano de negócios não devem ser alteradas. Em alguns casos, mesmo que seja viável a utilização da função “Atingir Meta” da Planilha do Plano de Negócios será necessário realizar ajustes manuais, por exemplo, nas células a respeito da depreciação para adequá-las a alteração realizada na Planilha do Plano de Negócios.

⁴ A data de referência dos valores previstos no plano de negócios é geralmente definida pelo edital. Em casos em que o plano de negócios foi apresentado como condição de assinatura do contrato, em regra, a data de referência é a data de apresentação do plano de negócios pelo vencedor da licitação ao Poder Concedente.

⁵ O contrato deve exemplificar as diversas formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por exemplo, a variação do valor da tarifa, a variação do pagamento pela outorga, a variação da contraprestação ou aporte público, o aumento do prazo do contrato etc. O nosso entendimento é que qualquer previsão de forma de reequilíbrio no contrato é sempre exemplificativa, pois as partes podem sempre escolher qualquer forma de compensação em direito admitida.

3.4.4.4. O resultado do uso da função “Atingir Meta” definirá o ajuste a ser realizado na variável escolhida pelas Partes, conforme item 3.5 abaixo, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

3.4.4.5. Definido o ajuste realizado na Planilha do Plano de Negócios, será necessário inflacionar valor desse ajuste utilizando, para tanto, o índice previsto no Contrato para reajuste da tarifa⁶, para que o valor do ajuste se torne equivalente aos valores contratuais do momento da realização da compensação.

3.5. A forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro (por exemplo, variação do valor da tarifa, variação de obrigações de investimento, modificação do prazo de contrato etc.) será definida conforme a Cláusula ... do Contrato. Na definição da forma de compensação à Parte Credora, as partes levarão em consideração particularmente a necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro do Contrato. Por exemplo, não devem ser adotadas formas de reequilíbrio que levem à compensação econômica do concessionário, mas impliquem em mudanças de premissas financeiras do projeto, por exemplo, alteração da taxa interna de retorno de referência dos investidores da concessão. E não serão admitidas formas de reequilíbrio que afetem o cumprimento pelas partes de obrigações financeiras previamente assumidas, como, por exemplo, o pagamento do serviço de dívida da Concessionária.⁷

⁶ Atualmente, geralmente o índice utilizado para tanto nos contratos é o IPC-A.

⁷ Essa cláusula seria desnecessária se a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos no Brasil fosse realizada considerando a taxa interna de retorno do investidor.

Como, em regra, o Poder Concedente quer utilizar como referência a taxa interna de retorno do projeto, isso cria espaço para distorções relevantes no processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Há casos que a forma eleita de compensação reequilibra economicamente o contrato, mas não o reequilibra financeiramente. Por exemplo, a compensação, por meio de aumento de prazo do contrato, no caso de ocorrência de evento gravoso que gerou custo adicional relevante para o concessionário, em situação em que o concessionário não consegue fazer endividamento adicional para lidar com esse custo. Nesse contexto, o concessionário termina tendo que obter aporte adicional dos seus acionistas, e isso gera aumento da quantidade de capital próprio, em relação à quantidade de capital de terceiros na concessionária. Essa modificação por si reduz a rentabilidade do capital próprio na concessão, porque o reequilíbrio é em regra realizado com base em uma taxa interna de retorno de projeto que foi calculada em vista do grau de relação capital próprio/capital de terceiros originalmente estimado. Essa forma de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro, na circunstância acima descrita, leva a perda de rentabilidade do capital do investidor da concessionária.

Essa perda de rentabilidade não deveria ser admitida, uma vez que a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é colocar as partes na situação exatamente anterior à ocorrência do evento gravoso. Se uma parte amarga perdas pela ocorrência de evento que é risco da outra parte, isso significa que há uma disfunção, uma insuficiência do sistema de reequilíbrio.

Contra esse entendimento, já ouvimos o argumento que o investidor da concessionária não é parte do contrato de concessão e, portanto, ele não faria jus a essa proteção. Esse argumento, contudo, é produto de uma incompreensão da estrutura econômica de uma concessão. O acionista só realiza

3.6. A Planilha do Plano de Negócios será ajustada para refletir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro realizado e passará a ser o parâmetro representativo do Contrato em estado de equilíbrio, e, dessa forma, vinculante para os próximos processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

4. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por alteração, inclusão ou supressão de escopos contratuais

4.1. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato por consequência da alteração, supressão ou inclusão de escopos contratuais será realizada sempre mediante negociação entre as partes, com objetivo de (a) manter o contrato alinhado com o interesse público que lhe é subjacente; (b) manter as premissas técnicas, e condições econômico-financeiras do contrato originário para o concessionário.

4.1.1. Em vista da variedade de alterações possíveis de escopo do Contrato, a definição da metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por alteração, supressão ou inclusão de escopos do Contrato será decidida por acordo entre as Partes.

4.2. Quando as Partes resolverem promover alteração ou inclusão de escopo no Contrato que gere a necessidade de realização de investimentos da Concessionária não previstos no Contrato (“Novo Investimento”), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seguirá o procedimento a seguir descrito.

4.3. Quando o Poder Concedente tiver intenção de incluir Novo Investimento no Contrato, o Poder Concedente poderá solicitar formalmente à Concessionária a realização do Projeto Referencial. O Projeto Referencial deverá contemplar todos os elementos necessários para tomada de decisão sobre a realização do investimento, sua inclusão no Contrato, e definição da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, contemplando, quando necessário os aspectos de viabilidade técnica, econômica, financeira e jurídica para a realização desse investimento.

4.3.1. A Concessionária deverá em prazo de 60 (sessenta) dias do recebimento da solicitação mencionada no item 4.3, apresentar ao Poder Concedente orçamento para a realização do Projeto Referencial.

investimento na concessionária em vista da rentabilidade estimada desse investimento. E a rentabilidade estimada é uma das premissas para cálculo da taxa interna de retorno de referência da própria concessionária. Logo, a taxa interna de retorno do acionista está abrigada e é premissa da taxa interna de retorno da concessionária.

- 4.3.2. O Poder Concedente negociará com a Concessionária o preço e a forma de reembolso do preço do Projeto Referencial.
- 4.3.3. A Concessionária só iniciará a realização do Projeto Referencial após a definição pelo Poder Concedente do preço e da sua forma de reembolso.
- 4.4. As Partes poderão se assessorar nesse processo de análise do Projeto Referencial de consultores externos.
- 4.4.1. O Poder Concedente poderá, ou por ocasião da solicitação de Projeto Referencial prevista no item 4.3 ou posteriormente à elaboração pela Concessionária do Projeto Referencial, determinar a contratação pela Concessionária de consultor(es), à escolha do Poder Concedente, demissível(eis) a qualquer tempo pelo Poder Concedente, para analisar e emitir parecer(es) sobre a adequação e consistência técnica e econômico-financeira do Projeto Referencial para os fins que o Poder Concedente deseja atingir.
- 4.4.2. Os custos de contratação desse(s) consultor(es) deverão ser tratados como parte dos custos de realização e aprovação do Projeto Referencial e ressarcidos ao Concessionário, conforme itens 4.3.1, 4.3.2 e 4.3.3 acima.
- 4.5. O Projeto Referencial será utilizado pelas Partes para estabelecer o objeto e os contornos do Novo Investimento, os custos de investimento e operacionais estimados, as receitas estimadas, as premissas financeiras, tributos e encargos a serem utilizados na modelagem, e a distribuição de riscos entre as Partes⁸, se ela for diversa da já prevista no Contrato. O

⁸ Alguns contratos de concessão e PPP possuem atualmente regra que estabelece a impossibilidade de alteração da distribuição de riscos contratual pelo sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Essa cláusula pode fazer sentido em relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para cumprimento da matriz de riscos e por descumprimento do contrato. Todavia, mesmo nesses casos, é preciso admitir que a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro acordada entre as partes possa alterar a distribuição de riscos do contrato.

Considere-se o exemplo de uma concessão comum (que não tem portanto previsão de pagamento público ao concessionário) e em que o Poder Concedente e o concessionário acordam que o Poder Concedente reequilibrará o concessionário por meio de pagamento direto, mas a prazo, em 10 prestações. Evidentemente que essa forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetou a distribuição de riscos contratual, pois ela levará o concessionário a assumir o risco de crédito do Poder Concedente (que o concessionário não assumia no desenho originário do contrato).

Essa alteração da distribuição de riscos originária do contrato para compensação ao concessionário é, contudo, lícita e economicamente razoável. Portanto, não há razão para o contrato vedá-la.

Projeto Referencial será também utilizado para definir a forma e os valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela realização do Novo Investimento.

4.6. A versão final do Projeto Referencial aprovado pelas Partes deverá ser representado por um Plano de Negócios relativo ao Novo Investimento (“Plano de Negócios do Novo Investimento”).

4.7. A Planilha do Plano de Negócios do Novo Investimento será utilizada para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para a efetivação da matriz de riscos e descumprimentos do contrato relativos ao Novo Investimento.

4.8. É facultado à Concessionária declinar a realização de Novo Investimento de plano, quando da solicitação do Poder Concedente mencionada no item 4.3, ou por ocasião da definição das condições dos Novos Investimentos.

4.8.1. No caso da Concessionária declinar a realização de Novo Investimento após a realização do Projeto Referencial, será assegurado à Concessionária a percepção do reembolso do preço do Projeto Referencial, conforme definido no item 4.3.3., e do custo de contratação dos consultores eventualmente escolhidos pelo Poder Concedente, conforme item 4.4.

5. A celebração dos aditivos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato

5.1. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será sempre realizada por meio da assinatura de aditivo contratual.

A intenção originária da regra de proibição de alteração da distribuição de riscos por meio do processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro era evitar que o reequilíbrio fosse realizado sem levar em consideração a matriz de riscos no processo de verificação da existência do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Isso pode ser obtido por meio da inclusão nos contratos de concessão e PPP de cláusula bem menos abrangente que aquela que proíbe a modificação da distribuição de riscos pelo processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Basta, para isso, uma cláusula que condicione o início do processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro à verificação da responsabilidade da Parte Devedora pelo risco do evento gravoso que afetou a Parte Credora.