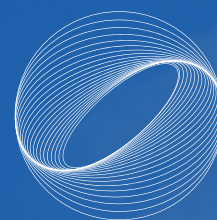


POLICY PAPER

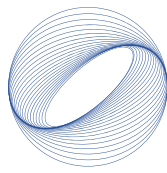
# Reequilíbrios cautelares e por evidência nos contratos de arrendamento portuário



**IBDRE**

Perspectivas em movimento





**IBDRE**  
Perspectivas em movimento

Elaborado pelos integrantes de subcomissão vinculada à  
**Comissão de Portos** do Instituto Brasileiro de Direito Regulatório – IBDRE.

**Autores e membros da Comissão de Portos:**

**Rafael Wallbach Schwind**  
Presidente da Comissão de Portos

**Luiz Eduardo Altenburg de Assis**  
Vice-presidente da Comissão de Portos

**Caroline de Lima Rodrigues**

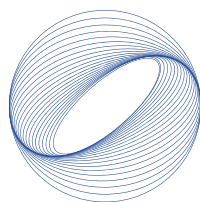
**Paulo Vinicius Liebl Fernandes**

**Thiago Priess Valiati**

**Ana Paola Ghizoni de Macedo**

**Bruno Guimarães Bianchi**

**Pedro Henrique Ferreira**



# IBDRE

Perspectivas em movimento

## O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO REGULATÓRIO

Regular mercados é tarefa tão desafiadora quanto necessária para a garantia de uma sociedade livre, justa e desenvolvida. E, se o desenvolvimento como liberdade é o caminho para uma sociedade próspera e equânime, regular mercados de modo a assegurar a justa medida entre a liberdade econômica e o bem-estar social demanda estudo sério, científico e multidisciplinar.

Sediado em Brasília/DF, o IBDRE é o fruto de uma iniciativa de estudiosos e profissionais do Direito Regulatório que se uniram para pensar e participar ativamente da construção de uma regulação inteligente, sóbria e que respeite direitos. A regulação de setores relevantes e muitos deles inéditos tem ditado a arena pública brasileira de uma forma nova: ela anseia por debates sérios e calcados em evidências. Ciente disso, o IBDRE pretende se colocar como ator importante no aprimoramento dessas regulações.

Essa atuação do IBDRE se dará por meio da realização de eventos, da publicação de artigos científicos e até mesmo da confecção de propostas de textos legislativos. Numa palavra: tudo o que possa servir para a construção de um cenário regulatório justo e seguro.

Trazer conhecimento científico ao debate público sobre a regulação é um compromisso do IBDRE. Um compromisso do IBDRE com o desenvolvimento do país.

Com este propósito, a **Comissão de Portos do IBDRE** elaborou este Policy Paper que tem por objetivo fomentar a discussão de um tema relevante ao setor.

**Conrado Gama Monteiro**

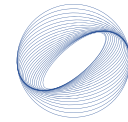
Presidente

**André Portugal**

1º Vice-presidente

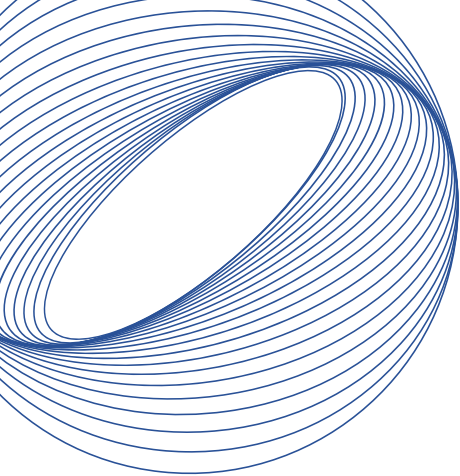
**Thiago Priess Valiati**

2º Vice-presidente



## SUMÁRIO

<b>01 INTRODUÇÃO</b>	<b>05</b>
1.1 Contextualização e propósito deste Policy Paper	05
1.2 Resumo executivo	07
<b>02 EXPERIÊNCIAS EXISTENTES</b>	<b>10</b>
2.1 A garantia do equilíbrio econômico-financeiro	10
2.2 questão do tempo para o reequilíbrio e os possíveis instrumentos para a mitigação dos efeitos negativos	10
2.3 As previsões em lei formal que dão suporte à adoção de medidas provisórias e cautelares de reequilíbrio pela Administração Pública	11
2.3.1 A implementação provisória de reequilíbrio na Lei da Reforma Tributária (LC 214/2025)	11
2.3.2 As previsões legais sobre medidas cautelares pela Administração Pública	12
2.3.3 A celebração de compromissos para eliminação de incerteza jurídica na LINDB	13
2.3.4 O dever legal de boa-fé e de mitigar os danos	13
2.4 As previsões infralegais de medidas de mitigação dos desequilíbrios contratuais	14
2.4.1 As normas da SPI e da ANTT	15
2.4.2 Principais aspectos da Resolução da SPI e da Instrução Normativa da ANTT	15
2.4.2.1 A qualificação da medida e as limitações à discricionariedade	15
2.4.2.2 Distinção entre “reequilíbrio parcial de natureza cautelar” e “reequilíbrio parcial baseado em evidência”	16
2.4.2.3 Diretrizes para a escolha da medida de reequilíbrio parcial	16
2.4.2.4 Formas de recomposição parcial do equilíbrio	17
2.4.2.5 Limitação quantitativa das medidas de reequilíbrio parcial	17
2.4.2.6 Aspectos procedimentais	17
<b>03 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E A PERTINÊNCIA DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE DESEQUILÍBRIOS</b>	<b>18</b>
3.1 A aplicação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de exploração de instalações portuárias	18
3.2 A inexistência de um modelo fechado de equilíbrio econômico-financeiro e de recomposição	18
3.3 A relevância de se prever mecanismos de reequilíbrio parcial de natureza cautelar ou baseado em evidência para os contratos de exploração de instalações portuárias	20
<b>04 DESAFIOS À INCORPORAÇÃO DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE DESEQUILÍBRIOS NOS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS</b>	<b>21</b>
4.1 A identificação de desafios que precisam ser enfrentados na normatização do tema no setor portuário	21
4.2 A questão da liberdade na fixação de preços e de política comercial	21
4.3 A questão dos eventos já materializados	22
4.4 A questão dos arrendamentos simplificados	22
<b>05 PROPOSTAS PARA A SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS IDENTIFICADOS PARA A INCORPORAÇÃO DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE DESEQUILÍBRIO AO SETOR PORTUÁRIO</b>	<b>25</b>
5.1 Clareza conceitual	25
5.2 Clareza quanto aos critérios de cabimento das medidas mitigadoras	25
5.3 Definição precisa de competências	26
5.4 A necessidade de um procedimento definido	26
5.5 Estabelecimento de medidas mitigadoras que sejam compatíveis com o setor portuário	26
5.6 A necessidade de tratamento isonômico aos prestadores	26
5.7 A questão dos arrendamentos simplificados	27
5.8 A criação de mecanismo que ofereça uma margem de ajuste	27
5.9 Prioridade de tramitação	27
5.10 Conclusão final	27



# 01

## INTRODUÇÃO

### 1.1 Contextualização e propósito deste Policy Paper

É comum que contratos de longo prazo em setores relevantes de infraestrutura sofram interferências, por diversos motivos, ao longo da sua vigência. Algumas dessas ocorrências podem levar ao seu desequilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, surge a questão do tempo para a adoção das medidas de reequilíbrio.

Uma demora excessiva para a implementação das providências necessárias ao restabelecimento da equação econômico-financeira gera efeitos negativos evidentes: (i) agrava-se o desequilíbrio já existente, ampliando-se os riscos financeiros para as partes, (ii) provoca-se insegurança jurídica para a parte prejudicada, (iii) geram-se riscos à qualidade dos serviços prestados, à financiabilidade do empreendimento e à sua própria viabilidade econômica, bem como (iv) tem-se um comprometimento ou até mesmo uma potencial inviabilização da competitividade do prestador quando os serviços são explorados em regime de concorrência e com liberdade de definição de políticas comerciais.

O resultado pode ser desastroso não só para as partes do contrato, mas também para os usuários do serviço. Quando se trata de um setor de infraestrutura relevante, o país como um todo sai perdendo.

Todas essas questões se colocam no setor portuário.

Os serviços portuários são fundamentais para o país. Cerca de 95% das exportações do Brasil ocorrem por meio dos portos.<sup>1</sup> Uma parcela relevante dessa movimentação se dá em terminais portuários arrendados pelo Estado brasileiro à iniciativa privada por meio de contratos públicos de arrendamento, que asseguram a existência de uma equação econômico-financeira. Se essa equação está desequilibrada, surge um problema que afeta a logística nacional. **Daí a necessidade de instituição de mecanismos que proporcionem uma maior celeridade aos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro.**

Nos últimos anos, a questão do tempo para a adoção das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão, parcerias público-privadas e arranjos contratuais similares tem despertado maior atenção dos estudiosos e dos reguladores. Tem-se consciência de que o reequilíbrio tardio é uma distorção séria e que devem ser desenvolvidas medidas que mitiguem os riscos dos investidores e do próprio poder público, sempre levando em conta a necessidade de se garantir a prestação de serviços de qualidade e de se incentivar os investimentos privados em infraestrutura.

<sup>1</sup> Conforme dados da ANTAQ disponíveis em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/2025/registre-nos-portos-setor-aquaviario-movimentacao-mais-de-1-32-bi-de-toneladas-em-2024>, acesso em 28.2.2025. Dados mais detalhados podem ser consultados no Anuário da ANTAQ. O Anuário de 2023, finalizado em fevereiro de 2024, pode ser consultado em: [https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/2024/copy\\_of\\_Anurio2023.pdf](https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/2024/copy_of_Anurio2023.pdf), acesso em 28.2.2025.

Há duas normas em vigor que enfrentam a necessidade de haver medidas mitigadoras dos impactos de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos públicos: (i) a Resolução SPI nº 19, de 29.5.2023, da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo (“SPI”), que dispõe sobre medidas de mitigação dos impactos de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de delegação de serviços públicos no âmbito daquela Secretaria; e (ii) a Instrução Normativa nº 33, de 14.11.2024, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), que trata de medidas mitigadoras de desequilíbrios em contratos de concessão rodoviária.

Além disso, de modo mais genérico, a Lei Complementar nº 214/2025 (“Lei da Reforma Tributária”), de 16.1.2025, contém regra prevendo a implementação de reequilíbrio econômico-financeiro de forma provisória quando a contratada demonstrar relevante impacto financeiro na execução contratual.

Esse cenário não é alheio ao setor portuário. O tema é objeto de preocupação por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. **A Agenda Regulatória para o período 2025-2028, aprovada na Reunião Ordinária de Diretoria Colegiada nº 578, realizada em 12.12.2024, por meio do Acórdão nº 783-2024, entre os dezoito temas selecionados, inseriu justamente no eixo temático das instalações portuárias a questão da “Recomposição cautelar do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados e concessões” (item 3.7).<sup>2</sup>**

Neste Policy Paper, o IBDRE, por meio de sua Comissão de Portos, pretende contribuir para a discussão do tema. Partindo da premissa de que a problemática do tempo para a adoção

das medidas de reequilíbrio se coloca também no setor portuário, com especial foco nos contratos de arrendamento de instalações portuárias, este estudo busca aprofundar a análise das figuras do reequilíbrio cautelar e do reequilíbrio por evidência, examinando a sua compatibilidade com os contratos de exploração de infraestruturas no setor portuário.

Depois do Capítulo 1, consistente nesta introdução, serão analisadas as normas existentes e que dão suporte ao reequilíbrio provisório tanto de natureza cautelar quanto por evidência (Capítulo 2). O Capítulo 3 tratará do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de arrendamento portuário, demonstrando, ao final, que as providências mitigadoras de desequilíbrio guardam pertinência com esses arranjos contratuais. No Capítulo 4, serão destacados alguns desafios que entendemos que precisarão ser endereçados para a aplicação das providências mitigadoras de desequilíbrios no setor portuário. O Capítulo 5 relacionará alguns pontos que entendemos pertinentes para uma futura regulação da ANTAQ acerca do assunto.



<sup>2</sup> <https://www.gov.br/antag/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/governanca-regulatoria/agenda-regulatoria-ar/agenda-regulatoria-2025-2028-07-01-25.pdf>, acesso em 27.2.2025.

## 1.2 Resumo executivo

Conforme exposto adiante, este Policy Paper apresenta a seguinte estrutura de exposição e conclusões:

### A) Colocação do problema

É comum que contratos de longo prazo em setores relevantes de infraestrutura, como no portuário, sofram interferências ao longo da sua vigência, sendo que algumas delas podem levar à necessidade do seu reequilíbrio. Nesse contexto, surge a questão do tempo. A adoção tardia de medidas de reequilíbrio pode

causar efeitos negativos evidentes, como o agravamento dos desequilíbrios, insegurança jurídica, comprometimento da qualidade dos serviços e da financiabilidade dos projetos e até mesmo a inviabilização da competitividade do prestador.

### B) As soluções já concebidas

Há diversos mecanismos para reduzir o problema da demora na adoção das medidas de reequilíbrio. Um deles consiste na fixação de prazos para decisão, o que costuma não ser muito efetivo. Por isso, tem chamado a atenção da doutrina e dos reguladores a possibilidade de adoção de providências mitigadoras de desequilíbrios: os reequilíbrios provisórios de natureza cautelar e por evidência. As normas pioneiras sobre o assunto são a Resolução SPI nº

19, de 29.5.2023, da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo (“SPI”), e a Instrução Normativa nº 33, de 14.11.2024, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”). Até mesmo a Lei Complementar nº 214/2025 (“Lei da Reforma Tributária”), de 16.1.2025, tangenciou o tema, que está na Agenda Regulatória da ANTAQ para o período 2025-2028 (item 3.7).

### C) O embasamento normativo já existente

Mesmo antes das normas mencionadas acima, já havia embasamento normativo para que a Administração Pública adote providências destinadas a minorar os efeitos de desequilíbrios econômico-financeiros: (i) a Lei 9.784/99 contém regra prevendo a adoção de medidas cautelares (art. 45), sendo que o mesmo se aplica também a agências reguladoras, inclusive a ANTAQ, que possuem regras específicas sobre a adoção de medidas cautelares de ofício ou por provocação dos interessados, bem como ao Ministério de Portos e Aeroportos e à sua Secretaria Nacional de Portos, que atuam como Poder Concedente de ativos do setor portuário; (ii) a

LINDB (art. 26) estabelece que, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, a Administração Pública, quando presentes razões de relevante interesse geral, pode celebrar compromisso com o interessado (o que reforça o cabimento de medidas que resultem inclusive de soluções consensuais com o particular); e (iii) há no Código Civil o dever de boa-fé entre os contratantes, sendo que uma de suas facetas consiste no dever de mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*). Em suma, há um poder geral de cautelaridade administrativa, que serve de fundamento para a adoção de providências mitigadoras dos efeitos nocivos de um desequilíbrio contratual.

## D) Aspectos gerais das normativas da SPI e da ANTT

Examinando-se a Resolução da SPI e a Instrução Normativa da ANTT, podem ser identificados alguns aspectos gerais relevantes: (i) embora as medidas mitigadoras dos efeitos dos desequilíbrios sejam qualificadas como uma faculdade da Administração Pública, há questões que são de avaliação obrigatória, o que limita a discricionariedade envolvida, tornando-as obrigatórias em certas ocasiões; (ii) há uma distinção (muito clara e didática na Instrução Normativa da ANTT) entre “reequilíbrio parcial de natureza cautelar” e “reequilíbrio parcial baseado em evidência”, sendo que cada um possui requisitos próprios;

(iii) as normas definem diretrizes para a escolha da medida de reequilíbrio parcial a ser implementada no caso concreto; (iv) as normas preveem alternativas semelhantes para a mitigação dos desequilíbrios, que são bastante variadas; (v) as normas estabelecem uma limitação quantitativa das medidas de reequilíbrio parcial (80%), de modo a preservar uma margem a ser ajustada na tomada final de decisão; (vi) as normas, com especial ênfase a da ANTT, preveem um procedimento a ser seguido para a adoção de providências mitigadoras de desequilíbrios.

## E) O regime do equilíbrio econômico-financeiro e as medidas de reequilíbrio no setor portuário

É inegável que se assegura o equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de arrendamento portuário. No entanto, não há um regime jurídico único que discipline a equação econômico-financeira de todos os modelos contratuais adotados. Cabe a cada instrumento contratual estabelecer a disciplina incidente sobre as variáveis que integram a sua equação econômico-financeira, ajustando-as de acordo com as particularidades do objeto contratual. Tal como em outros setores, as providências mitigadoras dos efeitos de um desequilíbrio contratual são pertinentes ao setor portuário. Há, na realidade, dois fatores

adicionais que reforçam a sua importância: (i) os serviços são prestados em regime de concorrência, com liberdade de preços e de exercício de política comercial; e (ii) os contratos de arrendamento portuário possuem previsões de investimento abertas, com uma margem de liberdade para que o arrendatário promova certos investimentos adicionais, inclusive para melhorar a sua competitividade no mercado em que atua. Portanto, é visível a necessidade de que os desequilíbrios econômico-financeiros de contratos de arrendamento portuário sejam endereçados e resolvidos com agilidade.

## F) Desafios que precisarão ser enfrentados no setor portuário

Embora seja inquestionável a importância das medidas mitigadoras de desequilíbrios no setor portuário, a introdução de regras sobre o tema deverá enfrentar alguns desafios nesse setor: (i) as medidas parciais de reequilíbrio cautelar ou por evidência deverão levar em conta a questão da liberdade dos arrendatários na fixação de preços e de política comercial, do que se conclui que providências

típicas de outros setores (como aumentos tarifários) não podem ser simplesmente transpostas ao setor portuário; (ii) a previsão do art. 10, §2º, da Resolução ANTAQ 85/2022, de que a avaliação do desequilíbrio será realizada “exclusivamente sobre eventos já materializados” não impede a adoção de medidas mitigadoras de desequilíbrios, uma vez que a regra em questão não impede a

adoção de medidas parciais, ainda mais quando se sabe que o fator de desequilíbrio já ocorreu e gerará efeitos por um determinado tempo (ou até o fim do contrato); e (iii) no caso dos arrendamentos simplificados, o prazo contratual reduzido aumenta a relevância das medidas mitigadoras de desequilíbrios, mas pode haver dificuldades maiores na

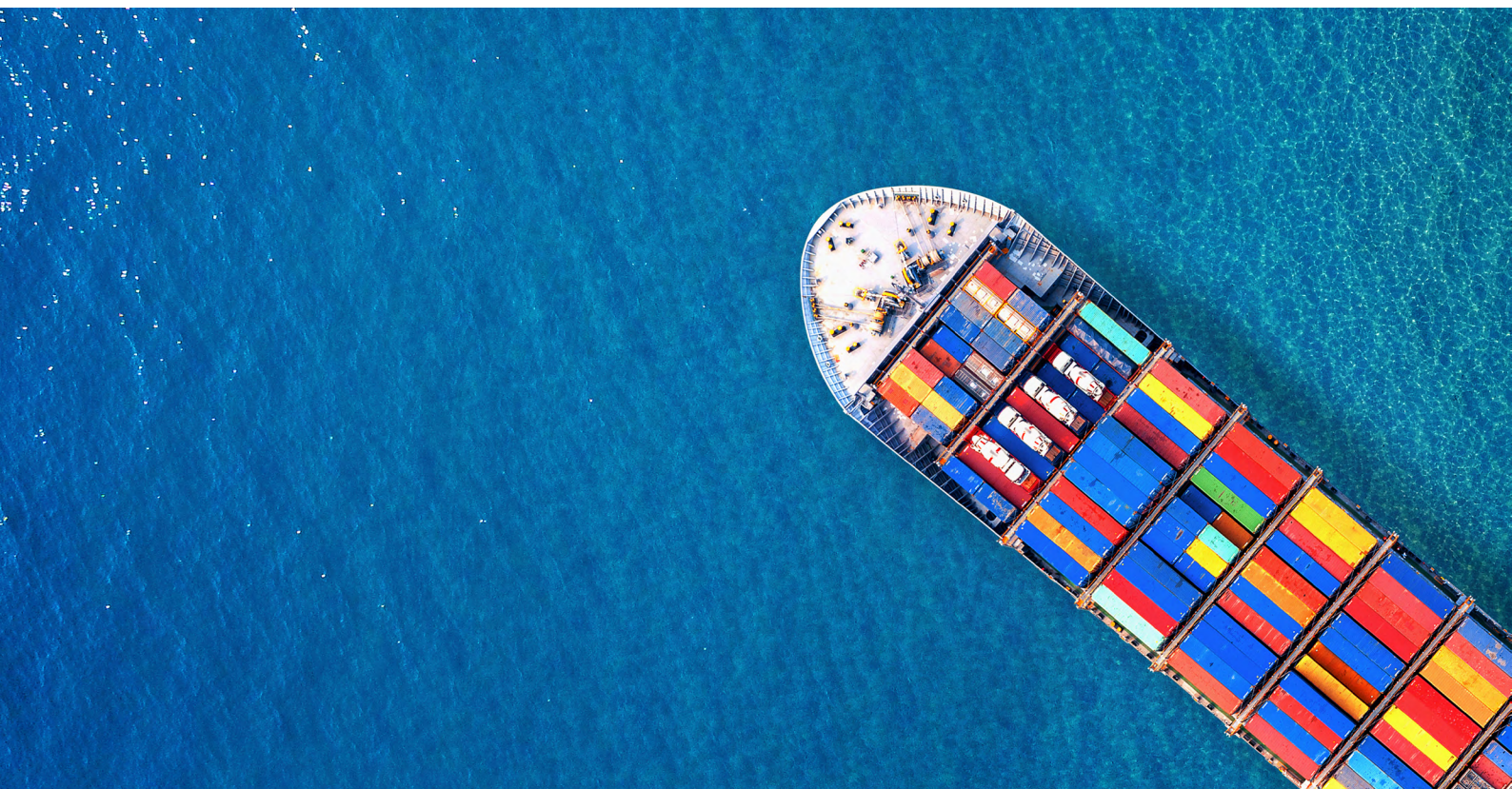
sua definição dada a ausência de “análise econômico-financeira do empreendimento, com base na previsão da demanda, nas receitas e nos dispêndios relativos à exploração dos serviços a serem realizados, com objetivo de atestar a viabilidade do empreendimento” (conforme art. 3º, inciso I, da Resolução ANTAQ nº 85/2022).

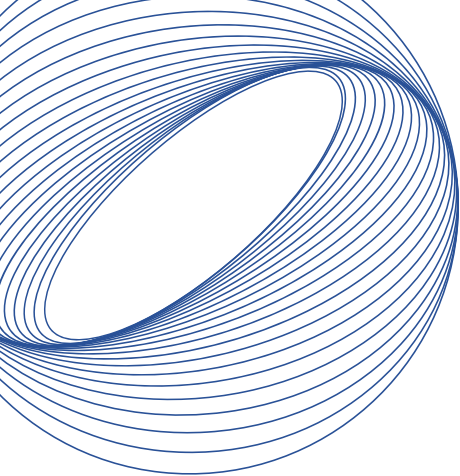
G)

### Propostas para a implementação das medidas de reequilíbrio parcial no setor portuário

Ao final, são apresentadas algumas sugestões que poderão ser avaliadas e endereçadas na normatização do tema no âmbito do setor portuário: (i) deve haver uma clareza conceitual de modo que haja uma aplicação adequada dos mecanismos; (ii) deve haver clareza quanto aos critérios exigidos para a adoção de medidas mitigadoras de um desequilíbrio contratual; (iii) deve haver uma definição precisa de competência entre as autoridades; (iv) deve ser previsto um procedimento específico e

devidamente delineado para que haja maior segurança jurídica na sua aplicação; (v) as medidas mitigadoras previstas devem ser compatíveis com a lógica do setor portuário; (vi) há a necessidade de tratamento isonômico entre prestadores que estejam na mesma situação; (vii) os arrendamentos simplificados deverão contemplar regras específicas; (viii) entende-se que é viável e relevante a criação de mecanismo que ofereça uma margem de ajuste a ser compensada no reequilíbrio final.





# 02

## EXPERIÊNCIAS EXISTENTES

### 2.1 A garantia do equilíbrio econômico-financeiro

Para grande parte da doutrina, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos decorre da previsão contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.<sup>3</sup>

No plano legal, a garantia encontra respaldo nas Leis nº 14.133/2021 e 8.987/1995, que regem as contratações públicas e as concessões, respectivamente, na regulação setorial e, de

maneira geral, nos contratos de concessão comum e de parceria público-privada.

A ideia geral é que, em uma contratação pública, forma-se uma relação entre encargos e vantagens das partes. Há uma distribuição de riscos entre elas. Quando ocorre algum evento que desequilibre essa relação, verifica-se a quem é atribuível o risco e promove-se o reequilíbrio econômico-financeiro da contratação.<sup>4</sup>

### 2.2 A questão do tempo para o reequilíbrio e os possíveis instrumentos para a mitigação dos efeitos negativos

Apesar de a legislação contemplar de modo amplo a garantia da manutenção da equação econômico-financeira, não há maiores preocupações no estabelecimento de regras quanto ao tempo de implementação das medidas de reequilíbrio.

Uma exceção é a previsão do art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995. O dispositivo estabelece que, quando há uma alteração unilateral de um contrato de concessão que afete o seu equilíbrio econômico-financeiro inicial, o poder

concedente deverá restabelecer a equação de modo concomitante à alteração.<sup>5</sup> Ou seja, não é possível que se imponham medidas que alterem a equação econômico-financeira de um contrato de concessão e que simplesmente se deixe para depois a adoção da medida de recomposição do equilíbrio. Ela deve ser concomitante à providência de alteração do contrato.<sup>6</sup>

Entretanto, para outras situações, não há uma regra clara no mesmo sentido – inclusive, é verdade, porque certos eventos que provocam

<sup>3</sup> A existência de um embasamento constitucional para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro não é pacífica. Gustavo Kaercher Loureiro e Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, por exemplo, problematizam o tema em interessante estudo sobre a questão (disponível em <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/a83b32c5-133e-4b10-be1d-342b25138e46/content>, acesso em 6.3.2025). De todo modo, não é objeto deste estudo discutir o embasamento do equilíbrio econômico-financeiro. O que importa é que não há dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece essa garantia e possui regras destinadas a que ela seja efetivamente observada. Sua não observância, ou sua observância tardia, é uma distorção incompatível com o sistema jurídico.

<sup>4</sup> Muitas vezes, a definição sobre a quem atribuir o risco é complexa. De todo modo, não é objetivo deste estudo tratar do equilíbrio econômico-financeiro propriamente dito.

<sup>5</sup> O § 4º do art. 9º da Lei 8.987/1995 tem a seguinte redação: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

<sup>6</sup> Ressalva-se aqui a possibilidade de consenso entre as partes. Por se tratar de um direito patrimonial disponível, a parte que teve o contrato desequilibrado por uma alteração contratual pode concordar com a ausência de sua recomposição concomitante. Mas não pode ser obrigada a isso.

o desequilíbrio econômico-financeiro não decorrem de alterações contratuais, mas de circunstâncias imprevisíveis quanto à sua ocorrência e (ou) a sua extensão.

Uma sistemática que alguns contratos adotam diz respeito ao estabelecimento de um prazo para decisão acerca de um pleito de reequilíbrio. Ao se estabelecer um limite temporal para a tomada de decisão, infere-se que esse prazo se aplica também à adoção concreta da medida de reequilíbrio. Afinal, não haveria efetividade em se estabelecer um prazo máximo para a tomada de decisão e não se prever prazo algum para a adoção efetiva de uma medida de reequilíbrio.

De todo modo, é comum que mesmo os prazos contratuais para decisão não sejam observados. Em certas situações, a tomada de decisão demanda uma instrução

probatória mais complexa e demorada. Assim, o estabelecimento de um prazo máximo para decisão acerca de um pedido de reequilíbrio não costuma ter muita efetividade prática.

Nesse contexto, surge a ideia de se adotar providências de natureza cautelar, provisória, destinadas a mitigar um desequilíbrio. Ou seja, ainda que não haja uma certeza absoluta acerca de todos os detalhes do reequilíbrio necessário (quantificação do seu impacto, definição final da medida de recomposição etc.), há segurança suficiente para se inferir que o reequilíbrio é devido ou que a ausência de adoção de providências imediatas causará danos irreversíveis. Assim, para se evitar o seu agravamento, com possíveis danos à própria prestação dos serviços, estabelecem-se medidas, de modo provisório (cautelar ou baseado em um juízo de evidência), para minorar os impactos negativos do desequilíbrio.

## 2.3 As previsões em lei formal que dão suporte à adoção de medidas provisórias e cautelares de reequilíbrio pela Administração Pública

A competência da Administração Pública para a implementação de medidas provisórias de minoração dos efeitos de um desequilíbrio

econômico-financeiro pode ser extraída da legislação.<sup>7</sup>

### 2.3.1 A implementação provisória de reequilíbrio na Lei da Reforma Tributária (LC 214/2025)

A regra que mais se aproxima disso está na recente Lei Complementar nº 214/2025, de 16.1.2025 (“Lei da Reforma Tributária”).

Essa lei contém um capítulo inteiro (Capítulo IV) tratando do reequilíbrio econômico-financeiro que poderá ocorrer

em virtude das alterações tributárias por ela estabelecidas. Nesse contexto, o § 4º do art. 376 contém a seguinte previsão: “Nos termos da regulamentação, o reequilíbrio econômico-financeiro poderá, a critério da administração pública, *ser implementado de forma provisória nos casos em que a contratada demonstrar*

<sup>7</sup>Sobre o tema, confira-se: CABRAL, Flávio Garcia. Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa; Belo Horizonte: Fórum, 2021. Após tratar dos fundamentos teóricos que relaciona como sendo a eficiência do processo administrativo, a teoria dos poderes implícitos, a supremacia do interesse público e o princípio da boa administração pública, o doutrinador conclui da seguinte forma: “a existência de uma cautelaridade administrativa se estriba não em um único princípio, ou em uma única teoria jurídica, mas sim em um robusto conjunto teórico-normativo que, analisado conjuntamente, confere sustentáculo hábil a se invocar a presença do dever-poder de cautela da Administração Pública. Desta feita, pode-se sustentar que a cautelaridade administrativa pode ser defendida à luz da necessidade de eficiência da atuação administrativa, decorrente de um dever de prevenção/precaução próprio do princípio da boa administração pública, sendo o instrumento hábil, conferido pela ordem jurídica, ainda que de maneira implícita, para alcançar, no maior grau possível, o interesse público” (cit., p. 93).

*relevante impacto financeiro na execução contratual decorrente da alteração na carga tributária efetiva, devendo a compensação econômica ser revista e ajustada por ocasião da decisão definitiva do pedido”.*

Note-se que a norma se reporta à edição de regulamento para tratar da questão em mais detalhes. De todo modo, ao menos em relação aos impactos das alterações tributárias, já há lei formal estabelecendo alguns requisitos para a implementação de medidas de reequilíbrio “de forma provisória”: (i) deve haver a

demonstração de relevante impacto financeiro em razão do evento que causou o desequilíbrio; e (ii) a compensação econômica deverá ser revista e ajustada na decisão final do pedido de reequilíbrio.

De todo modo, não é esta a única lei formal que confere embasamento a medidas dessa natureza. A competência para a adoção de providências que minorem os efeitos negativos de um desequilíbrio econômico-financeiro pode ser deduzida a partir de outras disposições.

### 2.3.2 As previsões legais sobre medidas cautelares pela Administração Pública

Há regras legais que autorizam os agentes administrativos a implementar providências acautelatórias em caso de risco iminente, tal qual previsto no art. 45 da Lei 9.784/1999 (“Lei Federal de Processo Administrativo”).<sup>8</sup> Com esse mesmo sentido, previsões legais que tratam da competência, organização e funcionamento das agências reguladoras e permitem a adoção de medidas cautelares por elas.<sup>9</sup>

Embora alguns dispositivos, como o art. 45 da Lei 9.784/1999, pareçam ter por foco mais direto a adoção de providências cautelares que possam eventualmente restringir um direito do interessado – tanto é que podem ser adotadas sem sua prévia manifestação quando há um risco de dano iminente –, o fato é que não se afasta a possibilidade de adoção de providências cautelares positivas a pedido de um regulado.<sup>10</sup>

Tanto é que há muito tempo as agências reguladoras possuem regras específicas sobre a adoção, de ofício ou mediante provocação, de providências cautelares. Isso se dá normalmente em casos de urgência, fundado receio de grave lesão ao interesse público ou de risco ao resultado útil do processo, considerando a probabilidade do direito invocado.<sup>11</sup>

De forma semelhante, a Portaria nº 530, de 13 de agosto de 2019, do então Ministério da Infraestrutura, foi alterada pela Portaria nº 1.166, de 5 de outubro de 2021, para passar a disciplinar, em seu Capítulo VI-A, medidas cautelares administrativas. De acordo com a norma, que será tratada em mais detalhes abaixo, a arrendatária poderá requerer medidas acautelatórias como suspensão total ou parcial de obrigações contratuais de desempenho,

<sup>8</sup> O art. 45 da Lei 9.784/1999 tem a seguinte redação: “Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

<sup>9</sup> Por exemplo, o art. 78-C da Lei 10.233/2001 estabelece o seguinte em relação a processos sancionadores conduzidos pela ANTT: “No processo administrativo de que trata o art. 78-B, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares de necessária urgência”.

<sup>10</sup> Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal: comentário à Lei no 9.784 de 29.1.1999. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217; CABRAL, Flávio Garcia. Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 229-230.

<sup>11</sup> Nesse sentido é a regra contida no caput do art. 40 da Resolução no 66/2022 da ANTAQ: “ Art. 40. A Diretoria Colegiada ou o Diretor-Geral, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao interesse público ou de risco ao resultado útil do processo, considerando a probabilidade do direito invocado, poderá, de ofício ou mediante provocação, conceder medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, motivadamente, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que a Agência decida sobre o mérito da questão suscitada”.

investimento, pagamento, entre outras, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo da demora.

Tais normas já são suficientes para ao

### 2.3.3 A celebração de compromissos para eliminação de incerteza jurídica na LINDB

O art. 26 da LINDB estabelece que, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, a Administração Pública, quando presentes razões de relevante interesse geral, pode celebrar compromisso com o interessado.

Uma medida de natureza provisória destinada a minorar os efeitos de um desequilíbrio econômico-financeiro atende todos esses requisitos. Primeiro, uma situação de desequilíbrio normalmente envolverá um contexto de incerteza jurídica ou mesmo contencioso. Segundo, poderá haver razões de relevante interesse geral para que a medida seja tomada, uma vez que sua ausência tem o potencial de comprometer a execução do contrato, sua financiabilidade e a prestação dos serviços. Terceiro, o instrumento para sua

menos dar fundamento à competência para a adoção de providências cautelares e provisórias destinadas a minorar os efeitos negativos de desequilíbrios contratuais.

implementação pode ser a celebração de um compromisso entre as partes, eventualmente por um termo aditivo, memorando de entendimentos ou outra forma similar, a fim de operacionalizar a providência provisória a ser implementada, sempre na busca de uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (LINDB, art. 26, § 1º, I).

A adoção de medidas cautelares e provisórias de mitigação dos impactos de um desequilíbrio inclusive deve levar em conta as consequências práticas da decisão (art. 20 da LINDB), comparando-se esse cenário com a não adoção da medida. Caberá à Administração avaliar fundamentadamente as decorrências da não adoção da medida sobre a execução contratual.

### 2.3.4 O dever legal de boa-fé e de mitigar os danos

O ordenamento jurídico contempla ainda o dever de boa-fé entre as partes de um contrato e de mitigação dos danos (*duty to mitigate the loss*).<sup>12</sup>

O dever de boa-fé entre os contratantes está positivado no art. 422 do Código Civil. Uma das diversas decorrências da boa-fé consiste justamente no dever de mitigar os prejuízos sofridos. Nesse sentido o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) estabelece o seguinte: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Normalmente, quando se trata do dever de mitigação dos danos, pensa-se na situação em que o prejudicado deve evitar o agravamento do seu próprio prejuízo. Entretanto, esse entendimento não abarca todas as possibilidades. A parte que causou dano à outra deve mitigar também esses danos. E, mesmo quando o dano não foi causado pelas partes, há um dever, atrelado à matriz de risco do contrato, de que cada parte empregue seus melhores esforços para, quando possível, mitigar não só os danos por ela sofridos, mas também aqueles sofridos pela outra parte. Trata-se inclusive de uma derivação do princípio

<sup>12</sup> Os princípios da boa-fé e do *duty to mitigate the loss* são aplicados de forma conjugada em diversos precedentes do STJ. A título de exemplo, confirmam-se: (AgInt no REsp n. 1.831.113/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.9.2020, DJe de 24.9.2020; REsp n. 1.731.351/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe de 9.9.2020.

**Num cenário de desequilíbrio econômico-financeiro, a boa-fé e o dever de mitigação de danos têm grande relevância. Quando é constatado um desequilíbrio (por exemplo, em prejuízo do particular), a Administração Pública, mesmo quando não foi a causadora do evento que atingiu a equação contratual, deverá examinar o cabimento de providências provisórias para mitigar os danos sofridos pela outra parte – danos esses que podem comprometer a execução contratual em prejuízo a todos os envolvidos.** Tais medidas poderão consistir precisamente num reequilíbrio cautelar ou baseado em juízo de evidência.

Nesse cenário, a mitigação de danos acaba sendo relevante inclusive para a Administração, não só por garantir a execução contratual – o que já é positivo –, mas também porque, ao se reduzir os impactos de um desequilíbrio, evita-se um desembolso maior pelo poder concedente quando do reequilíbrio integral.

Portanto, diversos elementos extraídos da legislação (leis formais) dão suporte à competência da Administração Pública para a implementação de medidas de natureza provisória para mitigar os efeitos de um desequilíbrio contratual.

## 2.4 As previsões infralegais de medidas de mitigação dos desequilíbrios contratuais

No plano infralegal, a própria Portaria nº 530, de 13 de agosto de 2019, já mencionada acima, do então Ministério da Infraestrutura, foi alterada pela Portaria nº 1.166, de 5 de outubro de 2021, para passar a disciplinar, em seu Capítulo VI-A, medidas cautelares administrativas.

De acordo com a norma, a arrendatária poderá requerer medidas acautelatórias como suspensão total ou parcial de obrigações contratuais de desempenho, investimento, pagamento, entre outras, quando houver

elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo da demora, sendo facultado ao Secretário Nacional de Portos “determinar outras medidas que considerar adequadas para a efetivação do provimento final, ainda que não tenham sido requeridas”<sup>13</sup>.

Mais especificamente, nos últimos dois anos foram editadas normas disciplinando a possibilidade de adoção de medidas de natureza provisória para mitigação dos efeitos de desequilíbrios econômico-financeiros.

<sup>13</sup> “Art. 122-A. A arrendatária poderá requerer medida cautelar administrativa quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo da demora, no que se refere aos processos de que trata esta Portaria. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)

§ 1º A probabilidade do direito pressupõe a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazidos pelo interessado, e a provável subsunção dos fatos à norma invocada. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)

§ 2º O perigo da demora deverá estar comprovado por meio de elementos que demonstrem, de forma clara, o perigo de dano ou o risco na ineficácia do provimento final, de maneira que seja do interesse público o deferimento da medida antecipadamente, resguardando a efetividade da decisão final. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)

Art. 122-B. A medida cautelar poderá ser efetivada mediante suspensão total ou parcial de obrigações contratuais de desempenho, investimento, pagamento e qualquer outra medida idônea para a garantia do direito. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)

§ 1º O Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários poderá determinar outras medidas que considerar adequadas para a efetivação do provimento final, ainda que não tenham sido requeridas. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)

§ 2º As obrigações contratuais não executadas em razão do deferimento da medida cautelar não ensejarão a aplicação de penalidades durante sua vigência, sem prejuízo da validade das penalidades cujo fato gerador seja anterior à data de seu deferimento. (Incluído pela Portaria nº 1.166, de 2021)”.

## 2.4.1 As normas da SPI e da ANTT

Em linhas gerais, a Resolução da SPI dispõe sobre o procedimento para avaliação e implementação de medidas de mitigação de desequilíbrios econômico-financeiros nas concessões de serviços públicos sob a alçada daquela Secretaria, a exemplo das concessões de transporte rodoviário, hidroviário, aquaviário, metroviário, além da distribuição de gás e do saneamento básico em regiões metropolitanas no Estado de São Paulo.

Mais recentemente, a ANTT editou a Instrução Normativa nº 33, de 14.11.2024 (“Instrução Normativa da ANTT”), que possui um escopo mais abrangente, englobando tanto os procedimentos gerais para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro quanto as

medidas mitigadoras no âmbito dos contratos de concessão de rodovias federais.

Apesar de essas duas normas terem âmbitos restritos de aplicação, que abrangem apenas os arranjos contratuais por elas mencionados, já há editais de licitação que têm se preocupado em prever regras disciplinando a possibilidade de medidas cautelares para minorar os efeitos de um desequilíbrio. É o caso, por exemplo, da minuta do edital da PPP do Complexo de Saúde Hospital Padre Eustáquio (HoPE), que prevê ser “viável a implementação de medidas cautelares de reequilíbrio para a mitigação do impacto eventualmente gerado por alterações legislativas de caráter tributário”.<sup>14</sup>

## 2.4.2 Principais aspectos da Resolução da SPI e da Instrução Normativa da ANTT

Cabe neste ponto analisar os aspectos mais centrais das normas da Resolução da SPI e da Instrução Normativa da ANTT. Não há aqui nenhuma pretensão de esgotar a análise dessas

normas. O objetivo é destacar os pontos mais relevantes e que podem servir de *benchmark* inclusive para a implementação do tema 3.7 da Agenda Regulatória da ANTAQ ora em curso.

### 2.4.2.1 A qualificação da medida e as limitações à discricionariedade

De acordo com o art. 2º da Resolução da SPI, a implementação das medidas mitigadoras de desequilíbrio é uma faculdade do poder concedente e não um direito subjetivo da concessionária. Em uma primeira leitura, o dispositivo dá a entender que essas medidas seriam uma competência discricionária da SPI. Essa competência, ainda segundo o dispositivo, deve ser exercida pelo Secretário de Parceria em Investimentos no âmbito de processo administrativo instaurado de ofício, por iniciativa do órgão ou agência responsável pela fiscalização do contrato ou de qualquer

interessado.

Embora preveja não se tratar de um direito subjetivo, a própria Resolução da SPI prevê que a medida deve ser obrigatoriamente avaliada pela SPI nos seguintes casos: (i) quando houver risco de comprometimento à continuidade do serviço ou à solvência da concessionária por conta do descumprimento iminente das obrigações contratuais ou do vencimento antecipado de financiamentos; (ii) diante da existência de saldo regulatório às vésperas do encerramento do prazo da

<sup>14</sup> A cláusula 24.5 e a subcláusula 24.5.1 da minuta do contrato da PPP do Complexo de Saúde Hospital Padre Eustáquio – HoPE (ainda não licitada) preveem o seguinte: “24.5. A partir da vigência de eventuais alterações legislativas de caráter tributário, inclusive aquelas relacionadas à regulamentação e aplicação da Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro 2023, que comprovadamente impactem o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, as PARTES deverão, em até 12 (doze) meses, celebrar Termo Aditivo Modificativo regradando o montante e a forma de reequilíbrio. 24.5.1. Sem prejuízo da celebração do Termo Aditivo Modificativo de que trata a subcláusula 24.5 acima, é viável a implementação de medidas cautelares de reequilíbrio para a mitigação do impacto eventualmente gerado por alterações legislativas de caráter tributário”.

concessão; e (iii) quando o impacto do desequilíbrio com efeitos for superior a 5% da receita bruta da concessionária.

No âmbito da Resolução da SPI, nem todas as situações cuja avaliação é obrigatória autorizam a implementação de medidas mitigadoras. A teor do seu art. 3º, § 4º, as medidas só podem ser aplicadas nos casos em que o desequilíbrio já tenha sido reconhecido em definitivo pelo órgão competente ou possa ser presumido em razão da similaridade com eventos de desequilíbrio reconhecidos anteriormente no próprio contrato ou em outros contratos do mesmo setor. Dessas disposições, é perceptível que a mera probabilidade do direito do concessionário não basta: é preciso que o caso concreto ou ao menos uma situação similar

já tenham sido previamente analisados pela SPI.

Seguindo-se a isso, descaracterizando ainda mais a natureza discricionária dessa competência, a Resolução da SPI prevê que a medida mitigadora do desequilíbrio deve ser **obrigatoriamente** implementada nos casos em que o desequilíbrio atender aos requisitos do § 4º do art. 3º e puder ser mitigado por meio da suspensão, acréscimo ou redução de valores devidos ao poder concedente ou à agência reguladora sem que isso comprometa as obrigações orçamentárias do Estado ou a autonomia financeira da agência. Portanto, ao menos nessa situação, é forçoso reconhecer que **o contratado possui um direito subjetivo à implementação do reequilíbrio cautelar, que deve ser assegurado pela SPI independentemente de seu juízo de conveniência e oportunidade.**

#### 2.4.2.2 Distinção entre “reequilíbrio parcial de natureza cautelar” e “reequilíbrio parcial baseado em evidência”

No âmbito da Instrução Normativa da ANTT, a principal inovação é a distinção entre reequilíbrio parcial *de natureza cautelar* e reequilíbrio parcial *baseado em evidência*.<sup>15</sup>

O reequilíbrio cautelar visa preservar o fluxo de caixa da concessão e a continuidade dos serviços diante das seguintes circunstâncias: (i) probabilidade do direito da concessionária; (ii) risco de dano ou perigo à continuidade e qualidade dos serviços; (iii) impacto superior a 2% da receita tarifária bruta do último exercício da concessionária; e (iv) ausência de perigo de irreversibilidade da medida, o que pode

ser mitigado com a oferta de garantia pela concessionária.

Já o reequilíbrio baseado em evidência tem lugar quando o direito ao reequilíbrio for incontroverso ou puder ser reconhecido de imediato e a definição do valor exigir um procedimento longo e de maior complexidade.

Nota-se que a Instrução Normativa da ANTT foi mais criteriosa na estruturação conceitual das medidas de reequilíbrio parcial, o que se reflete no regime aplicável a cada uma das duas espécies.

#### 2.4.2.3 Diretrizes para a escolha da medida de reequilíbrio parcial

Outra inovação importante da Instrução Normativa da ANTT é a definição de diretrizes para a escolha da medida de reequilíbrio parcial a ser implementada no caso concreto.

De acordo com a Instrução Normativa da ANTT, a escolha da medida deve considerar (i) a extensão e a natureza do desequilíbrio; (ii) a

viabilidade técnica e econômica das alternativas de recomposição; (iii) o impacto sobre os usuários, incluindo a modicidade e equidade tarifárias; (iv) a conformidade com as cláusulas contratuais e matriz de riscos; e (v) a capacidade de minimizar impactos negativos e maximizar os benefícios.

<sup>15</sup> A classificação feita pela Instrução Normativa da ANTT parece basear-se na classificação das tutelas provisórias do Código de Processo Civil, que podem se fundamentar “em urgência ou evidência (art. 294 do CPC). Para os processos judiciais, no entanto, o CPC estabelece requisitos muito próprios, que não podem ser simplesmente transpostos a processos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro.

#### 2.4.2.4 Formas de recomposição parcial do equilíbrio

No que se refere às formas de recomposição parcial do equilíbrio econômico-financeiro, a Resolução da SPI e a Instrução Normativa da ANTT preveem alternativas semelhantes para a mitigação do desequilíbrio.

Em ambos os casos, a autoridade competente poderá optar pelas seguintes medidas: (i) antecipação, postergação ou cancelamento de investimentos programados; (ii) inclusão de novos investimentos; (iii) suspensão

da exigibilidade de pagamentos devidos ao poder concedente ou à agência reguladora; (iv) elevação ou redução de valores devidos ao poder concedente ou à agência reguladora; (v) elevação ou redução de tarifa e outros valores devidos à concessionária, incluindo aporte e contraprestação pecuniária; (vi) indenização à concessionária; (vii) elevação ou desoneração de encargos contratuais; (viii) transferência de custos ou encargos entre as partes.<sup>16</sup>

#### 2.4.2.5 Limitação quantitativa das medidas de reequilíbrio parcial

Tanto a Resolução da SPI quanto a Instrução Normativa da ANTT trazem uma limitação de ordem quantitativa: a aplicação das medidas parciais de reequilíbrio elencadas deve ser limitada a 80% do impacto estimado e não poderá importar em recebimento de recursos antes do efetivo impacto do evento de desequilíbrio.

Ao que tudo indica, o limite percentual visa preservar uma certa “margem de erro” diante dos ajustes que devem ser necessariamente implementados após a apuração da real extensão do desequilíbrio econômico-financeiro, bem como preservar a reversibilidade da medida.

#### 2.4.2.6 Aspectos procedimentais

No que se refere ao procedimento, a Instrução Normativa da ANTT parece ir além, ao regulamentar os requisitos mínimos do pedido de recomposição, além de condicionar o cabimento da medida mitigadora à prévia admissão do processo principal de reequilíbrio.

fixa um prazo de 60 dias para análise do pedido pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária e de 180 dias para conclusão das fases de análise técnica e decisão por parte da Diretoria da ANTT, ressalvada a possibilidade de prorrogação por até 90 dias, nos casos de maior complexidade.

A Instrução Normativa da ANTT também



<sup>16</sup> Para além dessas medidas, a Instrução Normativa da ANTT prevê algumas medidas pertinentes ao setor rodoviário (alteração da localização ou inclusão de praças de pedágio, pátios de fluxo livre e cabines de bloqueio), além da alteração do prazo da concessão, que não consta dentre as medidas elencadas na Resolução SPI. Entretanto, tais medidas não são tratadas aqui, dada o fato de que este Policy Paper foi concebido para o setor portuário.

## O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E A PERTINÊNCIA DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE DESEQUILÍBRIOS

### 3.1 A aplicação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de exploração de instalações portuárias

A observância do equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia que inequivocamente se aplica aos contratos de exploração de instalações portuárias.

A Lei 12.815/2013 estabelece no art. 66 que se aplica às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalações portuárias o disposto em outras leis, inclusive a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995), que consagra no plano legal a garantia do equilíbrio econômico-financeiro.<sup>17</sup>

Além disso, diversos dispositivos do

Decreto 8.033/2013 mencionam a necessidade de recomposição da equação econômico-financeira diante de situações diversas, tais como: alteração de área (art. 24-A, II), execução de novos investimentos em caráter de urgência (art. 42, § 7º) e execução de investimentos fora da área arrendada (art. 42-A, parágrafo único).

O mesmo se coloca em diversas previsões da Portaria nº 530/2019 do Ministério da Infraestrutura, que prevê o reequilíbrio de contratos de exploração de instalações portuárias em diversas situações e ainda dispõe sobre o procedimento aplicável.

### 3.2 A inexistência de um modelo fechado de equilíbrio econômico-financeiro e de recomposição

No entanto, tem-se um regime de equilíbrio econômico-financeiro bastante aberto em relação aos contratos de exploração de instalações portuárias. Ou seja, não há um regime jurídico único que discipline a equação econômico-financeira de todos os modelos contratuais adotados na cessão onerosa da exploração de portos organizados (concessão) ou de suas áreas (arrendamento ou uso temporário)<sup>18</sup>. Cabe a cada instrumento contratual estabelecer a disciplina incidente sobre as variáveis que integram a sua equação econômico-financeira, ajustando-as de acordo com as particularidades do objeto contratual.

Mesmo assim, apesar de não haver uma estrutura paradigma, é possível identificar uma tendência de aprimoramento, nos instrumentos contratuais de exploração das instalações portuárias situadas nas poligonais dos portos organizados, para incluírem, nas suas equações econômico-financeiras, dois elementos centrais: (i) a fixação de um elevado grau de flexibilidade no estabelecimento de preços e no exercício de sua política comercial e (ii) a exigência de pagamento de uma contrapartida pela cessão onerosa da área arrendada.<sup>19</sup>

Esses dois traços encontram-se presentes

<sup>17</sup> O art. 66 da Lei 12.815/2013 estabelece o seguinte: “Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993”.

<sup>18</sup> Nesse sentido, Rafael Vêras de Freitas salienta que inexistente um regime único disciplinar da equação econômico-financeira de todos os contratos de arrendamento portuário, entendimento que pode ser expandido para os contratos de concessão e de uso temporário. (FREITAS, Rafael Vêras, *Equilíbrios Econômico-Financeiros das Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 134).

<sup>19</sup> O foco da exposição centra-se nos contratos de arrendamento de instalações portuárias. No entanto, o mesmo raciocínio se aplica de modo geral às concessões (de portos organizados, canais de acesso etc.). Apenas não se tratará dos contratos de concessão a fim de conferir maior linearidade ao texto e pelo fato de que existe até o momento de elaboração deste Policy Paper apenas um contrato de concessão de porto organizado no Brasil.

nos contratos de arrendamento portuário. Os contratos mais recentes de arrendamento de instalações portuárias seguem uma estrutura econômico-financeira definida. Cite-se, a título ilustrativo, o contrato de arrendamento da área denominada STS 11, do Porto Organizado de Santos, celebrado em 25.8.2022 com a empresa Terminal Export COFCO Ltda.

De um lado, as Cláusulas 10.1 e 10.2 do instrumento contratual<sup>20</sup> asseguram à arrendatária o direito de estabelecer livremente os preços a serem cobrados dos usuários pela execução das operações de carga/descarga, armazenagem e serviços acessórios, reservando à ANTAQ a competência para coibir eventual abuso do poder econômico, além de, na Cláusula 11.4<sup>21</sup>, estabelecer que os contratos celebrados com terceiros são regidos pelas normas de direito privado.

De outro lado, o referido contrato de arrendamento prevê duas espécies de outorgas devidas pelo arrendatário: (i) o valor do arrendamento fixo, cujo montante é precificado a partir da proposta comercial ofertada no certame licitatório, e (ii) o valor do arrendamento variável, a ser estabelecido a partir do volume de carga movimentada mensalmente na instalação portuária arrendada<sup>22</sup>.

Vê-se, portanto, que, além das variáveis econômicas características dos contratos de longo prazo (rol de investimentos mínimos, matriz de riscos e prazo de vigência), o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário encontra-se ancorado em um regime de flexibilidade na fixação de

preços e de exercício de política comercial, o qual reflete também no estabelecimento de outorgas variáveis. Esses dois aspectos sofrem os influxos das flutuações naturais da oferta e da demanda dos serviços prestados pelos arrendatários, circunstância que traz uma dose de complexidade para a apuração do equilíbrio econômico-financeiro contratual – embora, evidentemente, não comprometa a efetiva existência de um dever de observância da equação econômico-financeira.

A recomposição da equação econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário estabelece, de modo geral, que o arrendatário terá direito à compensação na hipótese de o equilíbrio do contrato ser impactado (i) por um risco alocado ao poder concedente e que (ii) provoque um reflexo econômico-financeiro negativo para o privado, resultando em uma alteração significativa nos custos e receitas<sup>23</sup>.

A quantificação do montante a ser recomposto segue metodologia do fluxo de caixa marginal, no qual são apurados os dispêndios e as receitas marginais para se calcular o valor presente líquido do evento de desequilíbrio. Esse montante deve ser comparado com o fluxo de caixa contratual, a fim de avaliar se o evento produziu um valor presente líquido (“VPL”) negativo. A compensação financeira terá por efeito neutralizar o eventual VPL negativo, o que pode se dar pelo manejo das variáveis econômicas do prazo do arrendamento, dos encargos contratuais, dos valores de outorgas fixa e variável, dentre outros.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> 10.1. Como contrapartida às Atividades, a Arrendatária poderá estabelecer o Preço a ser cobrado do Usuário, observada a prerrogativa da ANTAQ de coibir eventual abuso de poder econômico contra os usuários, mediante prévio procedimento administrativo, no qual poderá solicitar e utilizar informações fornecidas pelos interessados. 10.2. O Preço estabelecido pela prestação das Atividades será livremente fixado pela Arrendatária, compreendendo, mas não se limitando às seguintes operações: 10.2.1. Carga e/ou descarga de embarcações; 10.2.2. Carga e/ou descarga de veículos; 10.2.3. Expedição e/ou recebimento por dutos; 10.2.4. Armazenagem; e 10.2.5. Serviços acessórios (análise do produto, pesagem, limpeza de tanques etc.).

<sup>21</sup> 11.4. Os contratos celebrados entre a Arrendatária e terceiros reger-se-ão pelas normas de direito privado, não estabelecendo relação de qualquer natureza entre os terceiros e o Poder Concedente ou a ANTAQ, ressalvadas as Atividades regulatória e fiscalizatória a cargo da ANTAQ.

<sup>22</sup> “9.2.1. A Arrendatária deverá pagar à Administração do Porto os seguintes Valores do Arrendamento: I - R\$ 3.763.125,76 (três milhões, setecentos e sessenta e três mil, cento e vinte e cinco reais e setenta e seis centavos) por mês, a título de Valor do Arrendamento Fixo, pelo direito de explorar as Atividades no Arrendamento e pela cessão onerosa da Área do Arrendamento; e II - R\$ 5,63 (cinco reais e sessenta e três centavos) por tonelada de qualquer carga movimentada, a título do Valor do Arrendamento Variável; pelo direito de explorar as Atividades no Arrendamento e pela cessão onerosa da Área do Arrendamento, observando o disposto na Subcláusula 9.2.3.1”.

<sup>23</sup> A Cláusula 14.1 do contrato de arrendamento do STS 11, prescreve que “qualquer uma das partes poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nos casos em que, após a celebração deste Contrato, vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pela outra parte nos termos deste Contrato, com reflexos econômico-financeiros para a solicitante”.

<sup>24</sup> Nesse sentido, o art. 10 da Resolução ANTAQ 85/2022 estabelece o seguinte: “A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de que trata o artigo 9º será realizada de forma a neutralizar o Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo de caixa marginal real ou projetado dos impactos negativos ou positivos gerados especificamente pelo evento que ensejou a recomposição, considerando os dispêndios e receitas marginais e a taxa de desconto definida pela ANTAQ, se outra não houver sido definida no contrato de arrendamento”.

### 3.3 A relevância de se prever mecanismos de reequilíbrio parcial de natureza cautelar ou baseado em evidência para os contratos de exploração de instalações portuárias

No setor portuário, é clara a pertinência de que sejam estabelecidos mecanismos de reequilíbrio parcial de natureza cautelar e baseados em evidência.

Na realidade, os mesmos motivos que justificam as medidas dessa natureza em outros setores, como aqueles tratados pela Resolução da SPI e pela Instrução Normativa da ANTT, aplicam-se também ao setor portuário.

No entanto, há ainda dois fatores adicionais, de certa forma peculiares no setor de portos, que fazem com que o cabimento dos reequilíbrios cautelares e por evidência seja ainda mais relevante.

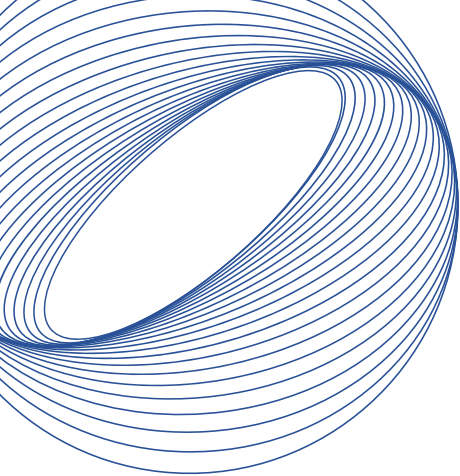
O primeiro deles é que os serviços portuários são prestados em regime de concorrência, com liberdade de preços e de definição de política comercial pelos prestadores. Essa concorrência se dá inclusive entre instalações portuárias que se submetem a regimes jurídicos distintos. Em virtude disso, é ainda mais relevante que os reequilíbrios econômico-financeiros não sejam aplicados de forma tardia. A demora na sua implementação efetiva pode comprometer a própria competitividade do arrendatário. Trata-se de uma decorrência que não se verifica, por exemplo, em setores nos quais o prestador não atua em regime de concorrência.

Note-se que a existência de prestação em regime de concorrência traz ainda outras complexidades. É essencial, por exemplo, que o poder concedente dê o mesmo tratamento a prestadores que se encontrem numa mesma

situação jurídica. Eventual tratamento não isonômico a concorrentes que estejam na mesma situação poderá provocar distorções competitivas indesejáveis.

O segundo fator que torna mais relevante o cabimento de medidas que mitiguem os efeitos de um desequilíbrio econômico-financeiro é o fato de que os contratos de arrendamento portuário possuem previsões de investimento abertas. Ou seja, muito embora existam (em regra) investimentos obrigatórios, há uma margem de liberdade para que o arrendatário promova certos investimentos adicionais, inclusive para melhorar a sua competitividade no mercado em que atua. É possível, por exemplo, executar investimentos não previstos em contrato e que o arrendatário repute relevantes (e por vezes essenciais) para o seu posicionamento no mercado. Esse fator também reforça a necessidade de que os desequilíbrios sejam resolvidos com agilidade. Um contrato desequilibrado compromete a disponibilidade financeira para a execução de investimentos e, em um mercado altamente competitivo, o usuário procurará melhores condições de serviços e preços, ocasionando a migração de carga para outro porto, e que dificilmente retornará à origem.

Portanto, é visível a necessidade de que os desequilíbrios econômico-financeiros de contratos de arrendamento portuário sejam endereçados e resolvidos com agilidade. As medidas destinadas a mitigar os efeitos nocivos de um desequilíbrio, que já são importantes em outros setores, adquirem uma relevância ainda maior no setor portuário.



## DESAFIOS À INCORPORAÇÃO DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE DESEQUILÍBRIOS NOS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS

### 4.1 A identificação de desafios que precisam ser enfrentados na normatização do tema no setor portuário

Definido que as medidas mitigadoras dos efeitos de desequilíbrios econômico-financeiros são relevantes para os contratos de arrendamento, cabe identificar alguns desafios que precisam ser superados para viabilizar a implementação de medidas provisórias de reequilíbrio cautelar ou por evidência no setor

portuário.

De nenhuma forma os desafios ora identificados constituem obstáculos. São, na verdade, peculiaridades do setor, que devem ser objeto de atenção pelos reguladores.

### 4.2 A questão da liberdade na fixação de preços e de política comercial

Um primeiro desafio à transposição ao setor portuário do regime jurídico das medidas mitigadoras de desequilíbrios, previstas na Resolução da SPI e na Instrução Normativa da ANTT, encontra-se no regime de liberdade na fixação de preços conferida aos exploradores de terminais portuários.

Ambos os diplomas regulatórios elegem, como possível medida a ser adotada para a mitigação dos eventos de desequilíbrio, a elevação ou redução das tarifas praticadas pelos operadores privados.

Contudo, em modelos contratuais pautados na liberdade de fixação de preços e de exercício de política comercial, a simples alteração dos preços praticados pelos delegatários não constitui medida efetiva para a recomposição da equação econômico-financeira. Por se sujeitarem às flutuações de oferta e demanda, e estarem

inseridos em um ambiente concorrencial, uma modificação artificial dos preços praticados em arrendamentos portuários pode ter um efeito contrário ao pretendido, agravando a situação econômico-financeira do operador privado, haja vista que prejudicará a sua competitividade frente aos demais arrendatários e autorizatários de instalações portuárias, reduzindo, com isso, o volume de receitas arrecadadas e a sua receita operacional bruta<sup>25</sup>.

Daí que **um primeiro desafio a ser enfrentado, no estabelecimento do regime jurídico das medidas mitigadoras de desequilíbrio no setor portuário reside na impossibilidade de que a recomposição parcial de natureza cautelar ou por evidência se dê por meio do aumento dos preços praticados pelos exploradores de instalações portuárias.** Outras medidas de reequilíbrio que sejam compatíveis com a lógica da regulação do setor portuário deverão ser consideradas.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> O efeito negativo decorrente da alteração dos preços em contratos de longo prazo, lastreados em uma liberdade tarifária, é destacado por Rafael Wallbach Schwind, para quem: “quando há prestação em regime de concorrência, normalmente a alteração dos preços cobrados pelo concessionário não será uma medida adequada de restabelecimento da equação econômico-financeira – uma vez que a flexibilidade dos preços passa a ser um importante instrumento de política comercial do prestador perante o mercado. Um aumento de preços como medida de reequilíbrio, portanto, tende a ser impossível porque acaba comprometendo a competitividade do concessionário e, no limite, agravando o desequilíbrio econômico-financeiro identificado”. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Formas heterodoxas de reequilíbrio econômico-financeiro, definição do mecanismo aplicável e a questão do tempo de recomposição. In: JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (coords.). *Uma visão humanista do direito – homenagem ao professor Marçal Justen Filho*. v. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 504).

<sup>26</sup> A exceção fica por conta das situações em que um contrato de arrendamento preveja preços-teto para certos serviços. Nesses casos, é possível cogitar de um aumento ou da própria eliminação do preço-teto caso se entenda que tais medidas contribuirão para reduzir o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Contudo, é necessário que haja uma razoável certeza quanto a esse efeito. Isso porque, em certas situações, a depender da elasticidade, o aumento de um preço-teto ou a sua total eliminação não terão nenhum benefício direto ao arrendatário.

### 4.3 A questão dos eventos já materializados

Outro desafio diz respeito às situações em que o arrendatário ainda não estiver experimentado os reflexos econômico-financeiros decorrentes do evento de desequilíbrio.

A Resolução ANTAQ 85/2022, que estabelece os procedimentos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento, prevê, no art. 10, §2º, que a avaliação do desequilíbrio “será realizada exclusivamente sobre eventos já materializados, observando os seus impactos no período anterior à solicitação da recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro”.

Numa leitura inicial, essa regra poderia ser considerada incompatível com as providências de reequilíbrio parcial de natureza cautelar, que, consoante dispõe o art. 23 da Instrução Normativa da ANTT, “será aplicado quando houver necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos”.

Ou seja, de um lado, a Resolução da ANTAQ exige que o desequilíbrio já esteja

materializado para que possa ser levado em consideração num processo de recomposição da equação contratual. De outro, a Instrução Normativa da ANTT admite medidas destinadas a minorar cautelarmente os efeitos de um desequilíbrio, antecipando-se providências para que os danos sejam evitados ou minorados.

Entretanto, é plenamente possível compatibilizar essas normas. Uma situação é a materialização ou não de um evento que causa desequilíbrio contratual. Esse evento pode ou não acontecer, e não cabe simplesmente deduzir que ele acontecerá para que seja levado em conta num processo de reequilíbrio. Outra situação, bem diferente, é aquela em que o evento já ocorreu e já se sabe que ele gerará efeitos negativos sobre o contrato por determinado tempo (ou mesmo por tempo indefinido). Nessa segunda situação, já existe certeza sobre a ocorrência do evento, sobre quem assume o risco em relação a ele e também quanto ao fato de que ele efetivamente desequilibra o contrato. Logo, estando presentes os pressupostos para uma decisão cautelar, é possível que haja a adoção de uma medida mitigadora dos seus efeitos negativos. Isso em nada contraria a regra prevista no art. 10, § 2º, da Resolução ANTAQ 85/2022.

### 4.4 A questão dos arrendamentos simplificados

Nos termos do § 1º do art. 6º do Decreto Federal 8.033/2013, é admitida a realização de estudos prévios de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto do arrendamento ou concessão na modalidade simplificada quando não haja alteração substancial da destinação da área objeto da concessão ou do arrendamento, nem das atividades desempenhadas pela concessionária ou pela arrendatária, desde que o prazo de vigência do contrato seja, no máximo, de dez anos.

O prazo reduzido quando comparado a arrendamentos ordinários, que costumam prever prazo de vigência de 25 anos, podendo chegar a 70 anos, já evidencia a importância e o

impacto positivo que o mecanismo de reequilíbrio parcial de natureza provisória poderia oferecer a contratos de arrendamento simplificado. Tratando-se de prazos contratuais mais curtos, passa a ser ainda mais relevante a necessidade de mitigar os efeitos de um reequilíbrio tardio.

Por outro lado, também merece consideração a metodologia de elaboração de projetos simplificados e os seus reflexos sobre eventuais processos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Os procedimentos para a elaboração dos projetos de arrendamentos com base em estudos simplificados são estabelecidos nos

arts. 6º e 7º da Resolução ANTAQ 85/2022. A partir da análise do referido normativo, observa-se que os estudos simplificados não abrangem a “análise econômico-financeira do empreendimento, com base na previsão da demanda, nas receitas e nos dispêndios relativos à exploração dos serviços a serem realizados, com objetivo de atestar a viabilidade do empreendimento”. Ou seja, não é elaborado um fluxo de caixa descontado nem estabelecido o Valor Presente Líquido (VPL) do empreendimento, conforme é exigido para arrendamentos ordinários. Em razão dessa

característica do modelo, a elaboração de fluxo de caixa marginal apto a neutralizar o VPL do contrato pode ser dificultada pela ausência de parâmetros que baseiem o equilíbrio original do contrato, em especial nos primeiros anos do arrendamento.

Foi justamente o que restou evidenciado em resposta da Comissão Permanente de Licitação de Concessões e Arrendamentos Portuários da ANTAQ – CPLA a pedido de esclarecimento apresentado no âmbito do Leilão nº 04/2024-ANTAQ-REC10<sup>27</sup>:

#### Pedido de Esclarecimento

Atualmente a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento está regulamentada pela Resolução ANTAQ nº 85/2022, bem como no manual de Análise para Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental da própria ANTAQ. O art. 10 da referida Resolução estabelece que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será realizada de forma a neutralizar o Valor Presente Líquido (“VPL”) do fluxo de caixa marginal real ou projetado dos impactos negativos ou positivos gerados especificamente pelo evento que ensejou a recomposição, considerando os dispêndios e receitas marginais e a taxa de desconto definida pela ANTAQ, se outra não houver sido definida no contrato de arrendamento. Ao analisar o EVTEA que dá suporte ao presente leilão, observa-se que o valor de remuneração do arrendamento foi estabelecido exclusivamente em parcela fixa mensal, com base no valor unitário do metro quadrado da área, divulgado em tabela específica junto a estrutura tarifária do Porto - vide Seção D Financeiro - não tendo sido utilizada a metodologia do fluxo de caixa descontado. Sendo assim, não existe um Fluxo de Caixa Contratual definido, que reflète o equilíbrio original do contrato, utilizado, basicamente, para subsidiar a projeção dos parâmetros a serem considerados no Fluxo de Caixa Marginal. Diante do exposto, em havendo necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do presente Contrato, qual metodologia será empregada e qual a sua norma de regência, notadamente se o evento que ensejou a recomposição vier a ocorrer no primeiro ou segundo ano contratual quando não há dados reais da operação?

#### Resposta

No caso de arrendamento na versão simplificada, conforme disposto no artigo 6º e 7º da Resolução ANTAQ Nº 85/2022, não se aplica o método de reequilíbrio contratual por meio do fluxo de caixa descontado. O equilíbrio não está no modelo econômico-financeiro adotado, mas sim na própria estrutura contratual, que é analisada frente ao caso concreto.

Ainda que a metodologia do contrato simplificado não inclua obrigações de investimentos fechados e aplicação do Fluxo de Caixa descontado ou estabelecimento de Valor Presente Líquido (VPL), o arrendatário deve rentabilizar a área para amortizar

os investimentos necessários para a sua operacionalização, no prazo estipulado da contratação.

**Quando conjugado o prazo contratual reduzido de arrendamentos simplificados**

<sup>27</sup> Disponível em: < <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20148/Respostas%20aos%20pedidos%20de%20esclarecimentos%20REC10.html> >.

(máximo de dez anos, havendo contratos com prazo de vigência de apenas cinco anos), com a ausência de um procedimento e parâmetros preestabelecidos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, há a potencial

geração de elevado risco à saúde financeira da arrendatária e à continuidade do adequado desempenho das atividades contratuais na eventual superveniência de evento de desequilíbrio.



## PROPOSTAS PARA A SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS IDENTIFICADOS PARA A INCORPORAÇÃO DAS MEDIDAS MITIGADORAS DE Desequilíbrio AO SETOR PORTUÁRIO

Neste último capítulo, fazem-se algumas propostas para a superação dos desafios antevistos na incorporação das medidas mitigadoras de desequilíbrios econômico-financeiros no setor portuário.

### 5.1 Clareza conceitual

Entende-se que é muito relevante que haja uma clareza conceitual, de modo que se compreendam adequadamente os conceitos de “medidas mitigadoras de desequilíbrios”, “reequilíbrios provisórios de natureza cautelar”, “reequilíbrios provisórios baseados em juízo de

evidência” e assim por diante.

A clareza conceitual possibilita uma melhor compreensão dos instrumentos e, conseqüentemente, maior segurança jurídica na sua utilização prática.

### 5.2 Clareza quanto aos critérios de cabimento das medidas mitigadoras

Outro ponto fundamental é que haja clareza quanto aos critérios que deverão ser observados na avaliação da aplicação ou não das medidas mitigadoras dos desequilíbrios.

Os critérios em questão devem ser definidos da forma mais precisa possível, embora se deva ter cuidado para que não haja a criação de critérios impertinentes ou excessivamente fechados que acabariam impossibilitando a adoção da reequilíbrios provisórios.

Por exemplo, a fim de garantir segurança e estabilidade ao mecanismo, deve-se exigir a comprovação da efetiva ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro ou, ao menos, a elevada probabilidade de sua ocorrência, de forma semelhante ao exigido no § 4<sup>o</sup><sup>28</sup>, do art. 3<sup>o</sup>, e no inciso I<sup>29</sup>, do art. 6<sup>o</sup>, ambos da Resolução da SPI, bem como nos arts. 23<sup>30</sup> e 26, §1<sup>o</sup><sup>31</sup>, da Instrução Normativa da ANTT.

<sup>28</sup> Artigo 3<sup>o</sup> - [...]

§ 4<sup>o</sup> - Somente poderão ser considerados, para fins de aplicação das medidas cautelares de que trata esta resolução, os eventos de desequilíbrio econômico-financeiro cuja ocorrência:

1 - tenha sido definitivamente reconhecida pelo órgão competente, restando pendente apenas a mensuração de seu impacto;

2 - possa ser presumida, em razão da similaridade com eventos de desequilíbrio já definitivamente reconhecidos pelo órgão competente no próprio contrato ou em outros contratos do mesmo setor.

<sup>29</sup> Artigo 6<sup>o</sup> - [...]

I - a ocorrência do evento de desequilíbrio tenha sido definitivamente reconhecida pelo órgão competente ou possa ser presumida, nos termos do §2<sup>o</sup> do artigo 3<sup>o</sup> desta resolução;

<sup>30</sup> Art. 23. O Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar será aplicado quando houver necessidade urgente de mitigar impactos financeiros na concessão, com medidas destinadas a evitar danos maiores ao fluxo de caixa e à prestação dos serviços concedidos.

§ 1<sup>o</sup> A Medida de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar poderá ser adotada quando forem atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da concessionária;

II - risco de dano ou perigo à continuidade e qualidade da prestação dos serviços concedidos; e

[...]

<sup>31</sup> Art. 26. [...]

§1<sup>o</sup> [...]

I - o reconhecimento do direito ao reequilíbrio contratual ou a presença das condições para o imediato reconhecimento, no caso de Reequilíbrio Parcial Baseado em Evidência, ou a probabilidade do direito, no caso de Reequilíbrio Parcial de Natureza Cautelar;

II - a viabilidade de obtenção de valores estimados do reequilíbrio e o grau de confiabilidade dessa estimativa;

### 5.3 Definição precisa de competências

A normatização do tema no setor portuário também deverá cuidar para que haja uma definição precisa de competências. Assim, por exemplo, deve-se definir quem terá competência para acolher ou não o pedido, quem deverá analisar tecnicamente os pedidos, quem deverá decidir o pleito, e assim por diante.

Essa definição de competências é especialmente relevante no caso do setor

portuário, em que a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento exige a atuação tanto da Secretaria Nacional de Portos (na qualidade de Poder Concedente, sendo responsável pela determinação da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) quanto da ANTAQ (a quem cabe aferir a efetiva ocorrência de desequilíbrio e, se for o caso, quantificar seus impactos).

### 5.4 A necessidade de um procedimento definido

Será necessário também que a normatização do tema defina um procedimento específico para tramitação dos pedidos de reequilíbrio provisório, com prazos bem definidos e o rito a ser seguido. Isso é fundamental para que haja previsibilidade na tramitação, para que o particular possa exercer as suas faculdades e ônus processuais nos momentos adequados, e para que haja um tratamento isonômico aos

interessados. Essa normatização também deverá observar a repartição de competências acima comentada.

Nesse ponto, a Instrução Normativa da ANTT é a norma que teve a maior preocupação com o estabelecimento de um procedimento detalhado e claro.

### 5.5 Estabelecimento de medidas mitigadoras que sejam compatíveis com o setor portuário

A normatização da questão deverá se preocupar com o estabelecimento de medidas mitigadoras de desequilíbrios que sejam compatíveis com a lógica do setor portuário. Assim, por exemplo, uma espécie de “permissão” para aumentar determinado preço não consiste numa medida compatível com os contratos de arrendamento. Isso porque os preços são livres e cabe ao particular a definição de sua política

comercial.

De todo modo, há diversos mecanismos que podem ser utilizados como ferramental para medidas de reequilíbrio cautelar ou por evidência. Quanto a isso, parece-nos importante que a norma seja a mais aberta possível, a fim de não cercear determinadas soluções que podem ter bastante interesse prático.

### 5.6 A necessidade de tratamento isonômico aos prestadores

Deve-se ter cuidado para que seja conferido um tratamento isonômico aos prestadores que estejam numa mesma situação jurídica. Eventuais tratamentos

indevidamente benéficos a um prestador na comparação com os demais em situação equivalente podem ter por efeito a criação ou o aprofundamento de distorções concorrenciais.

## 5.7 A questão dos arrendamentos simplificados

Conforme já demonstrado, a adoção de reequilíbrios parciais é plenamente compatível com arrendamentos simplificados. No entanto, como não há parâmetros

preestabelecidos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, caberá definir como se farão os cálculos necessários.

## 5.8 A criação de mecanismo que ofereça uma margem de ajuste

As normas da SPI e da ANTT criaram um mecanismo visando oferecer margem de ajuste do valor efetivo de reequilíbrio quando da finalização do processo ordinário – após a eventual concessão da medida cautelar. Trata-se da fixação dos limites percentuais de reequilíbrio indicados no parágrafo único do art. 6º da Resolução da SPI, e no art. 32 da Instrução Normativa da ANTT. Em ambos os normativos, o limite está estabelecido em, no máximo, 80% do impacto econômico-

financeiro estimado do evento de desequilíbrio, sendo fixada, ainda, no caso da ANTT, a vedação ao recebimento de recursos antes do efetivo impacto financeiro desse evento.

Pode-se cogitar de uma margem de ajuste no âmbito da normatização da ANTAQ a respeito do assunto. Além disso, é plenamente possível que essa margem possa ser aumentada ou diminuída a depender de cada situação concreta.

## 5.9 Prioridade de tramitação

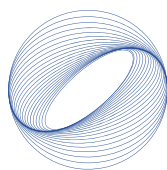
Outro fator relevante consiste no estabelecimento de uma prioridade de tramitação nos casos em que uma medida de reequilíbrio parcial já foi adotada. Isso porque

a prioridade irá acelerar a finalização do processo e, portanto, o atingimento de uma solução definitiva, que proporcione maior segurança jurídica aos envolvidos.

## 5.10 Conclusão final

Há, portanto, diversos pontos nas normativas já existentes que podem ser empregados no setor portuário, ainda que com as devidas adaptações. Nenhum deles constitui

um óbice intransponível. Muito pelo contrário, os reequilíbrios parciais são um importante mecanismo, que deverá ser considerado pelas normas que regulam o setor portuário.



# IBDRE

Perspectivas em movimento

Presidente

**Conrado Gama Monteiro**

1º Vice-presidente

**André Portugal**

2º Vice-presidente

**Thiago Priess Valiati**

Diretor Executivo

**Bernardo Strobel Guimarães**

Diretora Financeira

**Isadora Parmigiani De Biasio**

Diretor Acadêmico

**Fernando Menegat**

Diretora de Relações Institucionais

**Natascha Schmitt**

Diretor Jurídico

**Ramon Trauczynski**

Diretor Executivo Adjunto

**Pedro de Vita**

Diretor Acadêmico Adjunto

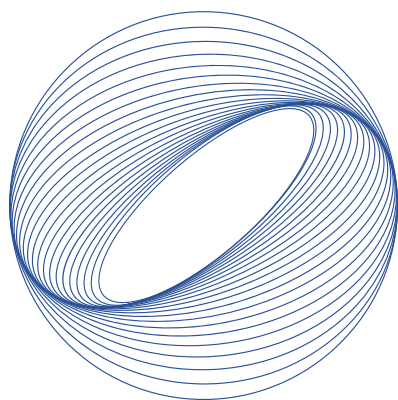
**Iggor Gomes Rocha**

Diretora Financeira Adjunta

**Scarlett dos Santos**

Diretora de Relações Institucionais Adjunta:

**Thaís Araripe Dias**



# IBDRE

Perspectivas em movimento

## CONHEÇA O IBDRE

CLIQUE E ACESSE



SITE



LINKEDIN



INSTAGRAM



### BRASÍLIA (DF)

SHN, QD 02, Bloco F, Executive Office Tower, Sala 625 - CEP 70702-060



### TELEFONE

(61) 3047-4024



### E-MAIL

ibdre.contato@gmail.com