

IGGOR GOMES ROCHA

**EFICIÊNCIA NA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONCESSÕES PÚBLICAS
VIABILIZADORAS DE INFRAESTRUTURA**

CURITIBA
2014

IGGOR GOMES ROCHA

**EFICIÊNCIA NA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONCESSÕES PÚBLICAS
VIABILIZADORAS DE INFRAESTRUTURA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na área de concentração de Direito Econômico e Socioambiental e linha de pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

**CURITIBA
2014**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

R672e
2014

Rocha, Iggor Gomes
Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura / Iggor Gomes Rocha ; orientador: Emerson Gabardo. – 2014. x, 188 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014
Bibliografia: f. 176-188

1. Concessões administrativas. 2. Contratos administrativos. 3. Parceria público-privada. 4. Eficiência (Serviço público). I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.353

TERMO DE APROVAÇÃO**EFICIÊNCIA NA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONCESSÕES PÚBLICAS
VIABILIZADORAS DE INFRAESTRUTURA**

por

IGGOR GOMES ROCHA

Dissertação de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná

Prof^a. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais

Curitiba, 31 de março de 2014.

AGRADECIMENTOS

Certa vez vi uma especialista em gestão de carreiras dizer que o projeto de vida de uma pessoa nunca pode ser, em si mesmo, a vida de outra. Mas o Professor Reis Rocha e a Doutora Valnila Gomes não dariam a mínima a esse conselho. Abriam mão de muita coisa, e dedicaram suas vidas aos projetos de vida dos seus três filhos. Meus pais não têm o convívio diário dos filhos há algum tempo, mas espero que nesses momentos de conquista percebam que o nosso crescimento tem dependido disso. Por isso, meu maior agradecimento dirijo àqueles que fazem tudo isso ter sentido. **Pai e mãe**, obrigado por literalmente tudo que são e fizeram por mim, mas sobretudo por me incentivarem a ser quem eu sou, e a me apoiar nas escolhas que tomo. Agradeço também o apoio e conselhos dos meus irmãos, Brunno, meu exemplo de perseverança, e Huggo, a pessoa mais generosa que conheço, que completam o que mais amo: minha família.

Agradeço aos meus irmãos de vida: meus amigos. Fico feliz em saber que sequer consigo listá-los por serem tantos, mas meu agradecimento vai a todos, das minhas duas cidades: São Luís e Curitiba. Todavia, seria impossível não deixar pra sempre registrados os nomes de alguns que acompanharam todo o processo do Mestrado, da aprovação no processo seletivo à defesa da dissertação: Henrique Alencar, Fernando Menegat, Luiz Eduardo Peccinin, Dioleno Zielinski, Rogério Vilela, Eric Chules, Fabíola Marques, Franci Isumi, Camille Turra, Fabricio Moura e Thiago Bitencourt. Obrigado!

Ao Professor Doutor Emerson Gabardo, orientador na especialização, orientador no Mestrado, e orientador na profissão. Devo muito àquele que há cinco anos escreveu, na dedicatória de seu recém lançado livro dado a mim, a sua confiança nos meus caminhos, profissional e acadêmico: e pelas minhas conquistas em ambos é quem tem sido o principal responsável. Meu muito obrigado, Professor.

Aos colegas de escritório, agradeço a todos em nome de Guilherme Gonçalves. O tema da dissertação surgiu da leitura de um livro por ele emprestado, com ele aprendi a ser advogado, e a querer ser advogado. Também colega de escritório, mas merecedor de um agradecimento especial, o jurista e cientista político Marcelo Biehl Ortolan. A eficiência germânica e o espírito de companheirismo permitiram que pudesse me dedicar à escrita da dissertação enquanto prazos e telefones não paravam... Obrigado, meu amigo.

Aos colegas de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a quem agradeço em nome de Felipe Morettini. Amigo de turma, principal interlocutor das ideias aqui traçadas, e com quem estive em um importante período nesses anos: a estadia na Fordham University, instituição que aproveito para também agradecer.

A todos que compõem o PPGD da PUCPR, docentes e funcionários, a quem agradeço em nome do Professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Professor na graduação, orientador de Monografia, professor na Especialização, professor no Mestrado. Se não pude agradecer devidamente nestas outras oportunidades, meu obrigado vem agora acumulado!

Por fim, mais que agradecimentos, faço três dedicatórias. Defendo esse trabalho querendo ser um exemplo para meu afilhado, meu orgulho, João Nilo; e também o faço pensando naqueles que mais ficariam orgulhosos de mim: meus avôs que já partiram: Raimundo Socorro Rocha e José Nilo de Oliveira Gomes. A bênção, vô. A bênção, vô.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Conceito de risco operativo ao Direito.....	5
1.1. Falar de risco é virar-se para trás, mas olhar para frente.....	5
1.2. Risco e incerteza nos contratos públicos	10
2. Infraestrutura (à) brasileira: conceito e oferta, entre público e privado	17
2.1. Infraestrutura e serviços públicos infraestruturais	17
2.2. Oferta de infraestrutura no Brasil	29
3. Concessões como instrumento de viabilização de infraestrutura	36
3.1. Concessões públicas: breve retrospecto	36
3.2. Concessões viabilizadoras de infraestrutura e suas peculiaridades	42
4. Contratação pública e o risco na Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 8.666/93.....	52
4.1. Risco dos contratantes no regime de empreitada	52
4.2. Riscos advindos do regime de contratação integrada	59
5. A Lei Federal nº 8.987/95: a exploração da concessão por conta e risco.....	64
5.1. Concessão como atividade empresarial que visa ao lucro	64
5.2. O concessionário explora o serviço por sua conta e risco?.....	71
5.3. Os riscos ordinários e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.....	76
5.4. Áleas extraordinárias e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro.....	79
6. Disciplina do risco nas parceiras público-privadas	92
6.1. Contexto geral da Lei Federal nº 11.079/04	92
6.2. Tipologia das novas concessões: concessão patrocinada e administrativa....	100
6.3. A repartição objetiva de riscos: disciplina legal versus disciplina contratual .	106
6.4. Repartição de riscos: alocação eficiente <i>versus</i> compartilhamento.....	116
7. Eficiência na alocação de riscos: aspectos pragmáticos	121
7.1. Ainda a repartição de risco: eficiência como diretriz e critérios de alocação ..	121
7.2. Aplicações pragmáticas dos critérios de alocação eficiente	132
7.2.1. Risco de (variação de) demanda: hipóteses de partilha	132
7.2.2. Riscos no desempenho das atividades que geram receitas marginais.....	143
7.2.3. Risco de construção e disponibilidade na Portaria STN nº 614/06	150
7.2.4. Risco de litígio judicial e arbitragem em concessões de infraestrutura....	157
7.2.5. Risco e responsabilidade civil	161
7.3. Distribuição de áleas e a nova feição da concessão pública	165
CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	177

RESUMO

O trabalho aborda a dinâmica das regras jurídico-econômicas nas concessões públicas, com ênfase no aspecto funcional desses contratos, a disponibilização de bens e serviços à sociedade, em especial a oferta de infraestrutura, e aspecto contratual, composto pelas cláusulas que as conformam. O estudo então contextualiza problemas teóricos advindos dessa análise com a realidade de novos ciclos de investimentos em infraestrutura no Brasil. Arranjos contratuais concessórios mais modernos, com o compartilhamento de ganhos e riscos, permitem tornar mais eficientes projetos de infraestrutura, a partir de um alinhamento maior de interesses entre os contratantes, em detrimento de uma concepção tradicional, mais hierarquizada. Para tanto, o trabalho traz uma reflexão crítica do microsistema jurídico de concessões públicas, composto essencialmente pela Lei nº 11.079/2004 e pela Lei nº 8.987/1995, avalia os riscos associados a contratos dessa natureza, e como se dá a sua distribuição entre os contratantes. Mesmo sabendo que o Poder Público e o agente privado são dirigidos por interesses distintos, o trabalho discute como se alcançar o ponto ótimo da curva desses interesses, no qual a rentabilidade do investimento privado seja assegurada, e a infraestrutura, objeto do contrato, seja a mais adequada possível. Trabalha-se então com a ideia de concessão como uma oportunidade de negócio, de lucro, mas também de uma alternativa à oferta de infraestrutura no país. E de todos os aspectos contratuais dessas concessões que tenham por objeto a oferta de infraestrutura, merece destaque especificamente a distribuição de riscos, sua identificação como fator de eficiência, e suas consequências à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O estudo conclui que as repercussões econômicas das concessões públicas viabilizadoras de investimento privado em infraestrutura ressoaram nas regras jurídicas que disciplinam tais contratos. Ferramentas como a disciplina contratual de riscos podem ser utilizadas, a partir de certos critérios, alterar a configuração tradicional dos contratos públicos, em atendimento a diretrizes como a eficiência e a comutatividade.

Palavras-chave: Concessões públicas. Infraestrutura. Distribuição de riscos. Eficiência administrativa.

ABSTRACT

The current paper addresses the dynamics of economic and legal relations in public concessions, with emphasis on the functional aspect of such contracts, the availability of goods and services to society, especially regarding infrastructure, and the contractual aspect derived from its terms. The study puts into context theoretical problems generated by the perspective of distinct cycles of infrastructure investments in Brazil. Modern contractual arrangements, such as profit and risk sharing, allow infrastructure projects to become more efficient based on an optimal alignment of interests among contracting parties, renouncing traditional concepts of Brazilian regulations based on hierarchy. The paper proposes a critical reflection concerning the judicial microsystem of public concessions, essentially regulated by Federal Law nº 11.079/2004 and nº 8.897/1995, while evaluating risks associated with such contracts, as well as the distribution of risks among contracting parties. Even though the Public and Private interests are directed at distinct objectives, the paper intends to reach a conciliatory point among these interests, based on profit certainty and the expected outcome in infrastructure. The present thesis interprets public concessions as both a profitable business opportunity and an alternative to infrastructural development in the country. Amongst all contractual aspects of public concessions, special emphasis is directed at risk sharing, its identification as an efficiency factor and the consequences of risk management to the legal guarantees of economic balance in public contracts. The study concludes that the economic repercussion of public concessions in infrastructure development directly affects the legal background that regulates contracts. In accordance with specific criteria, legal institutes such as the regulation of contractual risk sharing can be utilized to boost efficiency and commutativity, surpassing the traditional doctrine regarding public contracts.

Key words: Public concessions. Infrastructure. Risk Sharing. Administrative efficiency.

APRESENTAÇÃO

Discute-se na doutrina uma nova maneira de encarar o contrato público, mais aberto às repercussões econômicas das avenças, a partir de cláusulas de repartição de ganhos, de riscos, de renegociação mais flexível, etc., em razão da necessidade de que o ajuste reflita as características do objeto contratado.

O intuito do estudo é avaliar em que medida projetos de infraestrutura, viabilizados por contratos entre o Poder Público e iniciativa privada, constituem verdadeiras parcerias, e como essa noção se distingue da concepção dita tradicional das concessões públicas. Uma verdadeira parceria deve conciliar a manutenção do serviço adequado, o equilíbrio econômico-financeiro da operação, os direitos dos usuários, e a cooperação entre as partes. E o estudo pretende contextualizar tais problemas teóricos com o cenário de investimentos em infraestrutura no Brasil.

Nos capítulos iniciais se buscou atingir dois objetivos: o de delimitar determinadas escolhas conceituais, contextualizar o objeto de discussão e, também, traçar algumas linhas cronológicas do tema tratado. Conceitos-chave como risco (e sua diferenciação de figuras correlatas, como a incerteza) e infraestrutura são trabalhados neste primeiro terço do trabalho. Sobre o risco, especificamente, traz-se concepções de fora do mundo jurídico mas, como não poderia deixar de ser, de uma forma a constituir um conceito jurídico operativo da expressão, para que façam sentido os tópicos posteriores que dela se utilizam. Quando à infraestrutura, sua árdua conceituação vem acompanhada de imersões em temas como serviço público, atividade econômica, e desenvolvimento. Faz-se um apanhado sobre como a oferta de infraestrutura se fez ao longo do tempo no Brasil, de forma a iniciar o tratamento da relação Estado e iniciativa privada, que permeia todo o trabalho.

Essas escolhas conceituais são ladeadas com a figura da concessão pública, tratada em sentido amplo nesse primeiro momento, como instituto que representa a opção estatal de delegação de atividades aos particulares, uma alternativa organizacional à prestação direta de serviços públicos. A identificação da sua função como a viabilização de investimentos em infraestrutura, e - em uma concepção mais contemporânea - sua caracterização a partir do compartilhamento de ganhos e riscos entre contratantes, são também premissas fundamentais.

Após tais tratativas, o estudo se volta à leitura crítica da legislação federal que disciplina as concessões, sobretudo em como a caracterização legal impacta na

distribuição de riscos entre concedente e concessionário, retomando-se, sempre que possível, a sua função primordial, de viabilização de investimentos privados em necessidades públicas, assegurando-se a disponibilização de serviços à sociedade.

O grande foco, é verdade, diz respeito à alteração legislativa – e em certa medida ideológica – constatável entre a interpretação tradicional da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95) e a modernização do estudo das concessões, em grande parte inaugurada pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/93). A noção de que o concessionário explora o bem ou serviço concedido por sua conta e risco mereceu análise mais alongada, até que se alcançasse a diretriz da disciplina contratual de riscos como pilar da nova técnica concessória, em detrimento de uma já superada disciplina legal, apriorística e incapaz de lidar com problemas complexos e atuais dos contratos implementadores de infraestrutura. Mais adiante, traz-se discussões mais específicas sobre a distribuição de riscos em tais contratos, a partir dos critérios da chamada alocação eficiente de riscos.

Mesmo sabendo que o Poder Público e a iniciativa privada são dirigidas por premissas distintas – de um lado o resguardo do interesse público, que assume ou assegura a prestação de serviços públicos, de outro a atividade empresarial concessionária que visa ao lucro –, há que se estabelecer o ponto ótimo da curva de interesses, no qual o investimento privado será recompensado e a infraestrutura será a melhor possível, sobretudo enquanto suporte para a adequada prestação de serviços públicos. E então são traduzidos alguns aspectos concretos, em especial uma análise dos critérios para tal distribuição, e aplicação destes critérios em relação a alguns riscos específicos e inerentes às concessões públicas.

Enfim, tendo por pano de fundo o momento que o país vive, de um novo ciclo de investimentos em infraestrutura, com reflexos nas escolhas políticas e na produção legislativa, exemplos colhidos na prática recente da contratação pública brasileira servem como arquétipos para o desenvolvimento de pontos específicos sobre a alocação de riscos. Com isso, demonstra-se que a concessão adquiriu feição distinta da sua concepção tradicional, com a inclusão de mecanismos mais criativos de distribuição de obrigações, incentivos, riscos e ganhos econômicos. Portanto, o estudo parte de questões conceituais, passando pela revisão de algumas afirmações da doutrina, até chegar em aspectos pragmáticos dessa temática, tendo por fio condutor a compreensão de que tais inovações são dirigidas a conferir maior eficiência aos ajustes entre Estado e particulares na viabilização de infraestrutura.

“Aerials, in the sky...
When you lose small mind
You free your life.”

Aerials, System of a Down

INTRODUÇÃO

A partir do final do século XX, levantaram-se debates sobre os novos contornos e papéis do Estado. O movimento por vezes intitulado neoliberalizante, que se fortaleceu com os efeitos da globalização, ensejou a “superação” do modelo providencialista e ansiou pelo retorno do modelo econômico do século XIX. Contudo, o culto extremado ao mercado, no retorno do pêndulo, passou a ser novamente desacreditado, com a revalorização do Estado como agente de incentivo, promoção e condução do desenvolvimento. Para cumprir tais funções, surgem novos modelos consensuais e novas formas contratuais de o setor público se relacionar com o mercado. Trata-se, então, de uma “nova dinâmica contratual” pública.¹

A maior colaboração entre Estado e iniciativa privada no exercício de funções pública, se comparada ao período anterior, é evidente. Embora a Administração Pública historicamente já tenha se valido de particulares ou de outros órgãos e entes administrativos para satisfazer suas finalidades, é notável a cada vez maior participação colaborativa dos cidadãos e do setor privado inclusive na tomada de decisões e conformação do modo de exercício das competências do Estado. Paulatinamente, o Direito reflete esta tendência política por meio da edição de leis que modelam as parcerias entre o Poder Público e os agentes privados, bem como do aperfeiçoamento de instrumentos operacionais de consagração destas parcerias, notadamente a figura do contrato administrativo.

Paralelamente a essas alterações das funções do Estado, também se identifica em vários países, sobretudo a partir da década de 1990, uma tendência de aumento da participação da iniciativa privada especificamente em projetos de infraestrutura, em substituição ao investimento governamental direto. A principal motivação para isso nos países desenvolvidos tem sido os ganhos de eficiência advindos da substituição da Administração por empresas privada.²

Some-se isso aos inegáveis gargalos na infraestrutura constatáveis no Brasil, que impõem restrições a um novo salto do desenvolvimento socioeconômico,

¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.4, n.45, p.6023-6039, set. 2005.

² SARAIVA, Eduardo Cesar Gomes. *Projetos de Infraestrutura Pública: Risco, Incerteza e Incentivos*. Rio de Janeiro, 2008. 110 f. Tese (Doutorado em Economia) - Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, p. 11.

reduzem a possibilidade de o país retomar taxas mais vigorosas de crescimento e impactam na qualidade de vida da população. De acordo com o Banco Mundial, seriam necessários, para acelerar o desenvolvimento do país e fazê-lo transitar para padrões mais elevados de renda, aportes em infraestrutura de 3% do PIB apenas para manter o estoque de capital, acompanhar o crescimento populacional e universalizar, em vinte anos, serviços de saneamento e eletricidade; de 4% a 6%, por vinte anos, para alcançar o padrão atual de infraestrutura dos países do Leste asiático; ou de 5% a 7% do PIB, por vinte anos, para alcançar um novo patamar de desenvolvimento.³

No caso brasileiro, e precisamente enquanto instrumento de viabilização de investimentos em infraestruturas, a concessão ocupa papel central. Este aspecto motivou, ainda na década de 90, a edição da Lei Federal nº 8.987/95, a Lei Geral de Concessões, e mais recentemente a edição da Lei nº 11.079/04, a Lei das Parcerias Público-Privadas, que complementa a anterior e também cria novos mecanismos concessórios. Ambos os diplomas, em que pese a diferença de cenário em que foram aprovados, dirigiram-se no sentido de viabilizar a participação privada em empreendimentos públicos, dentre os quais a provisão de infraestrutura.

E esse aspecto pode também ser bem visualizado mais recentemente nas tentativas de reestruturação do setor da infraestrutura nacional. Em janeiro de 2007 foi lançado pelo Governo Federal o Programa de Aceleração do Crescimento, com o objetivo de impulsionar setores estratégicos ao desenvolvimento nacional, sobretudo a partir de projetos de infraestrutura. Mais recentemente, em 2012, foi anunciado um novo programa de investimentos em logística, prevendo a concessão de rodovias e ferrovias, que contempla recursos de aproximadamente 130 bilhões de reais em um cronograma de 25 anos. Com tais programas, o Governo pretende consolidar uma nova etapa de atuação e ampliação na escala dos investimentos em infraestrutura, a partir da criação de atrativos à iniciativa privada, como novas formas de financiamento de projetos e utilização de modernas ferramentas contratuais. Em ambos os casos, a instituição de cláusulas contratuais voltadas à alocação dos riscos ganhou a atenção da Administração e dos agentes privados interessados.

Diferentemente da concessão em sua forma clássica, a concessão passa a ser compreendida a partir de um caráter nitidamente instrumental à realização de

³ FRISCHTAK, Cláudio. Infraestrutura e desenvolvimento no Brasil. In: VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fabio; PESSÔA, Samuel (Orgs.). **Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 322-346.

valores fundamentais e escolhas políticas do Estado, e à própria realização do serviço público.⁴ Aquela dita clássica, por outro lado, se traduzia na associação do Estado ao liberalismo econômico do século XIX, utilizada como instrumento de concretização de atividades que deveriam ser prestadas pelo Estado, porém executadas por terceiros, possibilitando o lucro, o progresso econômico, mas atribuindo-se ao concessionário todos os riscos do empreendimento. Entretanto, a assunção irrestrita desse risco pelo concessionário, além de não ser atrativo para novos investidores, passou a interferir na formulação de propostas, encarecendo a tarifa. Assim, percebeu-se que atribuir ao concessionário o dever de suportar todos os insucessos da avença pode implicar na própria frustração do interesse público.⁵

Sustenta Romeu Bacellar Filho que a própria existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse público. A concepção originária da Administração não se desprende da ideia de prestação de serviços à coletividade.⁶ Mas essa prestação deve se dar de forma adequada, segura, com tarifas módicas, e não só como fonte de lucro capitalista. E, no modelo de Estado contemporâneo, não se pode ignorar o fato de que a Administração tem buscado cada vez mais a iniciativa privada para delegar alguns desses serviços, dentre eles os serviços infraestruturais, de grande interesse à coletividade.

O interesse público inserto nas concessões do setor de infraestrutura pode ser atendido de forma mais eficiente quando bem construída a dinâmica das regras jurídicas e econômicas destes contratos, sob o viés da alocação de riscos. Este específico aspecto é crucial no contexto de redefinição do Estado em relação às suas funções (incremento *versus* redução das atividades estatais).⁷ Veja-se, por exemplo, que a legislação que rege as PPPs se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo fato de que o Estado permanece responsável pelo serviço prestado: desvencilha-se do dever de investimento direito para concentrar-se no controle da qualidade do serviço, enquanto que o privado que exerce a atividade buscará a otimização do investimento

⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁵ BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba, 2007. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 68-161.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 220-221.

para fornecer a qualidade exigida.⁸ A fórmula para concretizar os objetivos programados pelo Estado passa a ser a de incentivo à iniciativa privada; dividem-se riscos, compartilham-se ganhos, e premia-se a eficiência. A lei disciplina, em essência, uma nova lógica de distribuição de riscos e ganhos entre Estado e particulares na execução de objetos de interesse público.

Para Fabio Nusdeo, o processo de desenvolvimento brasileiro (que exige progressos em uma série de dados qualitativos da economia, indicando melhoras na qualidade de vida) só terá efetiva continuidade com a presença do Estado, a partir de medidas indutivas, como o estímulo de determinados setores e atividades, e como as obras de infraestrutura. Por essa razão, sublinha o autor a particular importância do Direito Administrativo e de seu ferramental, justamente por abranger as normas que regem a prestação dos serviços pelo Governo à sociedade, diretamente ou por contratos com a iniciativa privada.⁹ Toda essa conjuntura impõe à teoria do contrato administrativo um novo rumo, especialmente em consequência do aumento da complexidade do fenômeno contratual envolvendo a Administração.¹⁰

Nesse contexto de nova compreensão do papel e caracterização das concessões, e de reconhecimento do Estado como um indutor de investimentos em infraestrutura, surge a necessidade de análise dos contratos firmados para este fim. Para além da delegação de uma atividade estatal, uma concessão, qual seja a modalidade, deve proporcionar ao setor público um ganho identificado de eficiência, caso contrário, corre o risco de tornar-se apenas uma forma de deslocar gastos presentes para uma necessidade de fluxo de desembolsos futuros.¹¹

Por isso, a disposição contratual do componente *risco* nesses ajustes é fundamental para se perceber tanto como essas mudanças acima narradas foram sentidas no âmbito do direito contratual público, como também para – em uma análise mais propositiva – se estabelecer novos critérios de aferição da eficiência do agir estatal, em especial na elaboração e assinatura de contratos de concessão.

⁸ NAMBLARD, Corinne. Para um Enfoque Pragmático da Parceria Público-Privado. In: CHATELUS, Gautier; PERROT, Jean-Yves (Dir.). **Financiamento das Infraestruturas e dos Serviços Coletivos**: o Recurso à Parceria Público-Privado - os Exemplos da Experiência Francesa no Mundo. Paris: DAEI, 1994, p. 17-18.

⁹ NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 360-366.

¹⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contratos administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 13.

¹¹ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 28.

1. Conceito de risco operativo ao Direito

1.1. Falar de risco é virar-se para trás, mas olhar para frente

Não havia como partir de outro ponto. O que se entende como risco, do ponto de vista jurídico, e como este conceito se aplica no âmbito dos contratos de infraestrutura consiste em premissa nodal do trabalho.

Peter Bernstein narra em sua obra “Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco” a aventura intelectual que libertou a humanidade dos oráculos e adivinhos, mediante as ferramentas poderosas da administração do risco. Para o autor, a verdadeira “ideia revolucionária” que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco, ou melhor, a noção de que o futuro é mais que um capricho dos deuses, e que os humanos não são passivos ante a natureza. E assim, até os homens descobrirem como transpor essa fronteira, o futuro era domínio de oráculos que detinham o monopólio sobre o conhecimento da história passada e, por isso, do que podia ser previsto. Concebe-se risco como algo distinto do mero perigo que algo ocorra, pois a observação de padrões pode permitir ‘prever’ a recorrência de determinados eventos. Risco pode significar não saber o que o futuro reserva, mas lidar com ele não é apenas trabalho de adivinhos.¹²

De um ponto de vista contratual, como aqui tratado, o risco é representado pela probabilidade de que o investidor não consiga retomar o capital investido, acrescido de seu devido rendimento, ou que o objeto do contrato não seja devidamente executado. Isto significa que o risco pode ser entendido como a probabilidade da ocorrência de uma falha futura que afete negativamente o resultado previsto do negócio. Este conceito implica na definição técnica de análise de riscos como sendo uma análise de falhas potenciais, que ainda não ocorreram, mas que podem e devem ser previstas e analisadas na fase de projeto. Para as ciências exatas, como a Engenharia, o tratamento do risco se insere no tratamento da análise de riscos, enquanto mecanismo de planejamento que visa aumentar a confiabilidade do empreendimento, diminuindo a probabilidade de que fatores imprevistos venham a prejudicar seu desempenho. Neste sentido, o enfoque da análise de riscos é buscar o cumprimento de dois objetivos: permitir a avaliação do potencial dos riscos envolvidos

¹² BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 1.

(com base no conhecimento detido sobre o que já ocorreu e que pode voltar a ocorrer), bem como sua devida alocação (definição de responsáveis dentre os contratantes) e permitir, quando possível, o estabelecimento de medidas para minimizar ou eliminar os riscos levantados.¹³

Em uma primeira análise, pode-se dizer então que o risco representa a probabilidade de ocorrência de um evento que onera os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes. Grande parte deles é comum a qualquer projeto de delegação de serviço público (v.g. riscos de demanda, financiamento e variação de custos), todavia, não é possível fazer generalizações: cada empreendimento apresenta peculiaridades que irão influenciar na relevância de cada um desses riscos. As fontes do risco são então aqueles fatores que podem impactar na rentabilidade e na própria execução de determinado projeto, como uma obra de infraestrutura. Os riscos, uma vez identificados, devem ficar a cargo da parte que melhor tenha condições de geri-los, o que é determinado a partir de critérios objetivos vistos adiante. Para tanto, a alocação de riscos deve estar assentada em técnicas e métodos, em instrumentos consistentes, como na formulação de uma matriz detalhada, considerando-se a complexidade de cada empreendimento, dentro de um processo de gestão que: preveja e descreva o risco; avalie sua consequência; defina a parte que o suportará e as medidas para sua mitigação.¹⁴ Porém essa apreensão da definição de risco procura focar já no *o que fazer com o risco*, e não propriamente na identificação conceitual de *o que é o risco*.

O Direito, ao contrário de outras disciplinas científicas, não cuida de definir o risco, antes lhes pede 'emprestado' o conceito de risco que é chamado a regular. Mas nem por isso o Direito deixa de ter um papel ativo na definição das medidas de gestão dos riscos, como visto acima na conceituação de Fernando Graeff e Francisco Martins. Tradicionalmente, a sua preocupação esteve muito mais voltada às consequências da consumação do risco, para os danos e para a sua imputação, do que para a sua

¹³ FERREIRA, Alessandro Crego Alcebiades; ANDERY, Paulo Roberto Pereira. **Análise de riscos em sistemas de concessão de serviços públicos.** In: Anais do XVIII ENEGEP - Encontro Nacional de Engenharia de Produção - Associação Brasileira de Engenharia de Produção. Niterói - RJ, 1998. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP1998_ART432.pdf. Acesso em 16 nov. 2013.

¹⁴ GRAEFF, Fernando; MARTINS, Francisco Giuseppe Donato; GARCIA, Leonardo Lopes. Uma análise da alocação de riscos nos contratos de concessão para prestação de serviços públicos de infraestrutura. In: **Transporte em Transformação XVI:** Trabalhos Vencedores do Prêmio CNT: produção acadêmica 2011 / Confederação Nacional do Transporte, Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes. Brasília: Positiva, 2012, p. 140.

conceituação. O desafio estará precisamente em perceber de que forma o Direito é levado a lidar hoje com os problemas de risco, e como se emancipa das suas posturas mais clássicas de uma intervenção *ex post*, em prol de uma abordagem mais ampla, de regulação *ex ante*. E aí existe ainda um longo caminho a percorrer pelo pensamento jurídico.¹⁵

Será imprescindível, portanto, traçar um conceito jurídico operativo de risco para que se possa cumprir o objetivo proposto. Nesse quesito, há uma flagrante ausência no sistema jurídico pátrio de uma definição consensual de risco que possa denotar acolhimento. Há na legislação diversas menções, em contextos distintos, aos riscos inerentes aos contratos, privados e públicos, sem, entretanto, haver uma aceção legal ou mesmo a estipulação de critérios normativos para a sua identificação. Tal empreitada fica a cargo da própria prática e da doutrina.

Pedro Melo subdivide em três grandes perspectivas para a conceituação do risco: (i) enquanto perigo de um prejuízo decorrente de fatos não imputáveis às partes – aqui se referindo a atos ilícitos; (ii) enquanto perigo de alteração do equilíbrio contratual por força de circunstâncias e de eventos supervenientes; e (iii) enquanto perigo de prejuízos emergentes da impossibilidade superveniente de realização de uma das prestações contratuais. Claro que há concepções adjacentes a estas, e que comprovam a dificuldade de se alcançar conceito,¹⁶ mas que não impedem uma aproximação a um conceito operativo para os objetivos do estudo das formas como o risco é alocado nos contratos públicos.

Marcos Nóbrega identifica haver uma essência da noção de risco, de modo a retirá-lo de um universo de conceituações amplas, que giram em torno, por exemplo, de uma situação na qual não exista conhecimento do resultado final, da variação de um possível resultado, da probabilidade de insucesso, da falta de previsibilidade quanto às consequências de uma decisão, do impacto de alguma conduta, etc. Esta essência se assenta em três aspectos fundamentais: o evento, que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade, a chance do evento ocorrer em determinado período de tempo; e o impacto, que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco.¹⁷

¹⁵ Preocupação trazida em: FRADE, Catarina. O direito face ao risco. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 86, p. 53-72, set. 2009.

¹⁶ MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 64.

¹⁷ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 126.

E esses três aspectos são fundamentais. A identificação do evento que irá impactar no investimento é o ponto de partida; é ter-se ciência que fatores do futuro poderão prejudicar o empreendimento. O segundo, chave para a conceituação de risco, é a probabilidade. Tratar de risco em um investimentos pressupõe o estudo de padrões de possibilidades, e não de ocorrência do mero acaso. A probabilidade alimenta a consciência do risco, a partir de informações detidas sobre as chances de ocorrência do evento que poderá impactar no investimento. E ainda, o impacto em si. Ao se ponderar sobre probabilidades de prejuízo, deve-se ter mente a magnitude das consequências, caso a probabilidade se materialize em um evento concreto.

E mesmo com a definição dessa essência, o risco pode ter enfoques distintos, como oportunidade: quanto maior o risco, maior o retorno e maior a perda, o que lhe confere um aspecto dual, vez que pode ser positivo ou negativo assumi-lo; ou como evento de potencial essencialmente negativo: razão pela qual deve ser sempre reduzido, por afetar as metas e a performance de um investimento.¹⁸

O que deve ficar claro é que o risco não se confunde com a incerteza, e essa afirmação é alicerce fundamental para algumas das discussões que serão trazidas adiante. O evento (ocorrência que impacta no investimento) que enseja o risco depende de uma probabilidade, que é a chance de ocorrência em determinado período de tempo. E essa probabilidade, embora envolva uma série de fatores, pode ser buscada a partir da observação de padrões, de fatos ocorridos no passado e de estudos sobre a possibilidade de que possam voltar a acontecer.

Melhor dizendo: a partir da reiteração de eventos semelhantes, estes passam a se tornar *mais possíveis* (e sua probabilidade passa ser estimável), e então deixam o campo da incerteza e adentram ao campo do risco. Como bem explica Kleber Luiz Zanchim, a partir da doutrina de Frank Knight, o risco é algo previsível (não totalmente previsível, pois excepcional), e se opõe à incerteza, que diz respeito ao totalmente imprevisível, irregular e imensurável.¹⁹ Aliás, conforme a lição do próprio Frank Knight, percebe-se que a diferença marcante, e prática, entre os dicotômicos conceitos de risco e incerteza reside no fato de que no risco um grupo de casos anteriores permite que a distribuição do resultado seja conhecida, enquanto na incerteza não é, em geral, sequer possível formar um grupo de casos, em razão de a situação ser, em alto grau,

¹⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**, p. 126.

¹⁹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 256.

única.²⁰ Risco traduz então uma situação em que as possibilidades do futuro são conhecidas, no que o passado auxilia. Já a incerteza se refere a uma situação em que não se conhecem essas possibilidades, e por isso é oposta às noções de mensuração e probabilidade, essa última em especial, que significa a chance do evento ocorrer em determinado período de tempo, a partir do conhecimento que se tem sobre sua incidência.

Tal distinção é de suma importância. Somente com o reconhecimento de que estudos e análises antecedem à análise dos riscos existentes é que se pode falar em gestão de riscos, e em especial na sua alocação contratual. O planejamento, que não tem o condão de eliminar os riscos de uma concessão, busca sim “prevê-los e equacioná-los, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da sua eclosão.”²¹

Também com arrimo na obra de Knight, Mario Gomes Schapiro afirma que a incerteza funda-se na ausência de possibilidade de se fazer prognósticos e com isso se antecipar os resultados possíveis de uma operação. Em matéria de incerteza, então, não há meios adequados de previsão. Por isso, uma situação de risco ocorre quando a probabilidade do evento é conhecida, estudada previamente, analisada, e seus efeitos estão devidamente atribuídos aos contratantes, enquanto a situação de incerteza não pode ser calculada e traz para o ambiente das transações um problema crítico de imprevisibilidade. A incerteza implica em verdadeira limitação da racionalidade dos agentes, pois em determinadas situações a análise estatística e os juízos de probabilidade baseados nas ocorrências passadas é impossível. Em casos assim, contata-se um cenário de profunda imprevisibilidade quanto ao futuro.²² Por outro lado, afirma Zanchim, “falar de risco é virar-se para trás”,²³ para o passado nas análises feitas, mas pensar no futuro, nos resultados prováveis.

²⁰ No original: “*The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique*”. KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Dover, 2006, p. 233.

²¹ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**, p. 140.

²² SCHAPIRO, Mário Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do estado na economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. São Paulo, 2009. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 171.

²³ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 256.

1.2. Risco e incerteza nos contratos públicos

Além da diferenciação entre risco e incerteza, poder-se-ia propor uma diferenciação entre *álea* (cuja origem linguística tem mais a ver com sorte/azar do que com a probabilidade em si), e risco. Porém, a literatura jurídica, sobretudo a doutrina publicista, passou a tratar como sinônimos risco e *álea*. A utilização das expressões de maneira distinta aqui pouco importará, já que para o tema da repartição do risco no âmbito dos contratos públicos (regidos pela Lei de Licitações, Lei de Concessões, e Lei de Parcerias Público-Privadas), não há que se cogitar grande diferenciação. *Álea* é, em essência, a noção de risco aplicada aos contratos públicos. Mais adiante, quando se tratar especificamente da *álea* extraordinária e seu tratamento jurídico, retoma-se essa distinção. Isso porque *álea* extraordinária é por vezes conceituada como o risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado, o que poderia afastá-la do conceito de risco aqui estabelecido.²⁴

Então *álea* é risco, para os fins aqui tratados.²⁵ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lembram que aquela advém da expressão latina *alea*, a qual

²⁴ Ainda que brevemente, vale dizer que a doutrina repetidamente subdivide o conceito de *álea*. A *álea* dita ordinária consiste no risco intrínseco a qualquer empreendimento empresarial, de maior previsibilidade, e justamente por isso devem ser suportados pelo particular que decidiu investir no empreendimento. Na *álea* extraordinária o raciocínio é exatamente o inverso. Para caracterizar uma de suas modalidades, como a *álea* econômica extraordinária por exemplo, o fato deve ser imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, estranho à vontade das partes, inevitável, e causador de desequilíbrio. Caso contrário, o risco constituirá *álea* ordinária. A grande questão aqui reside na compreensão de que a distinção entre *ordinariedade* (*álea* ordinária) e *extraordinariedade* (*álea* extraordinária) se relaciona com a previsibilidade e a probabilidade da ocorrência dos eventos. Portanto, a *álea* extraordinária é integrada por eventos de ocorrência possível, mas improvável. A distinção entre *ordinariedade* e *extraordinariedade* do risco reside na plausibilidade da verificação futura do evento. E esta plausibilidade é uma avaliação relativa, uma questão de grau de intensidade. Marçal Justen Filho anota que a *extraordinariedade* do evento pode-se afirmar tanto sob um prisma qualitativo como quantitativo. Verifica-se a *álea* extraordinária quando um evento anômalo e implausível se consuma depois de formalizada a avença, produzindo a alteração da relação original entre encargos e vantagens. Quando se alude à anomalia do evento, faz-se referência a um evento que se diferencia dos padrões de previsibilidade por sua configuração qualitativa ou quantitativa. A linha, portanto, é tênue. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

²⁵ Utilizando a lição – mais didática que propriamente científica – de Maria Helena Diniz, até se poderia apontar distinção. Para a autora, *álea*, no Direito Administrativo, seria o “acontecimento futuro que poderá causar desequilíbrio econômico no contrato administrativo feito por iniciativa da Administração. Tal *álea* poderá ser: ordinária ou normal, se as partes contratantes assumirem o risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado. Por exemplo, ao se tratar de empreitada, comum é o risco sobre o aumento do custo do material de construção ou da mão de obra, não se justificando por isso pedido de alteração contratual; ou extraordinária, se as partes assumirem risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva, ao desafiar todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual, autoriza a revisão judicial do contrato ou a contratual feita pela autoridade administrativa, restaurando o equilíbrio.” O risco, para autora, também pode ter diferente acepções. No direito comercial, seria “(a) a possibilidade da ocorrência de um perigo ou

significaria “sorte”, sendo que, em termos jurídicos contratuais, essa “sorte” deve ser entendida como o risco que assume o contratante em relação ao retorno patrimonial do pacto celebrado.²⁶ No direito privado pode-se até enfatizar a dualidade do efeito da álea (positivo-negativo), como quando se trata dos contratos aleatórios, como aqueles que envolvem apostas. Nesse caso, álea tem também como definição um fato incerto quanto à sua verificação e quanto ao momento de sua constatação. Porém, no Direito público, álea tem o significado mais restrito ao acontecimento futuro que influi na economia do contrato administrativo, com enfoque no aspecto negativo – daí, por exemplo, a álea administrativa ser definida como evento futuro que determina desequilíbrio no contrato administrativo por parte da Administração, dando ensejo ao reajustamento do contrato.²⁷ Por isso, álea é o risco que se corre ao contratar com o Poder Público, enquanto fator de desequilíbrio do contrato, causa de quebra da equação econômica ajustada; é evento incerto quanto a sua verificação e motivo de prejuízo ao ajuste.²⁸

Relevante perceber que o risco sempre existirá em toda e qualquer relação contratual, pública, privada, ou público-privada. Não é necessário um grande esforço argumentativo para se concluir ser impraticável, nos contratos administrativos, mesmo

sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação; (b) medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatísticas de ocorrência e de intensidade ou grandeza das consequências previsíveis; (c) relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento advento ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos; (d) conjunto de riscos enfrentados pelas sociedades, como, por exemplo, os de mercado, de crédito, legal, de subscrição e operacional; (e) evento súbito e involuntário que causa dano patrimonial e/ou moral contra o qual se faz contrato de seguro; (f) medida, quantitativa ou qualitativa, da gravidade de um dano potencial e da probabilidade da sua ocorrência; (g) probabilidade de perda ou grando numa decisão de investimento.” Para além disso, existe o risco administrativo que é, no conceito da mesma autora, um “princípio pelo qual a Administração Pública é responsável, objetivamente, por ato lesivo a terceiro praticado por seus funcionários, independentemente de averiguação de sua culpabilidade.” Cf.: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34; 515.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - volume IV: Contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133.

²⁷ Como se verá mais adiante, a Teoria da Imprevisão traduz uma exceção à obrigatoriedade e intangibilidade dos contratos, abrangendo a ocorrência de fatos imprevistos que alterem substancialmente as condições em que o contrato foi originalmente celebrado. Cf.: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 655.

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello também trata álea e risco como sinônimos no âmbito dos contratos públicos. Para o autor, “a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro. Com efeito, uma vez que o concessionário exerce serviço estatal, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. E poderá ser integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas do sucesso econômico.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 754.

prevendo cláusulas circunstanciais ou aleatórias, a realização de uma identificação precisa de todos os riscos estanhos à vontade das partes.²⁹

Basicamente se pode tentar prever aquilo que já aconteceu antes, ou que se possa racionalmente conjecturar possível de ocorrer (juízo de probabilidade de ocorrência futura), mas que tenha parcela de excepcionalidade: algo que ordinariamente acontece não é propriamente um risco. Risco envolve probabilidade e excepcionalidade – e compete ao ajuste a tarefa de fixar a responsabilidades quanto às mesmas. O grande tema aqui é a contratualização dessa previsibilidade. Os riscos, embora marcados pela falta de certeza (sem se confundir com a incerteza, propriamente dita), não deixam de ter a nota da previsibilidade, na medida em que as partes pelo menos não desacautelaram a sua possível ocorrência ou a previsão dela. Pelo que, por esta via, os riscos, na expressão de Licínio Lopes Martins, convertem-se em riscos contratuais ou em riscos próprios do contrato.³⁰

No risco, portanto, a probabilidade de ocorrência de danos não pode ser totalmente apreciada, nem de forma empírica, nem de forma cognitiva. Trata-se da ocorrência futura, possível, porém incerta, do acontecimento.³¹ Se riscos são circunstâncias imprevisíveis, mas que podem ser objeto de planejamento e estudo prévio, que afetam a regular execução do contrato e o sucesso do projeto, são então superveniências de fato associadas ao não cumprimento de uma obrigação contratual, sem se confundir com a obrigação em si. Porém, os riscos podem derivar do fato de uma das partes assumir contratualmente determinada obrigação.³²

Por exemplo: existe a obrigação de reequilibrar o contrato, quando infringida a equação econômico-financeira do ajuste. Há, por outro lado, o risco que essa equação seja desequilibrada por uma queda da demanda, e pode haver no contrato cláusula fixando quem assumirá esse risco. Mas o reequilíbrio do contrato não é o risco em si, mas uma obrigação das partes. Ou seja, existem obrigações que decorrem da assunção de um determinado risco, mas não se confundem entre si.

²⁹ Essa afirmação tem, na doutrina brasileira, pelo menos três décadas. Vide: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 81.

³⁰ MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 206.

³¹ MELO, Pedro. **A distribuição do risco**, p. 71.

³² PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Coord.). **Direito público em evolução: estudo em homenagem à professora Odete Medaur**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 483.

Há também a responsabilidade contratual, enquanto dever de reparar danos causados a outra parte em função de um agir que, de alguma maneira, signifique o descumprimento do contrato. Não há risco de “(des)cumprimento do contrato” ou de “(in)adimplemento do valor pactuado”. São obrigações que, se descumpridas, implicarão na responsabilidade de arcar com a perda, dano. A inter-relação entre os conceitos se vê, por exemplo, na superveniência do risco de força maior como excludente da responsabilidade pelo pagamento, além de implicar na obrigação de recompor a já citada equação econômico-financeira.³³ Inadimplemento pode ser consequência de riscos (crise econômica, por exemplo), mas não risco em si.

Retomando: o risco deve ser considerado como um evento incerto, mas que deve ser tomado como previsível, passível de análise de probabilidade.³⁴ E justamente a forma como essa previsibilidade pode ser contratualizada é que importa para o tema da repartição de riscos no âmbito de projetos de infraestrutura.

O cerne destes projetos é, além do atendimento ao interesse público, uma vultuosa operação econômica. O risco assumido pelo investidor, nessas operações, deve ser considerado aquele normal à relação jurídica, conhecido e valorado pelo contratante (pois imerso no campo da probabilidade, e não da incerteza), cuja maior extensão conhecida e assumida justifica a maior possibilidade de ganho. Até mesmo no seu sentido etimológico, o termo risco deriva do italiano *risicare*, que significa ousar. Ousar não se confunde com a fatalidade (efeito negativo) que poderá ocorrer, mas antes uma opção perante a oportunidade de obter maiores benefícios.³⁵

Como exemplo, Marcia Carla Ribeiro e Guilherme Borba Vianna citam uma operação financeira de alto risco, mas capaz de propiciar excelente remuneração quando confirmada a expectativa de lucro. Esse risco se diferencia da incerteza, provocada pela instabilidade econômica de um determinado país, decorrente da inconsistência de suas estruturas sociais, da deslealdade de competição ou da corrupção. Portanto, as atividades econômicas, e especialmente os contratos, são indissociáveis do risco,³⁶ e os benefícios econômicos buscados têm relação direta, quantitativa e qualitativa, com os riscos assumidos.

³³ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 483-484.

³⁴ MELO, Pedro. **A distribuição do risco**, p. 76.

³⁵ FRADE, Catarina. **O direito face ao risco**, p. 53.

³⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 24, ano 6, out./dez. 2008, p. 176-176.

Isso também vai caracterizar a concessão, como adiante se explica. O particular que pretende ser concessionário (investir em um empreendimento público) se arrisca ao colocar bens, empregados e tecnologia à disposição da coletividade, o que se traduz na assunção dos riscos inerentes à atividade. O Estado, por outro lado, desejando reduzir os riscos que corre quando prestador do serviço, sentiu-se atraído em transferir a prestação de serviços públicos, isentando-se da obrigação de empregar recursos próprios e também, como destaca Cristiana Fortini, “escapar dos riscos inerentes ao empreendimento”.³⁷

É certo que existe uma tendência para se focar o aspecto negativo do risco, mas o dito acima é importante por lembrar que o risco inclui também eventos positivos, ganhos. Nesse sentido, o risco reflete coisas futuras sobre as quais haja preocupação, e seus resultados podem ser positivos ou negativos. Cabe à gestão de riscos melhorar o processo de tomada de decisões em condições de risco, visando maximizar benefícios e minimizar os custos e perdas.³⁸ Os riscos, em razão dos critérios de probabilidade e mensurabilidade, podem e devem ser administrados.

Ou seja, o que cabe aos contratantes é avaliar os riscos típicos de cada operação, identificá-los, quantificá-los, inclusive com a possibilidade de concluírem que não devem firmar o ajuste. Quanto à incerteza, restará ao contrato prever formas de abertura a estas situações, de como lidar eventualmente com elas, em que pese sua formalização em cláusulas seja tarefa árdua e, eventualmente, inútil.

O ponto crucial é saber lidar, no âmbito de contratos públicos, com critérios de previsibilidade, para separação do que efetivamente pode ser encarado como um risco daquele específico projeto. É claro, porém, que a distinção entre risco e incerteza, no caso concreto, vai depender de alguns fatores, em especial, saber se existiam ou não dados disponíveis para a tomada de decisão.

Por outro lado, só o fato de Administração Pública figurar nesses contratos já atrai alguns riscos (fato de Administração, modificação unilateral, como se verá adiante). Ainda assim, e com arrimo nas considerações de Bacellar Filho sobre a importância da previsibilidade nas relações contratuais entre Administração e particulares, é fundamental que o relacionamento envolvendo o Poder Público e a

³⁷ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**: franquias, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

³⁸ HILL, Stephen. Guia sobre a gestão de riscos no serviço público. In: **Cadernos ENAP - Escola Nacional de Administração Pública**, Brasília, n. 30, 2006, p. 37-38.

iniciativa privada – embora aquele procure resguardar o interesse público e esta objetive a remuneração do investimento – seja marcado pela coerência e pela transparência nas atitudes reciprocamente tomadas. Diz o autor que a atuação da Administração deve ser sempre marcada por uma “pauta previsível”, não havendo lugar para uma “administração de surpresas”.³⁹

Além deste elemento (presença da Administração Pública na avença), o desafio constante no estudo do risco em matéria de contratos públicos, já enfrentado sob certo prisma por Kleber Zanchim, reside nos “megaprojetos” de infraestrutura, que demandam estudos multi e interdisciplinares, envolvendo economia, conceitos jurídicos, políticos, etc.⁴⁰ O que pode ser considerado um risco (ordinário ou extraordinário) no âmbito de um determinado projeto, em outro não ultrapassaria a conceituação de incerteza. E entre os dois campos – risco e incerteza – certamente existe um largo campo de situações intermediárias.

A missão da alocação dos riscos é, portanto, tarefa árdua que exige planejamento, mas também flexibilidade, dado que a modalidade do risco – bem como o seu grau – é mutável com o passar do tempo. É necessário identificar esses riscos no começo e alocá-los em grupos apropriados. E alguns riscos são melhores suportados pelo particular, enquanto que, outros, pelo Poder Público - e esse é o desafio do presente estudo. A alocação dos riscos é uma verdadeira regra jurídico-econômica do contrato público, e as variáveis são as mais diversas.

Os riscos devem ser conhecidos e estimados a partir de estudo de sua probabilidade, e então impostos aos contratantes (poder concedente e concessionário). Já as incertezas também exigem cautela, mas não são nem determináveis nem quantificáveis: elas fazem jus ao nome.⁴¹

Como se verá no decorrer do trabalho, na alocação de riscos sempre haverá *trade-offs*, e cada espécie de risco deve ser alocada de forma a maximizar o valor total do projeto e a partir da capacidade de cada parte para: influenciar o correspondente fator de risco; influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco

³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 14, out./dez. 2003, p. 80.

⁴⁰ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 258.

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões do serviço público. In: _____; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. v. 2. , p. 104-105.

– antecipando ou respondendo ao fator de risco e; absorver o risco. Essa abordagem é fundamental para a formatação de contratos de infraestrutura.⁴²

Dito isso, e com olhos ao aspecto econômico da contratação, retoma-se o dito anteriormente para concluir que o risco de um empreendimento é representado pela probabilidade de que o investidor não consiga reaver o capital investido, acrescido de seu devido rendimento, após o término do prazo estabelecido para o investimento, ou então que os contratantes sequer obtenham o resultado pretendido (a execução do objeto do contrato propriamente dito). Isto significa que o risco pode ser entendido como a probabilidade da ocorrência de uma falha futura que afete negativamente o resultado previsto do negócio. Um evento desfavorável que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso do contratante privado, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da contratante público.

Trata-se da mensuração da probabilidade de ocorrência de circunstâncias que implicam diferenças entre os encargos assumidos no projeto e o efetivamente ocorrido quanto ao lucro e à previsão de custos, ou mesmo que ameace a conclusão bem sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade. O retorno sobre o investimento deve ser proporcional ao risco envolvido. Risco é, assim, uma medida da volatilidade dos retornos e dos resultados futuros - a possibilidade de que aquilo que, de certo modo é previsível, aconteça ou não aconteça.⁴³

Enfim, encerra-se por ora com o exemplo trazido por Nouriel Roubini e Stephen Mihm, também com base na conceituação dada por Knight, referindo-se a dois homens jogando “roleta-russa”. Estão com um revólver com espaço para seis balas e apenas uma cápsula carregada (na acepção mais comum, neste jogo os participantes colocam uma bala em uma das câmaras de um revólver, o tambor do revólver é girado e fechado – então, os participantes apontam a arma para suas cabeças e atiram, podendo morrer caso a bala esteja na câmara engatilhada). Por mais arriscado que seja, os jogadores sabem que a chance de morte é de uma para seis, e isso é risco. Caso eles recebessem um revólver de um terceiro, eles não

⁴² NÓBREGA, Marcos. **Direita da infraestrutura**, p. 129.

⁴³ IRWIN, Timothy; KLEIN, Michael; PERRY, Guillermo E., THOBANI, Mateen. Dealing with public risk in private infrastructure: an overview. In: IRWIN, Timothy. (Ed). **Dealing with public risk in private infrastructure**. World Bank Latin American and caribbean studies, [S. l.], p. 1-19, 1997, p. 4.

saberiam se arma estará carregada ou não, com quantas balas, verdadeiras ou não, nem sabem sequer se é um revólver de verdade. Isso é incerteza.⁴⁴

Claro que diferentemente de um jogo como esse, a análise de riscos em um contrato de infraestrutura não é uma atividade intuitiva, mas uma atividade complexa que demanda tecnicismo e a observância a padrões, análise de repetições, e regras de distribuição eficiente desses riscos. E nos contratos que implementam projetos de infraestrutura, a incerteza é proporcional a esta grandiosidade, assim como são os riscos – com o diferencial de que há mecanismos jurídicos ao reduzir estes riscos de forma ótima, tornando o contrato mais eficiente e o empreendimento mais atrativo.

2. Infraestrutura (à) brasileira: conceito e oferta, entre público e privado

2.1. Infraestrutura e serviços públicos infraestruturais

Em uma primeira afirmação despretensiosa, pode-se pensar em infraestrutura como conjunto de serviços coletivos de um país, tais como os sistemas de transporte, telecomunicações e de saneamento básico. Num sentido ainda mais amplo, e por sua relevância para o desenvolvimento socioeconômico, pode-se considerar como parte das infraestruturas os sistemas de educação e de saúde. O prefixo “infra”⁴⁵ busca expressar o conjunto de atividades e estruturas da economia de um país que servem de base para o desenvolvimento de outras atividades e sistemas. Conseqüentemente, o desenvolvimento econômico não pode ser analisado sem a questão da infraestrutura, já que esta surge como um de seus principais suportes. Os sistemas de transporte, por exemplo, são componentes fundamentais da infraestrutura econômica por permitirem a articulação entre as regiões produtoras e consumidoras dos bens e serviços que um país pode dispor.

⁴⁴ ROUBINI, Nouriel; MIHM, Stephen. **Crisis economics**: a crash course in the future of finance. Nova York: Penguin Books, 2011. p. 94.

⁴⁵ Em termos semânticos, Lucas de Moraes Cassiano Sant’anna elenca pelo menos três acepções, retiradas de tradicionais dicionários (Houaiss e Michaelis), para o verbete “infraestrutura”: (i) suporte, geralmente escondido ou invisível, que é base indispensável à edificação, à manutenção ou ao funcionamento de uma estrutura concreta ou abstrata, visível ou percebida racionalmente; ou, com a rubrica de urbanismo, (ii) sistema de serviços públicos de uma cidade, como rede de esgotos, abastecimento de água, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica, gás canalizado. Ou ainda, com a rubrica de economia, (iii) base e condição indispensável a uma economia avançada. Cf. SANT’ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infra-estrutura: a experiência do setor de infra-estrutura de transporte rodoviário. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 49, p. 135-158, maio/jun. 2008.

Dessa maneira, infraestrutura pode ser encarada como o aparato de suporte para atividades econômicas de uma maneira geral, mas tradicionalmente tem se entendido como “setor de infraestrutura” aquele que abrange alguns mercados específicos, como de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, transporte urbano, rodoviário e ferroviário, portos, aeroportos e saneamento básico, principalmente.⁴⁶ Uma definição que, em verdade, limita-se a identificar *exemplos de infraestruturas*, do que propriamente definir infraestrutura.

Para os fins aqui pretendidos, seria inútil a adoção de um conceito tão amplo que, ao tentar significar muito, acaba por nada dizer. Com base nisso, pode-se partir do seguinte conceito, proposto por Egon Bockmann Moreira:

a base física sobre a qual os diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si. A todo processo de crescimento econômico subjaz um conjunto de bens e serviços de base, o qual permite que os operadores promovam as suas atividades e possam atingir os respectivos objetivos. É, enfim, o suporte indispensável à fluidez dos demais setores econômicos.⁴⁷

De sua parte, Thiago Marrara prefere falar em infraestruturas, no plural, dentre as quais mereceriam destaque a infraestrutura energética, infraestrutura ambiental, infraestrutura logística (basicamente transportes) e infraestrutura social (saúde, cultura, lazer). Para o autor, todavia, “toda e qualquer grande infraestrutura sempre assume inegável papel social, uma vez que, por seus efeitos diretos ou indiretos, condiciona o exercício de direitos fundamentais básicos pelos cidadãos.”⁴⁸

Em seus estudos, o Instituto de Política Econômica Aplicada – IPEA opta por segregar o conceito de infraestrutura em: social e urbana, cujo foco prioritário é o suporte aos cidadãos e seus domicílios, aí constituído por habitação, saneamento e transporte urbano; e a infraestrutura econômica, cuja função precípua é a de dar apoio às atividades do setor produtivo, englobando os setores de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia, biocombustíveis e telecomunicações.⁴⁹

⁴⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e anova lei das parcerias público-privadas. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**, volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 53.

⁴⁸ MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012. p. 96-98.

⁴⁹ IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro; Infraestrutura Econômica, Social e Urbana; Livro 6. Brasília: Ipea, 2010.v.1, p. 15.

Destarte, nessa primeira impressão, poder-se-ia entender por infraestrutura o conjunto de bens e instalações físicas que propiciam o desenvolvimento de atividades econômicas e/ou a prestação de atividades qualificadas como serviços públicos: uma estrutura física com uma função socioeconômica, essencial à produtividade e bem-estar da população e insumo no processo de produção.⁵⁰

Importa dizer que, para além da sua caracterização no o que é fisicamente, a infraestrutura também deve ser abordada no seu aspecto funcional e na sua íntima relação com o desenvolvimento socioeconômico.

Não resta dúvida de que a oferta eficiente de infraestrutura é um dos aspectos mais importantes das políticas de desenvolvimento. A prestação eficiente de tais serviços condiciona significativamente a produtividade e a competitividade do sistema econômico, ao mesmo tempo em que melhora o bem-estar social. Portanto, uma adequada disponibilidade de infraestrutura e de seus serviços correlatos é condição indispensável para que o país possa desenvolver vantagens competitivas, alcançando maior grau de especialização produtiva. Como reconhece o IPEA, os investimentos em infraestrutura elevam a competitividade sistêmica da economia, melhorando as condições de áreas como transporte, comunicação e energia, por exemplo. Além disso, promovem efeitos multiplicadores e dinamizadores nos demais setores, induzindo a outros investimentos.⁵¹

Dito isso, repise-se que infraestruturas são um verdadeiro pressuposto do ciclo econômico no modelo capitalista. Como afirma Thiago Marrara, não o são somente por viabilizarem a produção em si, mas também pelo fato de terem se tornado essenciais para a oferta de para o consumo de bens e serviço. Em síntese, “as infraestruturas despontam como um suporte essencial das fases de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.”⁵² Melhor dizendo, além de um suporte ao consumo de serviços essenciais à produtividade dos indivíduos e bem-estar da população, infraestrutura é, também, um insumo no processo de produção.⁵³

Sem infraestrutura determinados serviços não podem ser fruídos por cidadãos. E, portanto, “universalizar serviços públicos implica necessariamente

⁵⁰ FRISCHTAK, Cláudio. **Infraestrutura e desenvolvimento no Brasil**, p. 322-323.

⁵¹ A infraestrutura, promovida pelo Estado ou pela iniciativa privada – tem o potencial de tornar mais rentáveis, e conseqüentemente mais atraentes, os investimentos produtivos, viabilizando maior eficiência ao sistema econômico. IPEA. **Infraestrutura econômica no Brasil**, p. 16-17.

⁵² MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 261-262.

⁵³ FRISCHTAK, Cláudio. **Infraestrutura e desenvolvimento**, p. 322-323.

universalizar infraestruturas”.⁵⁴ Com efeito, a expansão de serviços em atendimento do imperativo de universalização depende de investimentos em infraestrutura.

César Calderón e Luis Servén analisaram, em nada menos do que cento e vinte e um países, os impactos econômicos e sociais do desenvolvimento de infraestruturas, no período compreendido entre 1960 e 2000. De acordo com esses autores, os efeitos do desenvolvimento de infraestrutura para as classes menos privilegiadas de uma população são superiores àqueles verificados para a classe média. A infraestrutura viabiliza o acesso da classe menos favorecida às áreas centrais de desenvolvimento econômico mais adiantado. Tais investimentos também causam efeitos positivos na redução de mortalidade infantil e no nível educacional da população. Ao final do trabalho, concluíram que a infraestrutura aumenta tanto o crescimento quanto reduz as desigualdades de renda. Isso implica dizer que o desenvolvimento da infraestrutura pode ser um ingrediente de sucesso para redução da pobreza. Além de aumentar o nível de renda média, aumenta a renda das classes menos favorecidas, o que sugere que o desenvolvimento de infraestrutura deve estar no topo da agenda de combate à pobreza.⁵⁵

Outro aspecto da conceituação merece aqui breve incursão. Fernando Fróes sustenta haver uma diferenciação entre obra pública e infraestrutura, aquela mais simples do que esta. A infraestrutura agrega elementos distintivos, como (a) itens não tangíveis, não apenas físicos — por exemplo, a infraestrutura de telecomunicações envolve o uso de serviços de informática e de ondas de rádio para transmissão; (b) o conceito de rede, como as rodovias e ferrovias, exemplos de redes contínuas; os portos e aeroportos, exemplos de redes descontínuas; os sistemas de abastecimento de água e de energia elétrica, exemplos de redes únicas. A infraestrutura permite alcançar os distintos pontos de uma rede para uma finalidade concreta. As obras públicas, ao contrário, são pontuais, não constituem uma rede, no sentido de que não estão conectadas a outros equipamentos. Ainda, há (c) vontade do Estado de exercer

⁵⁴ MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 264.

⁵⁵ KUJAWSKI, Fabio Ferreira. **A regulação em favor de investimentos privados em infraestrutura**. São Paulo, 2007. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 92. A partir dos dados demonstrados em: CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. **The effects of infrastructure development on growth and income distribution**. Central Bank of Chile. Working Paper, n. 270, 2004.

domínio especial e específico, estabelecido em lei, para os equipamentos, investimentos e serviços propiciados pela infraestrutura.⁵⁶

No âmbito das contratações de obras públicas, a acepção de maior relevância é a que considera a expressão obra como sendo um fazer. Afinal, esta é a principal prestação almejada pelo Poder Público ao contratar com um particular. Se a Administração almejasse apenas o produto, ou o efeito do trabalho, poderia obtê-lo por outros meios, como, por exemplo, pela compra de um bem imóvel pronto e acabado. A finalidade da obra pública é a adaptação do universo físico de imóveis para atender os interesses da comunidade. As obras públicas integram a infraestrutura para a prestação de serviços, mas com ela não se confundem.

O que fica claro é que a obra pública, ao menos no Direito brasileiro, é um conceito menor que não esgota a ideia de infraestrutura de um serviço público ou atividade econômica. Porém, impensável um serviço infraestrutural que dispense a realização de obras. O que se recorta aqui apenas é que a noção de infraestrutura abrange obras e serviços. Serviços de infraestrutura são complementares à noção da infraestrutura como base física sobre a qual se dá a sua prestação.

Apesar da relevância da distinção desses conceitos, ao longo deste trabalho, tanto a parte física quanto os serviços dela decorrentes, ou nelas prestados, serão tratados com unicidade, sob o termo infraestrutura, em especial aquela delegada via concessões. Tal agregação pode ser realizada sem maiores prejuízos, tendo em vista que os serviços de infraestrutura só podem ser executados com a existência do aparato físico, enquanto este só faz sentido quando para a viabilização dos serviços.

Ainda assim, reconhece-se que afora essas taxionomias antes trazidas (infraestrutura social e infraestrutura econômica, por exemplo), existem infraestruturas que se confundem com o próprio serviço público, porquanto atuam como pressuposto para a sua prestação. O estudo apurado de André Castro Carvalho é essencial para se visualizar a sutil distinção. Cite-se o caso, por exemplo, do serviço público de telefonia fixa ou distribuição de energia elétrica e água encanada: a infraestrutura e o serviço se confundem numa só prestação. Há, por outro lado, infraestruturas que se relacionam muito mais com a disponibilização para o uso de terceiros: rodovias, por exemplo. Ferrovias, por outro lado, podem (ou não) vir agregadas com a prestação do

⁵⁶ FRÓES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**, 2006, v. 2, p. 222.

serviço de transporte ferroviário. Se o Estado (ou a iniciativa privada) disponibilizar apenas o uso das linhas férreas, enquadra-se neste último caso. Mas se conjugada com a prestação de serviço de transporte ferroviário de carga ou de passageiros, estará situada na primeira hipótese.

Serviço público não se confunde com a infraestrutura respectiva no aspecto jurídico. Retomando o exemplo, apenas a geração de energia elétrica ou o tratamento de água, sem a distribuição, podem não ser juridicamente serviços públicos, mas exploração de bem público correlato ou mesmo a exploração de atividade econômica em sentido estrito. A transmissão e distribuição de energia, de água encanada ou a coleta e tratamento de esgotos, por outro lado, são considerados serviços públicos em razão da comodidade material ofertada, fruível de forma individualizada. Ambos relacionam-se com a infraestrutura respectiva.⁵⁷

Insta dizer que a distinção entre “infraestrutura” e “serviços públicos infraestruturais”, que pode ter sua utilidade para determinados momentos, não impacta tanto no estudo específico dos contratos que lhe delegam à iniciativa privada, e por conta da unidade prática existente acabam sendo tratadas de forma indistinta. Se os serviços infraestruturais podem ser identificados pela prestação frente a uma exigência do indivíduo ou da sociedade, a infraestrutura, pura e simplesmente, consiste na base sobre a qual se apoia a prestação desses serviços. Todavia, dado que as atividades infraestruturais e a prestação dos serviços correlatos à infraestrutura contribuem para a formação da mesma cadeia produtiva, gerando uma sinergia recíproca, muitas vezes nem mesmo a literatura especializada tem a necessidade de distingui-los pelos os impactos individuais.⁵⁸

Portanto, ao se analisar a infraestrutura sob a ótica dos serviços públicos, não se costuma diferenciá-los conceitualmente e sob regimes jurídicos distintos. Especialmente no arcabouço jurídico brasileiro, os dois conceitos aparecem associados, de forma que um estudo conjunto facilita a identificação do regime jurídico de cada infraestrutura, mormente na esfera do direito público (regime jurídico-administrativo). Por aqui, a disciplina jurídica para a *prestação* ou *disponibilização* de

⁵⁷ CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento**. São Paulo, 2013. 612 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, p. 140-144.

⁵⁸ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE – CEPAL. *América Latina e Caraíbi: infrastrutture e integrazione*. In: CAMPANELLA, Raffaele (Coord.). *Collana di studi Latinoamericani – Economia e Società*. CEPAL/BID/CAF: Roma, 2008, p. 12. Tradução feita em: CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**, p. 140.

infraestrutura está sempre coligada com o serviço público, a ponto de André Castro Carvalho identificar uma “hipertrofia” na disciplina jurídica dos serviços públicos perante a disciplina jurídica da infraestrutura correspondente. Para o autor, a consequência do regime jurídico aplicável em alguns casos pode, ou não, mudar. Na Constituição, por exemplo, raramente há menção à infraestrutura pura e simples. A disciplina jurídica é pautada pelo serviço público (objeto principal da regulação estatal) e não pela infraestrutura (considerada quase acessória em termos regulatórios). É por isso que o termo é pouco visto separadamente, inclusive nas leis específicas que regulamentam os dispositivos constitucionais. Ou seja, apesar do amplo tratamento dado aos serviços públicos, a infraestrutura, em si, não é delineada pela Constituição. Na prática, isso não imprime maiores reflexos, tendo em vista que a regulação jurídica do serviço público acaba acompanhando a infraestrutura que lhe serve como sustentáculo.⁵⁹

De qualquer forma, em todas as definições apresentadas o elemento comum é a identificação por meio de bens e serviços essenciais que estão na base da economia, com influência direta nas condições de vida da população e no crescimento econômico. Se a atividade de infraestrutura poder ser classificada como serviço público (serviço público infraestrutural), há de se reconhecer que não se tratam de realidades necessariamente correspondentes, mas diretamente ligadas.

Importante aqui destacar que a noção de serviço público não é unívoca. A locução está, em verdade, longe de ter um conceito consensual e, por isso, deve-se por ora identificar qual é a noção de serviço público adotada e desenvolvida pelo Direito brasileiro, sobretudo após a Constituição de 1988, e que servirá de base para o desenvolvimento do trabalho. Adotando-se, inicialmente, uma perspectiva mais formalista, por assim dizer, fala-se que é serviço público o que a Constituição diz ser. A respeito dessa perspectiva, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico.⁶⁰

⁵⁹ CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**, p. 139-144.

⁶⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

Também nessa esteira, Alexandre Santos de Aragão assinala que há serviços públicos que, ontologicamente, poderiam pertencer, inclusive, a outra esfera, pública ou privada, mas que em determinada conjuntura histórica e política o Poder Constituinte (ou mesmo o legislador infraconstitucional) entendeu que o Estado deveria tomar a atividade como sua, como *serviço público*.⁶¹

De todo modo, ainda que se adote essa visão mais formalista do que venha a ser serviço público, importante que se tenha em mente que muitos autores identificam em determinadas atividades uma vocação para o serviço público. Cesar Guimarães Pereira lembra que, a partir de uma consideração de natureza essencialista do serviço público, determinadas características levam a lei a considerar certa atividade como pública, submetendo-a ao regime de serviço público.⁶² Dito isso, pode-se buscar por uma noção de serviço público para ser adotada no presente trabalho. Entende-se que a conceituação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello seja das mais adequadas a englobar ambos os vieses, formalista e essencialista, já que ao mesmo tempo em que caracteriza a atividade, foca-se na assunção, pelo Estado, de sua prestação:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador das prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (...) Quanto ao primeiro elemento – seu substrato material -, cumpre observar que a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidade ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico. Aliás, é por isto que as presta sob regime de Direito Público, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto.⁶³

Diante disso, tal conceituação parece abarcar tanto os aspectos materiais, subjetivos, e formais. Melhor dizendo, três critérios distintos de análise do conceito de serviço público têm de estar preenchidos: critério orgânico (ou subjetivo): serviço público é aquele titularizado pelo Estado, e cuja prestação é assegurada ou assumida

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

⁶² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo, Saraiva: 2006, p. 254.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 687; 690-691.

pelo Estado;⁶⁴ critério formal: serviço público é aquele disciplinado por regime de direito público; e critério material: serviço público é aquele que atende diretamente a interesses da coletividade.⁶⁵

Assim sendo, e retomando o entendimento de Dinorá Grotti, pode-se dizer, então, que não há propriamente um serviço público assim caracterizado apenas por sua natureza ou por sua essência, ainda que verificável, de certo modo, determinada vocação da atividade para ser serviço público. É também partir de uma decisão política, positivada Constituição Federal ou na lei ordinária editada em observância às diretrizes constitucionalmente estabelecidas, que determinadas atividades serão verdadeiros serviços públicos.⁶⁶ Frise-se, de todo modo, que, assim como ensina Lúcia Valle Figueiredo, serviço público, como atividade material fornecida pelo Estado, poderá não ser por ele prestado, se houver permissão constitucional e legal para isso, mas em ambos os casos o fim permanece: implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, a ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.⁶⁷

E essa decisão política destaca o serviço público de um grupo maior, das atividades econômicas em sentido amplo, gênero que então compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, para dar-lhe tratamento diferenciado. Ou seja, fala-se em atividade econômica em “sentido estrito”, pois o serviço público também possui a “ontologia de uma atividade econômica”. Na realidade, a questão resolve-se satisfatoriamente quando estudado o conceito de atividade econômica: a ação de escolha e busca de recursos para o atendimento de necessidades econômicas – e assim será econômica a atividade que tenha por objeto um bem econômico.⁶⁸ O gênero se constitui pelo fato de caracterizar-se fundamentalmente pelo fornecimento de um bem econômico à coletividade, e as espécies se diferenciam pela materialidade de sua condição e pelo regime jurídico a elas incidente. Gabardo distingue com clareza as figuras.

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 425.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 265-266.

⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público**, p. 88.

⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.78-79.

⁶⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**, p. 130.

A atividade econômica em sentido estrito é uma ação típica dos particulares no Brasil, decorrência do princípio da livre iniciativa. Para além de um direito de natureza negativa perante o Estado, a Constituição estabelece uma garantia positiva, ao reservar com exclusividade a atividade econômica em sentido estrito aos agentes privados (artigo 173, *caput*). Proíbe-se a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, exceto nos casos que estejam ou que venham a ser previstos na Constituição, nos casos de segurança nacional (assim declarados pela União Federal) e quando presente o relevante interesse coletivo estabelecido por lei.

Por outro lado, o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico. E é o texto constitucional (art. 175) que fixa que somente serão assumidos ou assegurados pelo Estado, isto é, prestados pelo Estado direta ou indiretamente. Decorre inafastável desta disposição é a exclusão do serviço público da garantia inerente à livre iniciativa. Os particulares, a contrário senso, estão proibidos de prestar atividade cujo regime foi publicizado pela Constituição ou lei. Todavia, caso o Estado tome a decisão política de novamente repassá-lo aos particulares, poderá fazê-lo mediante da delegação da exploração, permanecendo com a sua titularidade.⁶⁹ E a delegação é que por ora interessa.

E o concessionário (no caso, o agente privado que pretende sê-lo) enxerga a concessão como um investimento, e está disposto a explorar a infraestrutura objeto do contrato a partir dessa lógica de retorno, com base nos riscos que irá assumir.

Especificamente aqui também cabe outra distinção, a qual é feita com proeminência por Eros Roberto Grau. Dentro da categoria serviços públicos, pode-se segregar os serviços públicos privativos dos não-privativos. Nos primeiros, estão aqueles cuja prestação é privativa do Estado, ainda que a Constituição admita a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão (ou permissão, conforme o art. 175 da Constituição). Entre os serviços públicos não-privativos encontram-se aqueles que podem ser prestados livremente pelo setor privado, independentemente de concessão

⁶⁹ Vale dizer que os serviços públicos são atividades que, prestadas diretamente pelo Estado, ou sendo delegadas à iniciativa privada, visam alcançar dois objetivos bem específicos: o interesse público da comunidade (tais serviços são benefícios que se destinam aos cidadãos) e finalidades lucrativas a seus prestadores, quando privados. GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**, p. 133-134.

ou permissão. Há atividades que são serviços públicos, portanto, sendo ou não empreendidas pelo Estado: o tradicional caso da saúde e da educação.

Assim, a mesma atividade não pode, concomitantemente, ser e deixar de ser serviço público, conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado (o que há, como dito, é a distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público). O que torna os chamados serviços públicos não-privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de delegação, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob regime de concessão ou permissão.⁷⁰

E como categoricamente afirma Emerson Gabardo, no caso dos serviços públicos privativos cuja execução se delega aos agentes privados (a chamada descentralização por colaboração, que se dá essencialmente via concessão),⁷¹ há uma inegável pretensão de lucro por parte do então colaborador que, “na realidade, não tem intenção nenhuma de colaborar, mas de obter o maior núcleo de vantagens econômicas possível.”⁷² Diferentemente do agente privado, que persegue interesses próprios, o Estado surge para prosseguir fins que lhe são alheios, que o transcendem, e “é através da heteronomia desses fins e não da autonomia da vontade que a sua ação é avaliada.”⁷³ Ou seja, os interesses são muito bem distintos na delegação: o Estado buscando interesses que lhe são alheios (o interesse público), e aqui se mede sua eficiência; e o agente privado buscando o lucro, e aqui se mede sua eficiência. Mas o agente privado, por prestar o serviço fazendo as vezes de Estado, também está, ainda que reflexamente, buscando atender aquele interesse buscado pelo Estado, porém com uma legitimação distinta.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122 e ss.

⁷¹ A descentralização funcional é aquela em que há o nascimento de entidades componentes da máquina estatal, e há também a descentralização por colaboração, que se utiliza de entidades preexistentes, criadas a partir da iniciativa particular, sem a participação estatal, transferindo a estas atividades da Administração. Cf. FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 8-14.

⁷² No que se distingue com aqueles serviços públicos não privativos do Estado, nos quais, em tese, agentes devem ter a intenção de colaborar, sem a preocupação com a obtenção de lucros: “Afim, se o objetivo for a obtenção de lucros, o agente privado pode se dedicar a esta atividade livremente, sem a necessidade de uma vinculação formal com o ente público.” GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**, p. 140.

⁷³ GARCIA, Maria da Glória. As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública – reflexões sobre o lugar do Direito no Estado. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Colloquia 7 - Studia Iuridica 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 36.

E como a ideia de risco trazida nas linhas iniciais se vincula muito ao lucro – o risco enquanto probabilidade de ocorrência de um evento que pode prejudicar o empreendimento e, por consequência o retorno do capital – se deve compreender que o serviço público, em si, não visa ao lucro, não faz parte da essência do conceito. Porém, uma vez que o Estado tenha optado por delegar a sua prestação à iniciativa privada, deve-se ter a consciência de que o particular é um investidor, e almeja obter lucro por este capital investido na prestação de um serviço público privativo. E não se está falando aqui da atividade econômica constante no art. 173 da Constituição, mas do investimento de um agente privado na concessão (art. 175).

Retomando o ponto anterior, busca-se, por meio da opção de um conceito de serviço público, dissociar as necessidades públicas de infraestrutura de uma suposta relação de imprescindibilidade com a ideia de serviço público. A infraestrutura pode, assim, ser um setor ligado a uma prestação de serviço público delegado, mas também pode ser prestada diretamente pelo Estado.⁷⁴

Outrossim, como se verá mais adiante, as concessões administrativas (modalidade de concessão instituída pela Lei Federal nº 11.079/04) são um exemplo de que as noções de infraestrutura e serviço público não são absolutamente imbricadas. Tais contratos podem não tratar da delegação específica de serviços públicos, mas de atividades inerentes a importantes investimentos em infraestrutura, auxiliares a outras atividades do Estado.

Enfim, ao se falar em infraestrutura, trata-se inevitavelmente das concessões que viabilizam o investimento no setor. Consequentemente, estará se falando, em maior ou menor medida, de atividades delegadas à iniciativa privada. Por isso seja se utilizando a expressão infraestrutura, ou no plural infraestruturas, ou ainda em serviços públicos infraestruturais, o objetivo aqui é discutir os contratos que permitem a implantação desse conjunto de bens, serviços, equipamentos, que possibilitam a prestação de outros serviços, integram os insumos do ciclo produtivo da economia, e impactam no desenvolvimento socioeconômico; ademais, demandam grandes aportes financeiros e compromissos de longa data. O foco não é propriamente a sua conformação jurídica, mas a forma como é contratualizada.

⁷⁴ SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. **O federalismo e o financiamento de infraestrutura**, p.140.

2.2. Oferta de infraestrutura no Brasil

Fundamental, portanto, a compreensão da infraestrutura como instrumento do capital e da política, e “elemento-chave da lógica econômica prevalecente no mundo capitalista e, por conseguinte, no Brasil”.⁷⁵ As estruturas do serviço público, que se constituem nas redes de prestação do mesmo, bem como de todos os bens e equipamentos necessários à prestação do serviço, incluem-se na infraestrutura de um país e respondem, em grandíssima medida, pelo seu desenvolvimento.

E a história das políticas brasileiras de desenvolvimento é muito ligada ao investimento em infraestruturas. O Programa de Metas do Governo Juscelino Kubitschek, implementado entre 1956 e 1961, experiência originária do planejamento governamental no Brasil, consistente num conjunto de 30 metas setoriais - além da meta síntese de construção de Brasília - que orientaram a configuração de amplos projetos estatais de infraestrutura. Além disso, tais metas serviram para balizar a atuação do Governo na articulação de grandes somas de investimentos privados de origem externa e interna, destinadas a áreas como indústria automobilística, construção naval e construção aeronáutica, englobando aqueles setores em que o diagnóstico da época apontava serem de significativos efeitos interindustriais de cadeias produtivas.⁷⁶

O período foi marcado por uma série de investimentos estatais em infraestrutura, com destaque para os setores de transporte, energia elétrica, estímulo ao aumento da produção de bens intermediários, como aço, carvão, cimento, e incentivos à introdução dos setores de bens de consumo duráveis e bens de capital. O Programa implicou na ampliação das atividades econômicas do Estado, a partir da valorização dos setores de grandes infraestruturas e por este incentivo direto e pesado à industrialização do país, deixando claro seu cunho nacional-desenvolvimentista. Justamente por serem consideradas estratégias no desenvolvimento nacional (e também na segurança nacional), as infraestruturas se concentravam nas mãos do Estado, que controlava a indústria de bens de produção, o setor de transportes, de energia e comunicações.⁷⁷

⁷⁵ MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 255-256.

⁷⁶ Para mais detalhes sobre o período: LAFER, Celso. **JK e o Programa de Metas (1956-1961): processo de planejamento e sistema político do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

⁷⁷ MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 256-257.

Os Planos de Desenvolvimento Nacional do Governo Militar, o primeiro no Governo Emílio Médici e um segundo no Governo Ernesto Geisel, implicaram no que ficou conhecido como “milagre brasileiro”. A partir de 1969 o Estado brasileiro ampliou sua esfera de atuação, tornando-se mais interventor na economia na tentativa de criar condições propícias para um verdadeiro salto industrial. Entre 1974 e 1978, já no período do segundo PND, visou-se finalizar um processo de substituição de importações, com investimentos na produção de insumos básicos, petróleo, aço e bens de capital, e com destaque ao setor de energia. Também nesse período uma política de créditos para investimentos sustentada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento teve grande relevo, com o fito de dar suporte a projetos privados, porém, ainda assim, o II PND foi viabilizado em grande parte pela atuação de estatais. Eletrobrás, Petrobrás e Embratel foram responsáveis por maciços investimentos e contribuíram para uma “primeira expansão de serviços públicos no Brasil” e deixaram patente a importância dos investimentos em infraestrutura nos processos de desenvolvimento e ampliação de acesso a serviços.⁷⁸

Alexandre Aragão lembra que com a crise de financiamento do Estado a partir da década de 80, houve grande redução da sua capacidade de financiamento, impactando nas decisões políticas de investimentos em obras de infraestrutura e de serviços públicos. Muitos desses serviços, além de o Estado não ter capacidade financeira para implantá-los e da ideia de ser menos eficiente do que a iniciativa privada para fazê-lo, passaram a ser compreendidos como passíveis de ser prestados à sociedade pela iniciativa privada, gerando resultados para os investidores que construíssem ou aperfeiçoassem a infraestrutura”.⁷⁹

Então, saltando para a década de 1990, já sob a égide da Constituição de 1988 e em um regime democrático, adveio Programa Nacional de Desestatização, que abriu espaço para as privatizações e para o capital estrangeiro entrar no país a partir da criação de um novo sistema de regulação setorial e o lançamento de novos instrumentos de parcerias entre capital público e privado. O PND foi implementado por força da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990. Esta MP foi convertida

⁷⁸ MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 257-258.

⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as Concessões Administrativas. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.

na Lei nº 8.031/90 que vigorou até o ano de 1997, quando foi revogada pela Lei 9.491/97 que passou a ocupar o posto de diploma regulador do PND.

Com a intenção de consolidar um novo impulso à ampliação de infraestrutura de serviços, o Programa tinha por objetivos (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo Poder Público; (ii) auxiliar a redução da dívida pública, colaborando com a reestruturação do papel econômico do Estado; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades absorvidas pela iniciativa privada; (iv) contribuir para a modernização da infraestrutura e do parque industrial brasileiro; (v) permitir que a Administração concentre esforços apenas em atividades fundamentais à consecução das prioridades nacionais ; e (vi) fortalecer o mercado de capitais principalmente por meio da democratização da propriedade do capital social de empresas envolvidas na desestatização (art. 1º da Lei nº 9.491/97).

O que se extrai desse rol de objetivos para o tema ora tratado é que houve um destaque à ampliação da oferta de infraestrutura voltada à atividade econômica em sentido estrito. Juntamente com a consagração do princípio da universalização dos serviços públicos (e universalização dos contratos de concessões, como afirma Thiago Marrara),⁸⁰ e com novas formas de parcerias público-privadas (expressão aqui utilizada de forma genérica, pois nessa época ainda não existia no ordenamento brasileiro a parceria público-privada em sentido estrito) conferiu força à consolidação e difusão de redes de infraestrutura.⁸¹

Historicamente, portanto, a infraestrutura no Brasil vinha sendo promovida quase que exclusivamente através de investimentos públicos. Todavia, a partir dos anos 1990, as privatizações e as parcerias entre os setores público e privado possibilitaram a entrada significativa de empresas privadas nacionais e estrangeiras via contratos de concessão. A complementaridade na provisão, todavia, não resolve integralmente a questão de qual investimento deve ser priorizado: público ou o privado. Apesar de não se poder falar em uma fórmula apriorística de distribuição ótima entre investimentos públicos e privados, os investimentos públicos devem continuar sendo as principais fontes de financiamento de infraestrutura pelos governos, quer em sua forma pura (investimentos diretos), quer associada à iniciativa

⁸⁰ MARRARA, Thiago. **Bens públicos**: domínio urbano: infra-estruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 260.

⁸¹ Isso “pelo menos, em teoria”. MARRARA, Thiago. **Bens públicos**, p. 260.

privada (concessões). Porém, há uma clara tendência de redução dos investimentos públicos diretos e aumento da participação privada,⁸² como tentativa de solucionar o cenário de acúmulo de déficits consideráveis em infraestrutura.⁸³

O que se percebe é que o baixo nível de investimentos em infraestrutura se estende desde a segunda metade dos anos 1980 e reflete, em grande medida, nas mudanças constitucionais e a prioridade desde então conferida ao gasto público corrente. Nos anos 90, sobretudo nos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, buscou-se alterar esse quadro com a atração da iniciativa privada para a prestação de serviços infraestruturais, tarefa até então a cargo do Estado. Poder-se-ia resumir essa postura a partir de algumas premissas centrais, como fazem Giambiagi e Castelar Pinheiro: (i) a identificação de que o setor privado poderia investir e operar projetos em infraestrutura de forma mais eficiente, possibilitando poupar recursos e tornar mais rentáveis e atrativos tais projetos; (ii) a percepção de que a conjuntura fiscal e jurídica da época tornava mais seguro financiar projetos de infraestrutura sob “controle” privado do que público, mesmo quando o financiamento fosse feito por um banco público, possibilitando a redução de custos de captação e criando condições para alongar prazos de financiamento.⁸⁴

E da análise precedente sobre a evolução da infraestrutura no Brasil, fica claro que o acesso público a estes é função de uma trama complexa de relações institucionais, econômicas, tecnológicas e políticas. Neste novo contexto, a delegação da infraestrutura, bens e serviços, não pode ser vista como mero arranjo gerencial isolado, mas como parte de uma política maior, que envolve uma redistribuição de poder entre agentes estatais e privados na definição de prioridades e critérios. Essa reversão tem uma dimensão mais abrangente que o mero uso instrumental da forma gerencial privada no setor público; ela sinaliza uma nova organização política, na qual os agentes privados passam a ter novamente uma presença direta nos núcleos de poder político.⁸⁵

⁸² CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**, p. 277-278.

⁸³ Ver: BRUNO, Miguel; SILVA, Renaut Michel da. Desenvolvimento econômico e infraestrutura no Brasil: dois padrões recentes e suas implicações. In: **Análises e Propostas**, n. 38. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2009.

⁸⁴ GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. **Além da euforia**: riscos e lacunas do modelo brasileiro de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier: 2012, p. 108.

⁸⁵ SILVA, Ricardo Toledo. Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil. In: **DOSSIÊ: Serviços urbanos, cidade e cidadania**. Programa interdisciplinar globalização econômica e direitos do MERCOSUL. Disponível em: <www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo>. Acesso em: 03 nov. 2012, p. 6.

E a remodelagem do contrato administrativo passa necessariamente por esse contexto. A busca pela criação de um ambiente de maior segurança e estabilidade ao contratado, permitindo-lhe a realização de investimentos para a exploração das atividades delegadas de modo eficiente, célere e eficaz. Com isso, atrai-se um número maior de empresas para a participação no certame, resultando na possibilidade maior de escolhas ao Poder Público, com vistas à vantajosidade na contratação, e ao próprio escopo do desenvolvimento sustentável.⁸⁶

Ora, as concessões e permissões de serviço público são, na visão dos investidores, oportunidades para se obter remuneração do capital investido em cifras superiores às praticadas em operações financeiras, de modo que os investimentos devem ser analisados como uma atividade econômica. À vista disso, assume-se um risco a fim de que posteriormente esta atividade remunere ao capital investido.

Quando o Estado opta por delegar um determinado serviço público, transfere ao particular um conjunto de riscos e obrigações inerentes à atividade delegada e, em contraprestação, lhe confere o direito a auferir uma remuneração, que deverá ser necessária para, a um só tempo: (i) cobrir os custos operacionais da atividade; (ii) cumprir as obrigações contratuais, prestando o serviço de forma adequada; e (iii) garantir o retorno dos valores investidos. Daí decorre que o modelo de remuneração escolhido pelo Poder Público e refletido em uma concessão de serviços públicos é uma garantia posta em favor do concessionário, que não poderá ser modificada.⁸⁷ Disso decorrem uma série de discussões tratadas mais adiante.

Por ora basta dizer que esses riscos são precificados e refletidos nas propostas ofertadas pelos investidores. Deve-se considerar, todavia, que o regime da prestação de serviços públicos é, evidentemente, publicista – e isso deve ser encarado como premissa básica extraível do ordenamento jurídico brasileiro – devendo, por consequência lógica, seguir as regras de Direito Público. Porém, este regime não se confunde com a atividade de investimento da concessão, gerida por intermédio de uma empresa privada. Ela, atuando como em qualquer atividade econômica, pode e deve render lucro aos seus acionistas; caso contrário não se

⁸⁶ GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles. _____ (Coords.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

⁸⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out./dez. 2013, p. 157.

trataria de concessão, mas sim de prestação de serviço público por uma empresa pública ou autarquia, e, neste caso, o investimento também seria regido pelo direito público, já que se daria por recursos orçamentários, e não com capital privado.

Da mesma forma, se a atividade der prejuízo em virtude de áleas ordinárias ou do risco do negócio, o investidor não terá qualquer tipo de compensação, pois, como qualquer investimento com risco, não há ganho certo ou garantias contra eventuais perdas em virtude de vicissitudes de ordem macroeconômica.

E do ponto de vista de uma estratégia consistente de desenvolvimento, a participação do investimento público em infraestrutura é uma condição necessária e incontornável. Na medida em que ao Estado compete executar, direta ou indiretamente, atividades de produção, transmissão e distribuição de energia, de transporte de bens e pessoas, de oferta de comodidades sociais e de proteção e promoção do ambiente urbano e natural, este conjunto de infraestruturas tornam-se objeto de suas políticas públicas, na medida em que condicionam a execução eficiente e socialmente eficaz dessas atribuições prestativas estatais. A eficiência, bem como a universalização de diversas tarefas públicas enquadradas na categoria de monopólios econômicos estatais, dependem fortemente da criação e manutenção de infraestrutura adequada, razão pela qual tais objetos não poderiam fugir aos olhos da Administração Pública.

De outro lado, a questão da infraestrutura assume relevo como tema de Direito Administrativo Econômico na medida em que os mais diversos serviços e atividades privados regulados pelo Estado dependem, igualmente, da disponibilização de um aparato técnico adequado. Alinha-se aqui às percepções constantes no pensamento econômico brasileiro. Dada a distância entre o *ser* e o *dever ser* da infraestrutura brasileira, o investimento tem de ser combinado entre recursos públicos privados. O mercado para serviços de infraestrutura vem se expandindo rapidamente no país, e seu dinamismo é possivelmente o fator central para atrair o setor privado. Porém, o setor público necessita estar presente, sobretudo pela conformação jurídica brasileira (serviços e bens titularizados pelo Estado), seja como investidor direto ou como regulador. Nesse segundo caso, reconhece-se que a regulação do setor de infraestrutura serve ao duplo propósito de atrair investimento privado e de melhorar o desempenho do setor público. O desafio de política pública de incremento de

viabilização de infraestruturas será o de estabelecer o modelo mais apropriado para responder as demandas.⁸⁸

Em síntese, a temática das infraestruturas revela irrefragável importância sob diversos prismas. Do ponto de vista econômico, as infraestruturas condicionam a eficácia dos princípios constitucionais da ordem econômica, de modo que sua gestão ou regulação pelo Estado dirá em que medida liberdades econômicas serão ou não concretizadas. A prestação de serviços públicos influi diretamente no setor privado, sendo alguns deles conectados diretamente ao funcionamento de setores da economia. Conforme Gastão Alves de Toledo, sem estes serviços (que os classifica como elementos estruturais básicos), não só o setor privado, mas toda a máquina estatal se veria paralisada. A sua insuficiência pode significar prejuízo direto à atividade econômica, implicando em custos adicionais. Basta pensar que a energia elétrica é insumo básico para o setor metalúrgico, como é o transporte viário e aquaviário para o setor agrícola.⁸⁹

Do ponto de vista administrativo, as infraestruturas surgem como condição fática para a distribuição de serviços públicos de natureza econômica e industrial, serviços públicos sociais e atividades econômicas monopolizadas pelo Estado. Sem infraestrutura, o Estado é incapaz de realizar suas funções administrativas mais básicas, fragilizando, com isso, suas bases de legitimação. Do ponto de vista social, as infraestruturas revelam-se como aparato físico condicionante de grande parte dos direitos fundamentais, razão pela qual o Estado ora fomentará a construção e ampliação de infraestruturas, ora limitará (via poder de polícia) a liberdade privada de construção, uso e ampliação de infraestruturas.

Concluindo o subitem, tem-se que projetos de infraestrutura possuem algumas características próprias que os diferenciam de projetos de investimento tradicionais. Setores infraestruturais, afirmam Moreira e Milano, são marcados pela alta capilaridade social, pela imprescindibilidade de projetos atrativos a investimentos, via de regra de longo prazo (prazos mínimos de cinco anos, chegando a décadas) e pela necessidade de grandes aportes iniciais (em uma PPP, por exemplo, o projeto não poderá ser inferior a 20 milhões de reais), que dependem de longa maturação para serem recuperados. Nesse sentido, é clarividente que tais setores devem ser

⁸⁸ FRISCHTAK, Cláudio. **Infraestrutura e desenvolvimento no Brasil**, p. 340-341.

⁸⁹ TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 290.

regulados também com o reconhecimento das constantes e intensas alterações socioeconômicas que lhe rodeiam, com a necessidade de convivência com a mutação e a “certeza da precariedade”: natural incompletude dos contratos públicos implementadores de infraestruturas.⁹⁰

A complexidade é uma característica dos contratos de construção de grandes obras, como são os empreendimentos de infraestrutura.⁹¹ Somando-se os desafios técnicos e tecnológicos específicos de cada projeto à complexidade do objeto e das prestações, à multiplicidade de partes, aos riscos e aos elevados interesses, o resultado, inescapável, é um programa contratual muito complexo em todas as dimensões. Enormes serão as quantidades de contingências previstas, a variabilidade das partidas e a demanda cognitiva.

Essas características fazem com que esses projetos sejam fortemente expostos a nuances políticas e regulatórias, que aumentam significativamente o risco deste investimento para o agente privado – e aqui se contextualiza o trabalho.

3. Concessões como instrumento de viabilização de infraestrutura

3.1. Concessões públicas: breve retrospecto

O setor das infraestruturas é o terreno por excelência da aplicação do conjunto de técnicas de gestão pública que constituem o cerne do estudo: as concessões públicas. E seguindo os ensinamentos de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, adota-se para os fins aqui pretendidos a definição genérica de *concessão*, vista como “ato ou negócio jurídico (ato ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à exploração de atividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens

⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011, p. 173.

⁹¹ A complexidade pode ser definida para estes fins como a propriedade de um sistema em que múltiplas partes encontram-se imbricadas em um todo maior que o mero somatório das partes, havendo constante interação, interdependência e retroalimentação das próprias partes entre si e das partes com o todo. A complexidade do contrato seria medida em três dimensões: a. a quantidade contratualmente prevista de contingências relevantes de probabilidade média e alta, b. a variabilidade das contrapartidas ou resultados possíveis para as partes ante a ocorrência de contingências, e c. o nível de demanda cognitiva exigido pelo contrato. Cf. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard J. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. **Northwestern University Law Review**, v. 95, n. 1, 2000, p. 97-98.

públicos”.⁹² Nessa aproximação, portanto, a concessão pode atribuir tanto o direito de exercer uma atividade pública (que, de acordo com Fernando Vernalha Guimarães e Vera Monteiro, pode constituir um serviço público ou não),⁹³ como de utilizar um bem público, de sorte que a clássica concessão é apenas uma das modalidades concessórias, como se verá adiante.

As concessões são classicamente indissociáveis da prestação de serviços públicos – notadamente no campo das atividades de infraestrutura. O marco inicial da história das concessões de serviço público – enquanto técnica, não enquanto gênero contratual⁹⁴ – é o liberalismo de meados do séc. XIX, porquanto até o final do séc. XVIII a concessão relacionava-se estritamente a conceitos de privilégios, sendo nada mais que uma “via de proteção do soberano a seus apaniguados”.⁹⁵ No liberalismo, a despeito da postura absenteísta que em regra caracterizava a atuação estatal, os ventos da Revolução Industrial exigiram do Estado certa inserção na economia, ao ponto em que o obrigou a instalar as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento do capitalismo em ascensão. Tal responsabilidade, no entanto, não pode ser confundida com o dever de execução (prestação direta) das obras e atividades infraestruturais. Nesse diapasão, a figura da concessão surgiu como instrumento de destaque, estratégica quer do ponto de vista político-ideológico (conservação do princípio da abstenção estatal), e econômico-financeiro (construção de grandes infraestruturas sem constranger as regras do mercado e sem custos para o erário).⁹⁶ Lançando mão das concessões, ao mesmo tempo o Estado satisfazia as necessidades econômicas criadas pela Revolução Industrial e preservava a autonomia do mercado.⁹⁷ Daí porque o Estado Liberal lança mão amplamente da figura da concessão.⁹⁸

⁹² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de Regulação Pública**, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 226.

⁹³ Os autos também adotam a noção de concessão enquanto “gênero”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**, p. 135-138; MONTEIRO, Vera. **Concessão**, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156-158.

⁹⁴ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 17.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 51. Igual orientação pode ser extraída de: MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 18.

⁹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

⁹⁷ Bom resumo do período pode ser encontrado em: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 234-240.

⁹⁸ GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviços Públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102.

E a concessão em sua forma clássica traduz-se na associação do Estado ao liberalismo econômico, do século XIX, quando era utilizada como instrumento capaz de concretizar as atividades que deveriam ser prestadas pelo Estado, porém executada por terceiros, sob a autoridade do Poder Público, possibilitando o lucro capitalista, o progresso econômico, e atribuindo-se ao concessionário os possíveis riscos financeiros do empreendimento. Entretanto, a assunção irrestrita desse risco pelo concessionário, além de não ser atrativo a novos investidores, interfere na formulação de propostas e passa a ser integrado à tarifa: quanto maior o risco, mais elevada será a tarifa. Atribuir ao concessionário o dever de suportar todos os eventuais insucessos da avença, além da elevação das tarifas para compensar essa insegurança, implica na própria frustração do interesse público. E como se verá, esse modelo não pode mais subsistir, sobretudo no âmbito dos contratos de infraestrutura, pois a ineficiência do empreendimento não deve ser repassada à tarifa do usuário, pois o sistema de tarifação deve ser apto a promover a eficiência.⁹⁹

Fazia certo sentido que nas concessões do liberalismo (chamadas de “concessões clássicas”), todas as responsabilidades e riscos corriam a cargo do concessionário, que agia em nome próprio, por sua conta e risco, assumindo totalmente os ganhos e os riscos de perda da concessão: o concessionário no liberalismo era remunerado única e exclusivamente pelas tarifas cobradas dos usuários como contrapartida direta do serviço prestado, não havendo qualquer forma de solidariedade por parte do poder concedente – o porquê de somente as atividades de cunho *uti singuli* podiam ser objeto de concessão, eis que somente estas permitem uma quantificação tarifária individual.

Por outro lado, no pós-guerra, a situação de alta degradação econômica e social fez com que o Estado – agora de Bem-Estar Social e não mais Liberal – passasse a assumir uma intervenção direta nas atividades econômicas e sociais: há uma profunda transformação no seu papel, na medida em que o Estado não é apenas titular das tarefas, é também seu executor/prestador direto. Guiado por essa filosofia, o Estado lançou mão de amplos programas de *nacionalização* dos setores infraestruturais da economia, criando um enorme “setor empresarial público” (no Brasil, com as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) para absorver atividades e empresas privadas.¹⁰⁰ Essa reserva pública sobre certas

⁹⁹ BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos**, p. 68-161.

¹⁰⁰ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 24.

atividades econômicas fez com que os privados somente pudessem nelas atuar com base em concessão administrativa; a despeito disso, a utilização da concessão *para privados* no período entra em franco declínio, preferindo o Estado gerir diretamente os serviços públicos (quer pela Administração Direta, quer principalmente pela Indireta, como para as Empresas Públicas, a quem o Estado *concedia* a exploração, normalmente monopolística, de atividades econômicas e serviços públicos).

Essa novel formatação estatal certamente trouxe alterações à concepção clássica liberal de concessão. A nacionalização de empresas e atividades transformou o Estado em produtor de bens e serviços, mas nem por isso houve um abandono das concessões; pelo contrário: elas foram convertidas em instrumento essencial de organização e gestão dos serviços infraestruturais (diversas empresas públicas, prestadoras por excelência dos serviços públicos infraestruturais nesse novo Estado, não eram senão concessionárias – ainda que *impróprias*).¹⁰¹ A maleabilidade das concessões no Estado Social não cessa aqui: a técnica concessória foi estendida para a exploração e gestão de atividades que não proporcionam utilidades individualizadas (*uti universii*), o que fez alterar o modo tradicional de remuneração do concessionário, surgindo outras formas – em alguns casos estabelecendo-se um sistema baseado na solidariedade econômico-financeira entre concedente e concessionário (compartilhamento de ganhos e riscos).¹⁰²

Deste breve esboço parece ter ficado claro que a técnica concessória foi historicamente indissociável da construção e gestão das grandes infraestruturas públicas.¹⁰³ Ora, as primeiras concessões liberais tiveram por objeto justamente a construção de obras públicas de grande vulto (ferrovias,¹⁰⁴ redes de gás, sistemas de iluminação pública).¹⁰⁵ Ao longo do séc. XIX e no início do séc. XX, como o Estado

¹⁰¹ Sobre as concessões impróprias: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 117-129.

¹⁰² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 237.

¹⁰³ A afirmação foi extraída de: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 238.

¹⁰⁴ Jorge Luis Salomoni destaca a posição de destaque ocupada pelo transporte ferroviário na evolução jurisprudencial argentina acerca da compreensão da noção de serviço público – e, por consequência, da concessão (SALOMONI, Jorge L. **Teoria General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 125-193).

¹⁰⁵ Não foi diferente no Brasil, como bem notou Caio Tácito: “a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços” (TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 754). No mesmo passo: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 52.

não possuía estrutura administrativa, capitais, nem conhecimento técnico, a solução voltou-se para o recurso aos particulares, que construíam a obra, montavam o serviço (transportes, eletricidade, gás, etc.) e o exploravam, tudo com capitais próprios e “por sua conta e risco”. A técnica concessória foi inicialmente utilizada, então, na modalidade de *concessão de obra pública*: o concessionário tinha de investir nas obras necessárias à instalação das infraestruturas, ainda inexistentes, e à montagem do serviço a partir delas.

No entanto, obviamente tinha de haver uma contrapartida remuneratória ao concessionário para amortização do capital investido: daí a outorga ao concessionário também do direito de explorar as obras durante um período, o que envolvia a gestão da própria infraestrutura recém-construída e do serviço a partir dela prestado. Historicamente, foi a autonomização da prestação do serviço com relação à construção da infraestrutura que tornou possível o surgimento das *concessões de serviços públicos*, pura e simplesmente.¹⁰⁶

No final do séc. XX, com a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos, promoveu-se conseqüentemente a derrocada dos clássicos monopólios estatais, principalmente nos setores infraestruturais (exceto nos segmentos onde não há monopólio natural, por óbvio), e a política regulatória estatal passou a privilegiar a abertura setorial à concorrência privada,¹⁰⁷ regulando-a de modo a garantir a

¹⁰⁶ Como no início inexistiam as infraestruturas básicas para prestação dos serviços (estradas de ferro, postes de iluminação, etc.), a solução de recorrer aos privados mediante concessão obrigava-os a, primeiro, construir a infraestrutura (concessão de obra pública) para, a partir daí, instalar e prestar o serviço em questão. Após um tempo, amortizado esse capital inicialmente investido, o Estado (titular da infraestrutura e do serviço), poderia optar entre manter pessoalmente a infraestrutura e prestar o serviço, ou concedê-los a privados. Na última hipótese, como a infraestrutura (base física) e o serviço a partir dela prestado são dissociáveis, o Estado pode conceder a exploração dos bens públicos (infraestrutura) a um privado, e conceder a prestação do serviço a outro. Daí porque a autonomização da construção da obra pública com relação ao serviço a partir dela prestado é que permitiu o surgimento das concessões de serviço público. Note-se, então, que há três momentos autônomos no processo: a construção e instalação das infraestruturas (concessão de obra pública), a sua gestão (concessão de exploração do domínio público) e a gestão do serviço prestado a partir delas (concessão de serviço público). Originariamente, tais momentos estavam funcional e juridicamente unidos numa só concessão (a concessão de obra pública), mas com o tempo houve autonomização. Nesse sentido, cf.: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 238-240. No mesmo sentido, aduz Vera Monteiro que a obra pública, no curso do século XIX, era o objeto predominante nos contratos de concessão. Ela aparecia associada à construção de grandes infraestruturas públicas. E é a partir da concessão de obra pública que surge a concessão de serviço público (MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 21).

¹⁰⁷ Afirma Dinorá Grotti: “O desenvolvimento tecnológico produziu inovações no âmbito econômico, em especial no tocante à teoria do monopólio natural, e antigos limites naturais à ampla concorrência foram sendo superados” (GROTTI, Dinorá A. Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**, p. 191). No mesmo passo, confira-se: FRÖES, Fernando. **Infra-Estrutura e Serviços Públicos**, p. 509-640. De igual sorte: MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, Rio de Janeiro,

observância do regime jurídico mais adequado para a prestação das atividades – notadamente aquelas então qualificadas como serviços públicos, que, portanto, denotam amplo interesse público em sua satisfação. Nesse processo de privatizações e liberalizações dos tradicionais serviços públicos infraestruturais, a concessão de serviço público cedeu certo espaço para o surgimento de novos tipos de ajuste decorrentes do consenso.¹⁰⁸

Com a autonomização entre (a) exploração/gestão da infraestrutura de suporte do serviço e (b) exploração dos serviços por ela suportados, e diante da nova lógica de livre acesso às redes, aceita-se a existência de exclusividade apenas onde não for viável sua multiplicação (monopólio natural) e, por conseguinte, o objeto primordial de concessão no novo cenário é a *gestão da rede*, mas não a gestão do serviço por ela proporcionado – daí o deslocamento da concessão, antes de serviço público, para a gestão de infraestruturas, ampliando o objeto.

A concessão de serviço público subsiste nos casos em que se associar o serviço à prévia instalação da infraestrutura necessária para prestá-lo (concessão de serviço público precedida de obra pública), tal como ocorria nas concessões liberais clássicas – com a diferença de que hoje, com a autonomização das fases, a Administração Pública pode optar entre atribuir ambas as concessões a um mesmo concessionário ou a concessionários diversos.

Essa brutal mudança da formatação estatal ocorrida nas últimas décadas, numa espécie de “retorno do pêndulo” propiciada pelos processos de liberalização e privatização, certamente redimensionou a figura das concessões. O contexto jurídico, tecnológico e econômico contemporâneo clamam por uma nova modelagem das técnicas concessórias, que não mais podem corresponder nem às concessões liberais clássicas, nem às concessões impróprias do *welfare state*. Como bem notou Marçal Justen Filho, “não é cabível estender para o presente e o futuro inúmeros pressupostos jurídicos que deram identidade à concessão no passado”, motivo pelo qual “a alusão a um ‘novo’ serviço público conduz, de modo inevitável, também a novidades no âmbito do instituto da concessão”.¹⁰⁹ Ainda que o instituto da concessão

p. 13-29, abr./mai./jun. 2002; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003.

¹⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões**, p. 187.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 57.

seja antigo, seu ressurgimento mais recentemente como o objetivo de privatizar a gestão de bens e serviços públicos traduz novos caracteres.¹¹⁰

Daí porque diversos autores contemporâneos vêm desconstruindo as características “típicas” ou “clássicas” das concessões (notadamente as concessões de serviço público) em busca de um novo modelo, que contemple as hodiernas feições que o instituto vem assumindo.¹¹¹ A seguir, foca-se em algumas das notas mais evidentes que caracterizam as atuais formas de contratação pública.

3.2. Concessões viabilizadoras de infraestrutura e suas peculiaridades

Imersos nesse cenário de remodelagem estão os contratos de infraestrutura (que são, como dito, contratos de concessão – qual seja a modalidade - com características próprias). A elevada imprevisibilidade, riscos e fortes investimentos iniciais, além de vários atores envolvidos, fazem com que a abordagem sobre contratos que implementem investimentos em infraestrutura rompa a estreita abordagem legalista e adentre na fértil seara da multidisciplinariedade, envolvendo aspectos de outras áreas como a Economia, por exemplo. Tais contratos devem ser capazes de absorver choques externos e resolução de disputas distributivas. Por isso, pretende-se averiguar a dinâmica desses contratos, especificamente em relação aos riscos a eles inerentes e a forma com que são distribuídos. A síntese clássica dos contratos de concessão é incapaz de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara do Direito contratual público.

Parte-se, então, do reconhecimento de contratos especiais como ferramenta utilizada pelo Estado brasileiro para a execução de obras ou serviços em infraestrutura. Por meio deles, o Estado pode investir em infraestrutura, atrair investimentos privados, reduzindo os gargalos da sua economia, expandindo os serviços públicos sem comprometer o seu orçamento (essa afirmação vale, em especial, às concessões comuns, como se verá). As concessões são arranjos contratuais nos quais o Estado pode continuar sendo o gestor da política pública

¹¹⁰ Dinorá Grotti destaca a ampla tendência à prestação dos serviços públicos em regime concorrencial, ao contrário das concessões liberais (concedidas com exclusividade aos privados) e das concessões do Estado Social (em que vigoravam os monopólios públicos). GROTTI, Dinorá A. Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**, p. 189-190.

¹¹¹ Para aprofundamentos, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 57 e seguintes; MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 152 e ss; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**, p. 17 e ss.

contando com a prestação do serviço do setor privado. Neste sentido, a questão do compartilhamento do risco é primordial e diferencia os contratos públicos.

Isto é, a construção da infraestrutura necessária ao desenvolvimento do país pressupõe um ambiente de cooperação entre o que tradicionalmente se separou: o público e o privado. Em nome desse projeto de desenvolvimento que demanda tal cooperação, explicam Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes, cria-se um “espaço público não estatal”. Para os autores, trata-se de um espaço em que o agente privado, dotado de recursos e de sua expertise técnica (que o levou a firmar o contrato com o Estado), colabora com o Poder Público.¹¹²

A instituição legislativa da parceria público-privada retrata bem isso. Tal figura busca, em sua essência, ser instrumento de satisfação do interesse público e do interesse privado no estímulo às condições de infraestruturas essenciais ao desenvolvimento nacional. Uma resposta a um cenário de insegurança jurídica, má alocação de riscos e incertezas que rodeavam as concessões tradicionais, visou-se criar uma alternativa “capaz de atenuar pontos de tensão e conciliar os interesses contratuais contrapostos”, e que “insere-se numa relação horizontalizada” entre público e privado, buscando “alcançar certas metas de forma dinâmica, compartilhando os riscos”, e, de forma também importante, ao contrário da forma clássica baseada em cláusulas exorbitantes, privilegia-se a ampliação do espaço para negociação do contrato.¹¹³

O contrato implica a conciliação dos interesses do empresário, que se torna concessionário e busca maximizar seu lucro, e, como em outras atividades, se sujeita aos riscos do negócio. Já a Administração Pública tem o dever, por ser sua titular, de zelar pela execução adequada da atividade em questão. O desafio é encontrar, ao longo do processo de modelagem do projeto, o mais eficiente esquema de repartição de riscos entre as partes. Isso significa que se deve buscar alocar os riscos para a parte que tem melhor capacidade e incentivo para lidar com ele. E esses riscos são constantes e, por essência, supervenientes às condições nas quais os contratos são

¹¹² FERREIA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O contrato de parcerias público-privadas e a construção do desenvolvimento nacional: à espera de um milagre. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

¹¹³ FERREIA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O contrato de parcerias público-privadas e a construção do desenvolvimento nacional**, p. 94-97.

assinados. Por isso mesmo, a estabilidade dessa relação público-privada no âmbito do contrato de infraestrutura deve ser analisada.

Como destacam Egon Moreira e Célio Milano, estabilidade não é sinônimo de imutabilidade; pelo contrário, em razão da dinâmica de mercado cada vez mais acentuada, e do aumento da complexidade das relações socioeconômicas, para ser estável e perene é imprescindível ser mutável, flexível. Ou melhor, a “segurança advém da certeza da mudança”.¹¹⁴

Regular setores com alto grau de complexidade e intensa dinâmica é uma atividade impossível de ser feita tão somente pela via normativa *strictu sensu*, isto é, por leis. A lei não consegue prever o futuro, e não pode pretender regular o imprevisível – mas apenas estabelecer contornos às suas consequências. Para os autores, estas características são mais marcantes especialmente em setores sensíveis e com maior capilaridade social, como são os serviços públicos: telefonia, energia, transporte, etc. E essa afirmação é evidentemente válida para os setores de infraestrutura. Por essa razão sustentam que a regulação econômica visa tornar estável o comportamento dos agentes (públicos e privados) em um determinado setor, de modo a permitir que se façam previsões e projeções sobre os seus comportamentos, o que não implica dizer que visa também garantir interesses lucrativos dos agentes privados ou interesses políticos dos agentes públicos. Ao invés disso, a regulação busca assegurar a ótima prestação da atividade privada regulada ou do serviço público concedido.¹¹⁵

Setores infraestruturais são marcados pela alta capilaridade social, pela imprescindibilidade de projetos atrativos a investimentos, via de regra de longo prazo e pela necessidade de grandes aportes iniciais, que dependem de longa maturação para serem recuperados, e por isso devem ser regulados também com o reconhecimento das constantes e intensas alterações socioeconômicas que lhe rodeiam, dos altos riscos envolvidos, e a convivência com a constante mutação.¹¹⁶

O dinamismo da economia, e da constante e cada vez mais intensa relação entre investimentos privados e públicos, faz com que haja uma natural incompletude

¹¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 172-173.

¹¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 172-173.

¹¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 173.

dos contratos públicos implementadores de infraestruturas. Todavia, sem que isso se torne uma contradição, essa incompletude é que pode trazer estabilidade.¹¹⁷

Isto é, por sua própria natureza os contratos complexos são invariavelmente considerados contratos incompletos, já que ainda que os agentes econômicos intentem operar de maneira a maximizar seus benefícios, sua capacidade de lidar com as informações é limitada. Por vezes deixam-se lacunas em seu texto para que posteriormente sejam preenchidas quando da interpretação das cláusulas contratuais referentes à impugnação que decorra no curso de sua vigência. É nesse cenário que são modelados novos arranjos contratuais para provisão de grandes empreendimentos públicos de infraestrutura.

Contratos públicos são *secundum legem e numerus clausus*, e a lei é a fonte primária que os prevê, que fixa as suas modalidades. Todavia, tal afirmação não implica que a lei possa minudenciar todas as cláusulas do contrato, ou seja, a descrição do seu conteúdo não se dá na mesma lógica que a sua tipologia. Há indiscutível e ampla margem de discricionariedade da autoridade responsável para que o desenho das cláusulas confira a personalidade do contrato – em que pese a lei estabeleça um determinado rol de cláusulas essenciais a todas os contratos. E o agente privado terá participação nesta elaboração, vez que consultas públicas, audiências públicas, e outras formas de colaboração, permitem que seus interesses e sugestões sejam ouvidos. Assim, resulta desta operação o contrato, que “concentra a essência do objetivo visado por aquela peculiar concessão”.¹¹⁸

E mais, essa esta competência para elaboração do contrato não se esvai quando da finalização do seu texto. Claro que a realidade circundante da contratação

¹¹⁷ Há suposta contradição reside na dicotomia entre um contrato que tende à completude (que distribua todos os riscos) e um contrato que reconheça a necessidade da incompletude, com esboço à negociação, mais flexível. Veja-se que na elaboração de um contrato, nem sempre são observados os níveis de previsão e explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, tais como a explicitação mais exaustiva do objeto, de todos os riscos aos quais sua execução está sujeita, dentre outros aspectos. Um contrato mais completo seria aquele capaz de prever todas as contingências que afetam a sua onerosidade. Contudo, a busca do contrato mais completo pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício (a elaboração e a execução de um contrato tende a ser mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que se pretende cobrir), e na inflexibilidade: quanto mais completo for, menor a margem de negociação das partes. Um contrato *menos completo* aproxima-se do mercado, seja na flexibilidade seja na exposição dos riscos. Um contrato *mais completo* perde essa flexibilidade, mas ganha em cobertura de riscos. No momento da elaboração de um contrato as partes estão diante deste dilema: um contrato mais completo, prevendo os eventuais problemas futuros, que diminuirá seus riscos, com menor flexibilidade de negociação; ou um ajuste menos completo, que privilegiará as negociações vindouras. ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148-149.

¹¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 177.

irá trazer dificuldades, pois sempre ocorrem alterações do cenário em que foi desenhado. Disso se impende reconhecer as concessões como negócios jurídicos dinâmicos, e que dependem de constante adaptação às alterações que lhes afetam nas bases em que foram construídas. Isso porque é na execução de um contrato público que se conhecerá de forma mais aprofundada o seu teor, suas falhas e suas virtudes. Ou mais especificamente, trata-se de um verdadeiro microssistema advindo do processo de desempenho das cláusulas do contrato, umas complementando, explicando e contrabalanceando as outras.¹¹⁹

Crucial neste tipo de contrato é compreender que o negócio (o aspecto econômico), e sua consecução, do qual o contrato é a sua “vestimenta jurídica”, deve ser o critério central de sua interpretação e constante adaptação. Ou, nas palavras de Moreira e Milano,

o interesse público estampado no projeto concessório é maior que do que a suposta vontade das pessoas de Direito Público e de Direito Privado signatárias do negócio jurídico (e da dimensão a ela atribuída para a efetiva interpretação do pacto). Mais ainda: as circunstâncias da contratação e a base objetiva do negócio atenuarão a tensão ‘vontade das partes’ vs ‘realidade econômica institucional’ valorizando esta em detrimento daquela. Será a perfeita compreensão do projeto e de suas circunstâncias que explicará as minúcias daquele contrato especial.¹²⁰

Lembre-se ser o contrato um conceito jurídico que deve ser considerado dentro de sua realidade de operação econômica. Vale dizer, o contrato (qualquer que seja) é um instrumento jurídico que contempla uma operação econômica na qual há a movimentação de riquezas por meio da alocação de esforços de agentes econômicos em um determinado sentido, com riscos para ambas as partes. Assim, ao falar em contratação, fala-se em um instrumento jurídico que se destina a movimentar riquezas. Enfim, ao menos em regra, não importa se as pessoas contratantes são de Direito público, ou de Direito privado, o contrato será sempre uma operação econômica sujeita a um determinado regime jurídico.¹²¹

¹¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 178.

¹²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, 179.

¹²¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013, p. 179-181. O autor se utiliza, para fazer tal afirmação, da doutrina de Enzo Roppo, o qual, embora trate da diferença entre o contrato como conceito jurídico e o contrato como operação econômica, assevera que o contrato é um dos elementos de circulação de riqueza, mas não o único, estando seu conceito, indissolúvelmente, ligado ao de operação econômica. Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Almedina: Coimbra, 2009, p.7-8, 17-19.

Nessa concepção, que prefere a expressão “construção contratual” em detrimento da simples “interpretação contratual”, a compreensão do contrato só se dará no complexo arcabouço constituído pelos textos normativos, suas cláusulas, pela realidade socioeconômica em que foi construído e a que lhe cerca, e pelos eventos que ocorrem durante a execução. Por isso os autores falam em “capacidade de aprendizagem” do contrato perante a realidade – social, jurídica e econômica.¹²²

O que não se nega, e na verdade se afirmou categoricamente até aqui: contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, por uma gama de razões. E por isso têm de ser lidos e executados enquanto “contratos abertos”. Os direitos e deveres nele constantes não são estáticos ou exaustivos, mas sim “evolutivos”. Não por acaso a lei e a prática dos contratos públicos fizeram com que fosse primordial à execução destes ajustes a construção de cláusulas de reajustes e revisões, de modo que os desequilíbrios sejam solucionadas com o menor desgaste às partes.

A manutenção da equação econômico-financeira, garantia da avença em si, não traduz uma exceção ao que foi dito. Isto é, manter-se intacta a equação econômico-financeira não é um sinal de imutabilidade, mas sim um traço da segurança jurídica e da constância da relação mantida entre um parceiro privado e um parceiro público.¹²³ Um contrapeso de estabilização às alterações que ocorre durante a execução de um contrato de longo prazo e grandes investimentos.

Em suma: considera-se uma premissa indissociável deste estudo a inevitável incompletude do contrato de concessão visto que, durante seu termo, alteram-se os elementos do mercado, o padrão tecnológico evolui e, da mesma forma, deverá mudar a política tarifária eleita inicialmente, com reflexos necessários ao equilíbrio econômico-financeiro original. Nesse passo, ao longo de um período de vinte anos, por exemplo, as mudanças tecnológicas tendem a ser gigantescas o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos. A tecnologia pode gerar, e.g. competição econômica onde existia um monopólio natural, o que, certamente, frustraria as previsões por demanda de serviço feitas, por vezes, pela própria administração pública, ao realizar os estudos de viabilidade de uma concessão de serviços. Todas

¹²² MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 179.

¹²³ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo**, p. 181.

essas variáveis formam um conjunto que impossibilita a distribuição plena dos riscos decorrentes do objeto desse contrato.

Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados serão efetivados. A razão é que os agentes possuem limitações e, além disso, podem ter comportamento oportunista, acarretando o surgimento de mais riscos e custos à contratação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do contrato.¹²⁴

Assim, na realidade do dia a dia das contratações públicas, sem prejuízo da crítica a uma teoria que preconiza uma divisão abstrata, apriorística e superficial de riscos, com base na natureza dos mesmos (a chamada teoria das áleas), não há como as partes preverem todos os riscos e incertezas possíveis, já que alguns decorrem da própria evolução tecnológica ou de alterações da política tarifária.

Feitas essas colocações iniciais, o que se passa a demonstrar é que esse embate entre a modelagem tradicional do contrato administrativo (basicamente identificada como aquela anterior à Lei Federal nº 11.079/2004) faz com que o Estado, em regra, pague mais por bens ou serviços, se comparado ao custo dessas mesmas prestações quando arcado por um particular, em razão da ineficiente forma com que os riscos desses contratos são alocados entre as partes.

Contratos de longa duração, com objetos tão complexos como a construção e manutenção de empreendimentos infraestruturais, tornam evidentemente impossível prever todos os eventos que poderão impactar na avença ao longo de sua execução. Continuamente, a complexidade aumenta, com a introdução de novas tecnologias, novos interesses, novos desafios. Há ainda que se considerar que agentes de diversos países se inserem nesse contexto, o que introduz outras áleas cambiais, políticas e regulatórias. Seu prazo é longo, o que traz complicadores de ordem inflacionária e juros. Seus elementos tecnológicos são inovadores, o que aumenta a sujeição a fatores imponderáveis. Seus investimentos são maciços, expostos a oscilações orçamentárias e a variações macroeconômicas.¹²⁵

¹²⁴ NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. **XXXV Congresso Nacional De Procuradores De Estado. Procuradoria Geral do Estado de Alagoas – PGE**. Versão disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-administrativo/>> Acesso em 9 set. 2013.

¹²⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria público-privada (PPP)**, p. 67.

Está-se diante de novos desafios a serem enfrentados pelo Estado contemporâneo para suprir o déficit em investimento público, decorrente do desequilíbrio das contas públicas, que o impede de prestar serviços públicos eficientes e adequados, conforme preconizados pela Constituição Federal de 1988 gerando atraso no desenvolvimento econômico e social do país. Nesse desiderato, imprescindível o estudo das parcerias público-privadas e das demais formas contratuais que servem de instrumento de crescimento econômico e social, buscando investimentos privados, com a finalidade de suprir a falta de condições financeiras do Estado para investir em infraestrutura.

Para Arnaldo Wald, há atualmente uma clara decisão governamental por uma parceria entre o Estado e a iniciativa privada para projetos de infraestrutura, como por exemplo a construção de mais de 7.000 quilômetros de rodovias e 10.000 quilômetros de ferrovias, num investimento de mais de R\$ 130 bilhões (o PAC Concessões). O agir conjunto da máquina estatal e das empresas privadas para alcançar um fim comum de interesse nacional (resolver a precariedade da infraestrutura) deve ser apreendido como uma premissa básica a qualquer tomada de decisão. Deve-se identificar que as soluções não podem partir exclusivamente do Estado, inclusive por falta de recursos, nem da iniciativa privada, que, em geral, só pode propor soluções parciais. Para Wald, residente justamente na “união de forças” a possibilidade de se alcançar soluções adequadas.¹²⁶

E essa união de forças pauta as mudanças havidas no direito contratual público. Fernando Dias Menezes de Almeida propõe a ressignificação da teoria do contrato administrativo. O autor identifica uma “tendência”, tanto em termos político-legislativos como em termos de formulação teórica, de que o regime legal do contrato passe a acolher uma maior flexibilidade na definição, pelas partes, das prerrogativas da Administração, diferentemente do modelo tradicional de concessão. Ou, como se pretende como premissa do presente trabalho, sem que se perca o sentido da inerência ao Estado do objeto contratual, a Administração deve buscar na outra parte contratual uma atuação de parceria, e não antagonismo.¹²⁷

¹²⁶ WALD, Arnaldo. Solução para a infraestrutura não pode partir só do Estado. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 de setembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/arnaldo-wald-solucao-infraestrutura-nao-partir-estado>. Acesso em 15 set. 2012.

¹²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 362-363.

Além disso, e com base no que também destaca Fernando Dias Menezes de Almeida, se a concessão – como gênero da qual se estudam espécies, a seguir descritas – pode ser caracterizada no plano estrutural e no plano funcional, quer-se realçar este segundo. Estruturalmente, a essência da concessão pode ser identificada na outorga a outrem de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração Pública, seja um serviço público ou outra atividade própria daquela, seja o uso ou exploração de um bem público, como já dito acima. Funcionalmente, a essência da concessão é “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”.¹²⁸ E essa é a linha condutora das análises aqui traçadas.

A estrutura de oferta da infraestrutura é determinada, basicamente, como sugere Ricardo Toledo da Silva, pelas características de seu financiamento, dos aspectos do desenvolvimento tecnológico e de organização institucional em que é feita. São, de certo modo, sistemas interdependentes, já que as decisões tomadas no âmbito de qualquer um deles inevitavelmente tem impacto sobre os demais. Lembra o autor que, ao menos em princípio, não há uma relação hierárquica, e cada sistema desses é vinculado a uma área decisória de poder na estrutura governamental: o financiamento à área econômica, do investimento em si; o tecnológico à sua área setorial (energia, telecomunicações, por exemplo); e o institucional à Administração do Estado, à forma. Na prática, entretanto, entende que a estrutura de oferta de infraestrutura no Brasil tem sido predominantemente determinada a partir das estratégias de financiamento (portanto, área econômica), subordinando os sistemas tecnológico e institucional à lógica econômica. Isto vale tanto para os modelos de oferta “paraestatal”, com apogeu no regime autoritário, de oferta estatal direta que se delineavam ao longo das décadas de 1940 e 50, e de oferta privada anteriores à década de 1930 e posteriores à de 1990.¹²⁹

Mesmo reconhecida essa interdependência, por ora se dará ênfase ao aspecto de organização institucional, mais especificamente no que diz respeito à formulação organizacional, da forma da oferta: os contratos firmados pelo Estado com a iniciativa privada para a oferta de bens e serviços infraestruturas à população. Claro que, como se afirmou, a lógica econômica (abrange as formas de financiamento, mas não só) acaba por permear várias das premissas e conclusões adiante trazidas.

¹²⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 262-263.

¹²⁹ SILVA, Ricardo Toledo da. **Público e privado**, p. 1-2.

Estudar as concessões comuns (regidas no Direito brasileiros pela Lei Federal nº 8.987/95) e as concessões especiais (as parcerias público-privadas em sentido estrito: concessão patrocinada e concessão administrativa, regidas pela Lei Federal nº 11.079/04) é apreciar as formas contratuais que o Estado buscou e ainda busca viabilizar investimentos, sobretudo, em setores infraestruturais.

E mais que estudar a legislação vigente, deve-se compreender que para além de uma categoria contratual (gênero “concessão”) com um regime jurídico rígido e pré-definido em lei, deve-se perceber, como sugere Vera Monteiro, ser mais eficiente aceitar que ela seja formada por um regime mais flexível, que comporta variações a serem elaboradas nos contratos também a partir das peculiaridades do empreendimento que pretende viabilizar e das leis setoriais que normatizam o serviço ou bem objeto da contratação. Compreender a particularidade de cada projeto, os riscos envolvidos, os distintivos de cada objeto, e conformá-los em um contrato mais flexível, auxiliará a potencializar o aspecto funcional da concessão antes destacado, como instrumento apto a viabilizar a realização de investimentos privados significativos voltados à disponibilização de bens e serviços à sociedade.¹³⁰

Conforme Jacques Chevalier, o postulado segundo o qual a gestão pública, colocada a serviço do interesse geral, não podia ser medida em termos de eficácia, deu lugar à ideia de que a Administração é obrigada, como as empresas privadas, a aperfeiçoar o seu desempenho e a reduzir os seus custos, bem como está obrigada a realizar as suas missões nas melhores condições possíveis, velando pela qualidade de suas prestações e utilizando do melhor modo possível os meios à sua disposição.¹³¹ E um reflexo disso é que seus contratos firmado pela Administração devem ser, como parte da gestão da coisa pública, eficientes. E é o contrato o instrumento fundamental para que os agentes econômicos envolvidos em projetos de infraestrutura, Estado e iniciativa privada, devem usar para se adaptarem a eventos antecipáveis ou não antecipáveis, riscos e incertezas.

Enfim, investimentos em infraestrutura e cláusulas contratuais que estipulem a repartição de riscos entre os agentes envolvidos (público e privado) são temas que se entrelaçam e conduzem à necessária análise de como esses riscos podem ser contratualizados, reduzindo o campo de insegurança do ajuste, conferindo maior

¹³⁰ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 202.

¹³¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84-85.

atratividade (no momento anterior) e eficiência (no momento de observação dos resultados) aos contratos firmados pela Administração Pública.

4. Contratação pública e o risco na Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 8.666/93

4.1. Risco dos contratantes no regime de empreitada

Como dito anteriormente, o foco do trabalho são os contratos públicos que viabilizam grandes investimentos em infraestrutura, e então a forma como se dá a alocação de riscos nos mesmos. São contratos, por excelência, de concessão: comum, administrativa ou patrocinada. Por mais que a legislação regente especificamente dos contratos de concessões seja melhor tratada adiante, duas leis que preveem procedimentos licitatórios precisam ser brevemente comentadas.

As Leis Federais nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), notadamente ao tratarem dos regimes de contratação, trazem uma reflexão sobre a distribuição dos riscos entre os contratantes. A primeira ainda será adiante mais referenciada, tendo em vista as disposições nela contidas que impactam em todos os contratos públicos, atinentes o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Já a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, originada da conversão da Medida Provisória nº 527 de 2011, foi elaborada com foco específico nos contratos a serem firmados visando aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações Fifa 2013 e à Copa do Mundo Fifa 2014, tornando seu âmbito de aplicação bem restrito a estes eventos. Posteriormente, todavia, ampliou-se o procedimento previsto às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), após inclusão feita pela Lei nº 12.688 de 2012.

Tratam-se de alterações bem recentes, e cujas implicações são ainda difíceis de serem sentidas juridicamente na prática da contratação pública em matéria de infraestrutura, mas que cuja menção não poderia ser evitada.

Primeiramente, a disciplina contida na Lei Federal nº 8.666/93 aloca, ao menos em tese, grande parte dos riscos para o Estado, como um reflexo do modelo de contratação proposto pelo texto legal. Explica-se. Na doutrina empresarial, identificam-se alguns modelos de contratação, e um deles foi o adotado pela Lei Federal nº 8.666/93. Trata-se do *Design-Bid-Build* (DBB), entendido como aquele em

que, por meio de etapas escalonadas de implantação do empreendimento, e bem claramente diferenciadas, inicia-se a partir da elaboração do projeto (*design*), sob a responsabilidade do empreendedor (no Direito Público o empreendedor, contratante, é o Poder Público), seguindo-se com o recebimento das propostas dos interessados (*bid*), para então se chegar à adjudicação e início da construção do empreendimento (*build*). O empreendedor é responsável pelo projeto (que poderá ser contratado junto a terceiro), pela compra dos equipamentos e pelo gerenciamento da execução. É, em última análise, o principal responsável pelos principais riscos envolvidos.¹³²

Não é difícil perceber nesta interface a opção feita pela Lei 8.666/93. Em regra, quem projeta não pode executar. Nesta modalidade de contrato, aloca-se ao proprietário o risco maior do empreendimento, além de assumir a responsabilidade de comissionar a planta, dar início à execução por um processo de contratação e conduzir a operação. O contratante é quem mantém o gerenciamento integral, e contrata, separadamente, os serviços de engenharia, equipamentos e materiais e a construção. Os papéis de projetista e de construtora não se dão de maneira integrada, nem mesmo após a operação. Inicia-se com um estudo de viabilidade, um levantamento de custo (orçamento) e projeto básico; segue-se o projeto executivo, onde ficam definidos os custos e benefícios do projeto. Nessa aquisição, a responsabilidade do ente privado termina com a entrega do ativo licitado, ficando a responsabilidade pela prestação do serviço (seja lá o que for fazer com o ativo) com a Administração Pública.

A Lei Federal nº 8.666/93 então, ao utilizar o modelo de construção *design-bid-build*, mantém boa parte dos riscos do empreendimento com o contratante. Neste modelo, majoritariamente utilizado nas contratações públicas dos EUA a partir da década de 1940, até meados dos anos 80, o Poder Público realiza ou contrata a elaboração do projeto de engenharia que será simplesmente executado pelo contratado. Com base no projeto elaborado, comumente chamado de projeto básico, passa-se à fase de licitação para escolha da empresa que irá materializar a ideia dos projetistas. Há, portanto, uma clara separação entre os responsáveis pela elaboração do projeto e os responsáveis pela sua execução.

¹³² BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimento de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da. (Coord.). **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-64.

Após quatro décadas de predominância nos EUA, esse modelo começou a sofrer críticas, que o qualificavam como um modelo que vinha promovendo uma deficiente interação entre os responsáveis pelo projeto e os responsáveis pela construção, o que resultaria em projetos ineficientes, erros e, conseqüentemente, custos mais elevados e cronogramas de execução mais longos.¹³³

Essa crítica tem a ver diretamente com o regime de empreitada, que caracteriza a boa parte dos contratos regidos pela Lei brasileira de contratos administrativos, e que foi acima sinteticamente explicado. Insta ressaltar que o art. 40 da Lei nº 8.666/93 estabelece uma obrigatoriedade quanto à definição do regime de execução do contrato quando da elaboração do edital convocatório. *In verbis*:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, **o regime de execução** e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) (sem grifos no original)

E os regimes de execução – especificamente a execução indireta, feita via contrato, objeto do presente estudo, e que não se confunde com a execução direta, realizada pela Administração pelos seus próprios meios – também são fixados na lei:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)
VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:
a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
c) (Vetado).
d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

¹³³ TEIXEIRA, Albano da Silva Pinto. Eficiência do RDC: Contratação Integrada. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 91-92.

A distinção entre as formas de empreitada também implica na discussão acerca dos riscos inerentes aos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93.¹³⁴

Por empreitada pode-se entender a contratação da execução de obra ou serviço, sem relação de subordinação ou de dependência, com vista à obtenção de determinado resultado. Com ou sem a aplicação de materiais, lembram Moreira e Guimarães, “a prestação encomendada no âmbito da empreitada caracteriza-se pela produção de certo resultado, ainda que tal se dê também sob um controle sobre os meios”,¹³⁵ como ocorre em geral nos contratos regidos pela Lei 8.666/93. Por essa razão, a empreitada não é locação de mão de obra, onde inexistente margem de gestão ou autonomia quanto aos resultados pretendidos pela contratante; na empreitada, o contratado é o responsável pela execução do objeto contratado e nele se incluem as despesas acessórias do empreendimento, como a própria mão de obra.¹³⁶

O Decreto nº 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, traz em seu art. 2º os conceitos de empreitada como o “negócio jurídico por meio do qual a administração pública atribui a um contratado a obrigação de cumprir a execução de uma obra ou serviço” (inciso X), e o regime de empreitada como a “forma de contratação que contempla critério de apuração do valor da remuneração a ser paga pela administração pública ao contratado em razão da execução do objeto” (inciso XV).

Circundam a empreitada, por evidente, riscos. Há uma grande parcela de riscos que se enquadram, em tese, na classificação da álea ordinária (o dito risco normal do contrato, adiante melhor explanado), enquanto acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr quando firmaram o contrato, encargos previsíveis e suportáveis, e que cabem aos empreiteiros. Trata-se de ônus usual do negócio, risco verificado no trato comercial diário, que não pode recair sobre o outro contratante. O fato de verificar-se, no curso da execução do contrato, acréscimo no custo da mão de obra ou dos materiais, não propicia, por si só, a revisão

¹³⁴ Como se vê do dispositivo transcrito, para além da empreitada há também o regime de tarefa. Na tarefa, outorga-se ao particular contratante a execução de pequenas obras ou parte de obra maior, mediante a remuneração por preço certo, global ou unitário. O pagamento é efetuado após a verificação ou medição. O tarefairo, comumente, só concorre com a mão-de-obra e ferramentas necessárias à realização de tarefa.

¹³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 195.

¹³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, p. 195.

do preço pactuado. O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, tampouco aqueles que pudessem razoavelmente ser previstos.

Só que a Lei trata, em verdade, de duas formas distintas de empreitada. No regime de empreitada por preço global a Administração contrata a execução da obra por preço certo e total, com pagamentos ao longo da execução conforme cronograma de medições periódicas. Utilizável para objetos indivisíveis, em que a Administração pretende obter a integralidade da obra ou serviço por um valor certo, a empreitada por preço global pressupõe o perfeito conhecimento da obra a executar e de suas minúcias. Por isso mesmo, mostra-se importantíssima a fase de elaboração do projeto, que permitirá, a partir do estabelecimento da natureza, volume, custos, e demais características do projeto, prefixar a remuneração devida.

Espécie da empreitada por preço global é a empreitada integral, em que a contratação pública abrange uma responsabilidade ainda maior quanto ao objeto a ser executado: o empreendimento deverá ser entregue pronto e acabado, o qual pressupõe um projeto ainda mais detalhado. Como existe uma tendência à maior completude do projeto e do objeto contratado, o empreiteiro assume um “risco de fornecer um objeto acabado”, como afirmam Moreira e Guimarães.¹³⁷ Isto é, a contratação envolverá todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da empreiteira até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada. E isso implica na assunção de riscos presente em todas essas fases, e não isoladamente os riscos atinentes à fase de construção, por exemplo.

Nesse caso, a unitariedade do negócio, com a vantagem de a Administração receber o empreendimento pronto e acabado, faz aumentar o custo do projeto, que demandará detalhamento ainda mais pormenorizado, de modo a abranger exatamente como o objeto do contrato deverá ser executado e entregue, suas características, o quantitativo, etc. Na contratação pública em geral, e de forma acentuada nessa forma de contratar, é preciso planejar e definir precisamente o encargo em questão, além de todas as regras da disputa, o que não é simples. Renato Geraldo Mendes sustenta que a fase mais difícil na contratação pública é do

¹³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, p. 200.

planejamento, na qual se deve realizar quatro providências imprescindíveis: “a identificação da necessidade, a definição integral do encargo, a redução dos riscos e a fixação adequada das regras de disputa (o edital).”¹³⁸

Em segundo lugar, a empreitada por preço unitário surge como adequada justamente quando não for possível – por motivos técnicos, por ser muito custoso – definir com exatidão os quantitativos necessários para a execução do contrato e, assim, a remuneração do empreiteiro se dará a partir da execução dessas unidades (metros quadrados, metros cúbicos, ou outros quantitativos mensuráveis), cada qual correspondendo a um valor (por isso preço unitário). Nesses casos, as quantidades previstas no projeto/edital funcionam apenas como indicativos, deixando-se o rigor para a fixação dos preços unitários e formas de medição.¹³⁹

Assim sendo, pode-se pensar que o empreiteiro assume o risco de executar a integralidade do objeto pelo preço global ajustado. Chega-se a utilizar esse argumento como diferenciador entre os dois regimes: na empreitada por preço global o empreiteiro é responsável pela execução de todo o objeto, por um preço certo, independentemente da exatidão dos dados e referências do projeto; na empreitada por preço unitário, assume-se a incerteza quanto à quantidade, e o pagamento é feito por unidade, excluindo-se a responsabilidade do empreiteiro em relação à totalidade do projeto, e o risco decorrente dessa responsabilidade.¹⁴⁰

Se o regime for de empreitada por preço global, o empreiteiro é o responsável pela execução da obra como um todo, sem importar os quantitativos unitários e, portanto, assume os riscos dos defeitos do projeto básico, por efeito do que o dimensionamento equivocado por parte da Administração não lhe confere direito à alteração contratual, compensação, ou incremento de remuneração.

Não pode haver o menor resquício de dúvida, em face dos comandos normativos categóricos supracitados, que a responsabilidade pela definição completa do objeto, o encargo a ser assumido pelo contratado, tanto em seu aspecto qualitativo quanto quantitativo, é da Administração Pública. Não existe dispositivo na Lei nº

¹³⁸ MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p. 38.

¹³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, p. 198-199.

¹⁴⁰ Como se existisse um regime extremamente arriscado (empreitada por preço global) e um outro cauteloso (empreitada por preço unitário) e se pudesse optar por um, simplesmente. A crítica a este critério de distinção é feita em: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, 197.

8.666/93 que a exima de definir com precisão os encargos, ainda que o regime seja de empreitada por preço global.

Por ilação lógica, as consequências do erro e da imprecisão da Administração Pública na definição e no dimensionamento do encargo deve recair sobre os seus ombros (o risco advindo da opção legislativa por essa forma de contratação). Não faz sentido, é contra o bom senso e às normas basilares do Direito, que as consequências do erro da Administração sejam suportadas pelos contratados. Pela regra da causalidade, a responsabilidade recai sobre o sujeito que deu causa ao evento danoso. Se a Administração errou, a responsabilidade é dela e não do contratado.

Poder-se-ia pensar que, se a empreitada é por preço global, os licitantes, antes de elaborarem as suas propostas, são obrigados a rever o projeto básico. Se há equívoco, teriam que identificá-lo antes de apresentarem propostas. Se não identificaram, assumem o risco da inexatidão, e não mais a Administração Pública.

Alinha-se aqui ao raciocínio de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, segundo os quais é totalmente descabido imputar de antemão ao empreiteiro os riscos pela inexatidão dos quantitativos e do próprio projeto – o qual, frise-se, nem foi elaborado pelo contratado. O agente privado elabora sua proposta com base no detalhamento feito no projeto, anexo obrigatório do edital. Por óbvio, inconsistências nesses dados deverão ser corrigidas pela própria contratante (a Lei Federal nº 8.666/93 permite a alteração do contrato, sobretudo no art. 65), sempre com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.¹⁴¹

Essa situação ocorre, como dito, pela adoção de um modelo de contratação que separa as fases e responsabilidade, em oposição a uma contratação integrada. Neste regime (de contratação integrada), há uma prevalência da contratação de resultados. O contrato explicitará os resultados esperados pela Administração contratante em relação ao contratado, agente responsável pelo empreendimento, e dele será a responsabilidade pelo alcance dos meios necessários para tanto. Por isso, há uma permissividade maior em matéria de gerenciamento do projeto por parte do contratado, inclusive em matéria de confecção do projeto.

Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a transferência dessa autonomia de “gestão de meios” (o que para os autores é ainda inconciliável com a prática brasileira, fundada no controle de meios mesmo em matéria

¹⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, p. 197-198.

de contratação administrativa) faz surgir uma maior responsabilidade por resultados do concessionário. Para os autores, há então uma transferência ao contratado dos riscos pelas próprias ineficiências no funcionamento do empreendimento, especialmente em decorrência de deficiência no projeto – o qual também lhe incumbe. Por essa razão, a aplicação desse regime faz surgir um incentivo ao agente privado responsável pelo projeto, já que suas falhas resultarão em custos que ele mesmo arcará, para alcançar os resultados contratados.¹⁴²

4.2. Riscos advindos do regime de contratação integrada

Por outro lado, Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e procurou permitir, para alguns casos, o modelo europeu e norte-americano conhecido como *design-build* ou Contratação Integrada, no qual a empresa contratada projeta e executa a obra de forma integrada, gerando maior eficiência e evitando desta forma os indesejados aditivos, e vícios do projeto passam a ser de responsabilidade do próprio executante. A ideia é a concentração da responsabilidade, concepção e implantação do empreendimento numa única contratação, o que pode ser considerado um atrativo ao empreendedor.¹⁴³ Com o novo modelo, seria possível o incremento de processos inovadores de construção que muitas vezes pertencem exclusivamente a uma empresa e não podem ser incluídos no edital, e a redução de riscos provocados por um planejamento deficiente, desagregando da própria execução.

A própria Lei define a contratação integrada como o regime que “compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.” (art. 9º, §1º). Em tese, isso implica em uma partilha legal de riscos diversa dos regimes de empreitada definidos na Lei nº 8.666/93. Só que a Lei do RDC também define no art. 9º, § 4º, que nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto em alguns casos,

¹⁴² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**, 210-211.

¹⁴³ BUENO, Júlio César. **Melhores práticas em empreendimento de infraestrutura**, p. 65-68.

dentre eles para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior (inciso I).¹⁴⁴

Este regime se inspira em uma lógica de cooperação maior entre Estado e iniciativa privada, como afirmado; mais intensa, comparativamente, do que a simples empreitada, global ou preço unitário. Ora, basta ver que particular é chamado a participar da concepção do projeto, como forma de possibilitar a obtenção de ganhos de eficiência na execução do contrato. Parte-se da premissa de que “a possibilidade de produção de ganhos de eficiência é diretamente proporcional à abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado”.¹⁴⁵ Se mais atividades delegadas são delegadas ao parceiro privado, maior espaço ele terá para majorar a eficiência na prestação do serviço. Consequentemente, há a transferência de uma parcela maior dos riscos relativos à execução do contrato ao particular, na proporcional medida das novas responsabilidades assumidas.

Na prática, em que pese se saiba seja uma legislação com um caráter de excepcionalidade,¹⁴⁶ percebe-se que o risco que é assumido na empreitada regida pela Lei Federal nº 8.666/93 pela Administração contratante, e que deveria ser minimizado por meio de um projeto básico bem elaborado, em grande medida passa a ser atribuído ao particular na contratação integrada. Não é, entretanto, uma transferência plena de riscos: a admissão da contratação integrada também passa pela ideia que permeia toda a reflexão aqui trazida, de que alocação de riscos deve ser objeto de um compromisso contratual das partes, e cada tipo de risco deve ser

¹⁴⁴ Para maiores aprofundamentos: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 268.

¹⁴⁶ Segundo a Lei nº 12.462/2011: “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II; IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012); V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012); e VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013).”

transferido à parte em melhores condições de geri-lo, de modo a evitar sua materialização ou reduzir suas consequências à execução do ajuste.¹⁴⁷

Cabe ao Poder Público, portanto, responsabilizar-se por caracterizar e definir aspectos do objeto a ser contratado, relegando determinadas especificações técnicas dos projetos ao particular, desde que se chegue à conclusão de que o contratado poderá elaborar o projeto da futura contratação de forma mais eficiente.

Até por isso é crucial que o contrato disponha sobre os riscos assumidos por cada parte de forma analítica, e não meramente remissiva à Lei. Trata-se de medida que aumenta a transparência do ajuste, inclusive para fins de controle, e confere maior segurança à relação entre os contratantes.¹⁴⁸

Outro aspecto essencial da contratação integrada regida pela Lei do RDC parece conduzir a mais riscos ao contratado. Além de obrigado a elaborar detalhadamente os projetos básico e executivo, o agente privado deve estabelecer o custo estimado do contrato, ou seja, passa a não mais existir parâmetros objetivos para a estimativa do custo e o preço deverá englobar contingência, tendo em vista que é proibido o aditamento ao contrato, à exceção de caso fortuito ou força maior e alteração unilateral qualitativa (e não quantitativa, cujo risco é do contratado) pela Administração Pública até o limite de 25% do valor originário. Dessa maneira, as empresa interessadas no projeto devem cuidar da valoração monetária do projeto, posto que qualquer avaliação equivocada poderá trazer prejuízos incalculáveis, pondo em risco, inclusive, a conclusão do empreendimento.

Vê-se assim que, independentemente do regime contratado, o particular não assumirá os riscos por eventos desconhecidos e imprevisíveis (ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis), conforme o art. 9º, §4, inciso I, mas apenas os riscos inerentes à formação do empreendimento e que estejam previstos no instrumento convocatório ou no contrato. Além disso, não pode o contratado arcar sozinho com o risco de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrentes de erros ou omissões seus. Nesse caso, também, poder-se-á alterar o contrato (art.

¹⁴⁷ COSSALTER, Phillipe. A "Private Finance Initiative". In: **Revista de Direito Público da Economia**, n. 06. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004, p. 146.

¹⁴⁸ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 30 de dezembro de 2013.

9º, §4, inciso II). A alteração dessa partilha de riscos feita *a priori* poderia ser admitida mediante uma previsão expressa no corpo do edital, o que certamente influenciaria no valor das propostas apresentadas, já que os particulares teriam de prever verbas destinadas a fazer frente a essas eventualidades.

Enfim, exsurge para a Administração o dever de explicitar com clareza, já no instrumento convocatório, os riscos inerentes ao empreendimento, atribuindo-os a cada um dos contratantes suas responsabilidades na execução do projeto – e isso é válido tanto para a empreitada regida pela Lei nº 8.666/93 como nas contratações integradas previstas para específicos casos na Lei 12.462/2011.

Lembre-se que conteúdo essencial do edital – e do contrato que lhe integra – diz respeito às cláusulas econômicas da contratação, que estabelecem, basicamente, a forma de remuneração do contratado. Destas cláusulas que se extrai a forma com que o equilíbrio (equivalência e comutatividade das obrigações) se dará entre as partes, e que deverá mantido ao longo da execução do contrato. Como bem definem Moreira e Guimarães, envolvem “o conjunto de informações necessárias a configurar a equação econômico-financeira do ajuste, que se completa com a manifestação da proposta comercial do licitante vencedor da disputa.”¹⁴⁹

O sistema de contratações públicas regido pela Lei Federal nº 8.666/93, portanto, praticamente não transfere riscos para o contratado em regime de empreitada. Fica o risco garantido pelo pagamento à custa de dotação orçamentária que deve, obrigatoriamente, ser prevista no contrato. Isso porque o art. 55 fixa como cláusulas obrigatórias do contrato, além do objeto e seus elementos característicos (inciso I), o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento (inciso III), mas sobretudo o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica (inciso V). O risco, nesse contexto, admitido pelo particular, se realizada uma comparação, com base no que se dirá adiante, é bem maior nos casos de concessão do que naqueles regidos unicamente pela Lei nº 8.666/93, de entrega bens, compras de material, etc.

Diversamente, o sistema que se baseia na Lei 12.462/2011 estabelece um regime em que os riscos são mais assumidos pelo empreiteiro, ao menos em uma

149

MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação**, p. 168.

primeira leitura – haja vista a dificuldade de ser estabelecida uma compreensão exata das suas previsões, em razão da excepcionalidade do regime, além das recentíssimas alterações que a lei já sofreu. O que já se pode perceber é que a lógica da contratação integrada reside no fato de se intentar obter ganho de eficiência no momento em que se transfere para o contratado o risco do projeto, e as consequências financeiras decorrentes da imperfeição dele. O Estado está confiando ao particular tarefa que tradicionalmente é sua (o projeto básico).

Porém, permanece-se como uma empreitada. Aqui pode residir uma contradição lógica com o art. 10 da Lei do RDC, o qual estabelece a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, análogo ao que ocorre na Lei das PPPs. Em contratos nos quais o elemento risco é relevante, tais como nas parcerias público-privadas, tal mecanismo faz sentido, por se tratar, essencialmente, do sistema “tarifa pelo preço” (em resumo: no modelo de tarifa pelo custo, a concessionária, juntamente com o concedente, calcula os custos totais incorridos e acrescentava uma remuneração, incidente sobre o valor apurado; na tarifa pelo preço, adotado nas concessões no Direito brasileiro, a concessionária exerce o serviço e é remunerada pela tarifa de acordo com a sua atuação, vincula-se ao risco do negócio). Todavia, o RDC não abrange a exploração “por conta e risco” do contratado, e então não faria sentido haver remuneração variável.

Exemplificando, obras de engenharia podem atrasar; por conta disso, são estabelecidas penalidades no caso de descumprimento contratual. Assim, o risco é dividido entre poder público e contratado: caso o prazo seja descumprido por este, há as sanções contratuais; em havendo o descumprimento por razões alheias à sua vontade, o risco é suportado pelo Estado. Por outro lado, a remuneração variável ao desempenho praticamente impõe todo o risco ao particular.¹⁵⁰

Perceba-se: são transferidos ao contratado os riscos pelas ineficiências em relação ao funcionamento do empreendimento, especialmente aquelas decorrentes de deficiências nos projetos. Cria-se um incentivo econômico ao agente para que busque a maior qualidade dos projetos, sob pena de incorrer em custos futuros em prol de correções ou insucesso em relação aos resultados estipulados em contrato. Por esse ângulo, de fato se incrementa e muito o risco do contratado em relação à

¹⁵⁰ CARVALHO, André Castro; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. Aspectos do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para obras de infraestrutura urbana. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2012, p. 131-134.

empreitada regida pela Lei de Licitações. E também se encontraria coerência com a remuneração por desempenho, reforço ao estímulo por eficiência na concepção dos projetos, pois isso significará a ampliação da remuneração do contrato.¹⁵¹

Há dificuldade em se compreender a soma desses sistemas, e o trespasse de tantos riscos, mas que não serão objeto de aprofundamento do presente estudo.

Enfim, não é difícil perceber que existem graus distintos de complexidade de contratos públicos e que, quanto maior a complexidade do objeto maior será o risco de execução do mesmo. Renato Geraldo Mendes esboça, nessa linha de raciocínio, um gradiente envolvendo as variáveis incerteza¹⁵² e complexidade, e conclui que em um extremo estariam as obras e serviços técnicos que apresentam maior grau de risco quanto à certeza da viabilidade de execução, ou seja, a incerteza é maior. No outro extremo estariam as obrigações que caracterizam negócios de bens e serviços comuns, normalmente mais simples, desprovidos de complexidade em matéria de capacidade técnica a ser exigida do contratante.¹⁵³

Por isso, quanto menor a complexidade do contrato, menos riscos, quantitativa e qualitativamente. É até natural que contratos sem execução diferida no tempo, que se resume à entrega de bens ou prestações de serviços comuns pelo particular à Administração, não impliquem em uma discussão tão aprofundada acerca da repartição de riscos, nem em sede legal, nem em sede contratual. E feitas essas considerações, passa-se à análise da disciplina do risco nas concessões, principal forma de delegação de serviços infraestruturais no Brasil.

5. A Lei Federal nº 8.987/95: a exploração da concessão por conta e risco

5.1. Concessão como atividade empresarial que visa ao lucro

Já frisado no início deste trabalho, o art. 175 da Constituição da República definiu que os serviços públicos devem ser prestados pelo Poder Público, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação. Para dar

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 87-90.

¹⁵² Apenas cabe a observação de que o autor não se apegou à distinção mais estrita entre risco e incerteza, como se fez anteriormente neste trabalho, mas, nesse caso específico, não se encontra dificuldades para se compreender a lição do autor.

¹⁵³ MENDES, Renato Geral. **O processo de contratação**, p. 53-56.

cumprimento ao ditame constitucional, foi editada a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e logo posteriormente a Lei 9.074, de 7 de julho de 1995. Antes, as Constituições de 1934 (art.137), de 1946 (art.152), e 1967 (art.160), além da a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art.167) previam a edição de lei sobre o regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão, mas nunca tais dispositivos foram efetivamente regulamentados, e a lei nunca editada.

Então, com a promulgação da Lei Federal nº 8.987/95 foram estabelecidas as normas disciplinadoras do regime de concessões no Brasil sem que, entretanto, fosse conceituado propriamente o instituto da concessão de serviço público. Além disso, não há também um conceito constitucional de concessão, ficando tal tarefa, portanto, a cargo da doutrina. E então, é necessário que se faça, ainda que brevemente, uma escolha conceitual para os fins do trabalho, que em verdade complementam o que já foi dito anteriormente.

Na dicção de Marçal Justen Filho, encontra-se importante conceituação do que viria a ser uma concessão de serviço público, já em um contexto pós-Constituição de 1988, e já promulgada a Lei Geral das Concessões:

A concessão de serviço público consiste na delegação temporária da prestação de serviço público a um particular, que passa a atuar por conta e risco próprios (na acepção acima indicada). Portanto, a concessão de serviço público conduz a uma alternativa organizacional para a prestação dos serviços fundada na concepção de associação entre interesse público e iniciativa privada para atendimento a necessidades coletivas de grande relevância.¹⁵⁴

O destaque nessa primeira conceituação diz respeito ao que autor chamou de “alternativa organizacional”. A locução traduz o contexto em que o instituto da concessão fora concebido, de redução da máquina estatal em prol de um novo modelo de arranjo institucional da Administração, amplamente tratado acima.

O mesmo Marçal Justen Filho também já definiu o instituto como o contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.¹⁵⁵

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 105.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 761.

Deste modo, o autor propõe um conceito mais analítico do que venha a ser o instituto da concessão *comum* de serviço público (diferenciando esta das chamadas concessões especiais: patrocinadas e administrativas – adiante melhor explanadas). Salta aos olhos, em relação à sua primeira conceituação, a inclusão da expressão “contrato plurilateral”, pois entende o autor que o contrato de concessão é pactuado entre o Poder Concedente, a sociedade, e o particular, em uma relação não mais bilateral (Poder Concedente – particular). Tal aspecto é de suma importância para a compreensão do papel da sociedade civil nas concessões de serviço público, isto é, muito além de mera destinatária da prestação dos serviços públicos, estaria a sociedade imbuída no desempenho de funções de controle das concessões.

Todavia, há que se ressaltar um aspecto em tal conceituação. Trata-se da inclusão do elemento “remuneração” no próprio conceito de concessão, o que é questionável, pois, para excepcionar tal definição, lembre-se que aspecto marcante do serviço de radiodifusão, e da sua concessão, é a ausência de remuneração pelo concessionário por parte dos usuários, observação feita por Bacellar Filho.¹⁵⁶ O mesmo se diga sobre as concessões administrativas, adiante explanadas, que não comportam a cobrança de tarifa. Não obstante tal ressalva, as discussões sobre a política tarifária das concessões são centrais para o tema aqui tratado, como se verá adiante. De qualquer forma, Bandeira de Mello ameniza tal controvérsia ao definir o instituto da concessão de serviço público como atribuição do exercício de um serviço público, pelo Estado, àquele que aceita realizar tal prestação por sua conta e risco, com a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro em face do fato da execução do contrato se dar nas condições fixadas e alteráveis pelo concedente unilateralmente, remunerando-se pela própria exploração do serviço, “em geral e basicamente mediante tarifas” cobradas dos usuários.¹⁵⁷ A cautela do autor em não generalizar a todas as concessões o elemento remuneração tarifária é então necessária.¹⁵⁸ Isto é, o elemento tarifa deve ser retirado do conceito de concessão de

¹⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**, p. 143.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 717-718.

¹⁵⁸ Outra forma de dizer é que um elemento inerente à concessão não é o pagamento de tarifa pelo usuário, mas o componente negocial ínsito ao serviço. E o argumento de que a não cobrança de tarifa do usuário afastaria o risco inerente à atividade, beneficiando o concessionário, é de se dizer que o risco da atividade que caracteriza a concessão não se resume à inadimplência tarifária. Pelo contrário, talvez o menor dos riscos em algumas atividades seja a inadimplência tarifária. SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor: sistematização e regulação**. São Paulo, 2010. 288 f; Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, p. 123.

serviço público, focando-se, como faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em outros aspectos, como do (i) serviço de titularidade do Estado, (ii) da transferência apenas da sua execução, e não da titularidade, (iii) e a necessidade de licitação.¹⁵⁹

A essa conceituação há que se incrementar o papel funcional das concessões, antes trazido, de instrumento de viabilização de investimentos, para então serem disponibilizados bens e serviços à disposição do Estado e dos cidadãos. É a concessão, então, um meio de investimento por parte da iniciativa privada que pretende ser concessionária, e um meio para o Estado garantir a prestação de serviços e disponibilidade de bens.

A compreensão que se tem aqui é muito similar àquela de Egon Bockmann Moreira, para quem existe uma verdadeira “atividade empresarial de concessão”, uma atividade econômica com um fim para o concessionário, o lucro, e um fim para o Estado, a transferência da gestão autônoma de um projeto, de modo a disponibilizar bens e serviços à coletividade. Mais que isso, o autor inclui na sua noção de concessão que a administração e a execução das obras e serviços, transferida ao concessionário, é por ele assumida por sua conta e risco, mas “com a respectiva alocação dos riscos entre concedente e concessionário”.¹⁶⁰

Tais aspectos (exploração por conta e risco, lógica privada, autonomia de gestão) serão adiante retomadas, mas o que calha bastante para este primeiro momento é o reconhecimento de que a concessão envolve uma empresa, investidor(es), que contratam com Estado esperando um retorno. Alia-se então o aspecto estrutural (contrato para delegação de uma atividade), com o aspecto funcional (viabilização de investimentos para disponibilização de bens e serviços), e nisso a concepção de André Castro Carvalho é destacável, para quem os contratos de concessão são a formalização do acordo entre Administração Pública e o particular

¹⁵⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 294-295.

¹⁶⁰ “A assinatura do contrato de concessão qualifica o concessionário como aquele a quem foi imputada a gestão autônoma do projeto de concessão de serviço e/ou obra pública. A administração e a execução de tais obras e serviços é transferida ao concessionário, que as assume por sua conta e risco (com a respectiva alocação dos riscos entre concedente e concessionário). Ao concessionário é atribuído um serviço qualificado normativamente como público e ele se compromete a desenvolver a sua atividade empresarial da forma como o edital e o contrato estabeleceram. Logo, não se está diante de uma estrutura administrativa fechada, porventura circunscrita a bens e serviços *extra commercium*, mas sim de uma empresa privada que explora a comercialidade típica e própria das obras e serviços públicos. Para que o objetivo do projeto concessionário seja atingido, faz-se necessária a organização da atividade de prestação daquele serviço público”. MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012, p. 101.

com o escopo de transferir a prestação de uma atividade, normalmente utilizadas para o desenvolvimento da infraestrutura, por um longo período “a fim de que os investimentos sejam amortizados no decorrer deste lapso.”¹⁶¹

Além dessas primeiras linhas, vale dizer que a Lei nº 8.987/95 distingue a concessão, gênero, em concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, definindo cada uma destas espécies no art. 2º, incisos II e III, respectivamente. Os elementos comuns entre os institutos são, basicamente, a sua configuração como delegação de prestação de uma atividade, a necessidade de licitação, a contratação por prazo determinado e, destacadamente, a exploração do objeto concedido por conta e risco do concessionário. Sobre esse último item, e novamente com arrimo em Castro Carvalho, o dispositivo legal considera a concessão como uma atividade com risco econômico. Isto é, como em toda atividade econômica em que haja risco, o investidor da atividade econômica concessionária assume que, aplicando seu capital em determinado contexto de consequências incertas – e logrando êxito em suas perspectivas –, obterá uma remuneração sobre este capital pelo risco assumido. A prestação do serviço concedido constitui o principal meio pelo qual o investidor obtém remuneração, por meio da tarifa, via de regra. E “quanto maior o risco assumido, maior a rentabilidade do investimento em caso de êxito, e vice-versa.”¹⁶²

Apreende-se então que a delegação de um serviço público, precedido ou não de obra pública, por se tratar de uma atividade econômica (o serviço público não deixa de ser uma, conforme classificação que lhe distingue da atividade econômica em sentido estrito) traduz um meio para o delegatário rentabilizar investimentos, numa lógica risco-lucro: assume riscos visando ao lucro. Por outro lado, o Estado, busca reduzir os riscos aos quais está sujeito em caso da prestação direta do serviço, e visa ao atendimento do interesse público.

O contrato de concessão é, então, a formalização de um investimento, em que as partes buscam objetivos distintos, e distribuem os riscos atinentes ao objeto contratado. Além disso, uma pequena pausa se faz necessária para ressaltar alguns outros pontos gerais do contrato de concessão. Romeu Felipe Bacellar Filho é incisivo

¹⁶¹ CARVALHO, André Castro. Dinâmica das regras econômicas e jurídicas dos contratos de concessão de serviços públicos. In: **The 14th Annual Meeting of the Latin American and Iberian Law and Economics Association**, April 26-27, 2010, San Salvador El Salvador. ALACDE Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, p. 1.

¹⁶² CARVALHO, André Castro. **Dinâmica das regras econômicas e jurídicas**, p. 2-3.

ao posicionar-se pela adoção daquela corrente segundo a qual o contrato de concessão é um contrato administrativo com suas características típicas, isto é, é uma espécie do gênero mais abrangente dos contratos de direito público, sendo, ainda, o “contrato administrativo por excelência”.¹⁶³ Isso porque, dentre as mais diversas modalidades de contratos firmados pela Administração Pública (contrato de colaboração, contrato de fornecimento, contrato de obra pública, contrato de gestão, só para citar alguns), tem sido o contrato de concessão de serviço público, ao longo do tempo, o que mais desperta interesse, sobretudo da doutrina do direito público.

E tendo em vista que o contrato de concessão de serviço público é um verdadeiro contrato administrativo, novamente insta retomar a obra de Bacellar Filho, que enumera seis elementos caracterizadores da avença - para além da presença da Administração, a quem é imposto um rol de sujeições que restringem a sua esfera de atuação, mas que, sob outro enfoque, e lhe são outorgadas algumas prerrogativas (em suma, o regime jurídico de direito público): bilateralidade, consensualidade, formalidade, comutatividade, onerosidade, e o fato de serem firmados *intuitu personae* - exigem a pessoa do contratado para cumprimento.¹⁶⁴

De todas essas facetas distintivas dos contratos administrativos de concessão, importante serem fixados, para os fins do presente trabalho, três dados básicos sobre a origem e constituição dessas figuras: a presença do Poder Público titular (e potencial prestador) do serviço, o particular dotado de capacidade para contratar, e o próprio serviço que, por suas peculiaridades, integra a esfera de competência administrativa e submete-se ao regime jurídico-administrativo.¹⁶⁵ E mais adiante, retomar-se-á o caractere da comutatividade e suas implicações.

Enfim, a concessão é instrumento contratual através do qual se descentraliza a prestação de serviços públicos para particulares. É espécie de contrato administrativo por meio do qual se transfere a execução de serviço público para a iniciativa privada, por prazo certo e determinado. Acrescente-se a isso o que diz Alexandre dos Santos de Aragão, que o contrato de concessão de serviço público é instrumento que define o serviço concedido, delimita a área de abrangência,

¹⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**, p. 142.

¹⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**, p. 130.

¹⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 320-321.

estabelece os direitos e obrigações dos contratantes e dos usuários do serviço, bem como fixa a forma e o tempo de sua exploração.¹⁶⁶

Enquanto instrumento formal que rege a relação entre poder concedente e concessionário, é o contrato de concessão que descreve, entre outros aspectos, uma estrutura que coordena a relação entre Estado e setor privado na provisão de serviços e bens de infraestrutura. Garante ao particular o direito de operar um ativo essencial para a prestação de serviço de infraestrutura, após o pagamento de um valor de outorga (o que não ocorre em todos os casos, é verdade) e de ser remunerado para tanto, por um determinado período de tempo.¹⁶⁷ E podem ser, então, identificados três aspectos econômicos básicos que caracterizam um contrato de concessão: (i) o valor de pagamento pelo vencedor da licitação, exigida pelo art. 175 da CF, ao Estado (é o valor da concessão ou outorga, se houver), (ii) o montante esperado de remuneração do concessionário pela prestação do serviço; e (iii) a forma de viabilizar a remuneração do concessionário. O arranjo contratual entre eles determina o sistema de riscos e vantagens a serem pesadas pelas partes ao longo da execução do contrato. Risco é, nesse sentido, uma medida da volatilidade dos retornos e dos resultados futuros.¹⁶⁸

Traz-se aqui novamente a lição de Emerson Gabardo, que destaca que no caso dos serviços públicos privativos do Estado cuja execução se delega à iniciativa privada, há uma inegável pretensão de lucro por parte do então colaborador (descentralização por colaboração) que, “na realidade, não tem intenção nenhuma de colaborar, mas de obter o maior núcleo de vantagens econômicas possível.”¹⁶⁹ Ou seja, o concessionário (no caso, o agente privado que pretende sê-lo) enxerga a concessão como um investimento, e está disposto a explorar a infraestrutura objeto do contrato a partir dessa lógica de retorno, com base nos riscos que irá assumir.

Premissa básica, portanto: “para o concessionário, a prestação do serviço público é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço”.¹⁷⁰ E dessa compreensão emanam

¹⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p. 132.

¹⁶⁷ SANTOS, Rodolfo Torres dos. **Estrutura de Governança e Universalização de Serviços: a Eficiência Econômica dos Modelos Contratuais de Parceria Público Privada**. Rio de Janeiro, 2006. 170 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 64-65.

¹⁶⁸ IRWIN, Timothy; KLEIN, Michael; PERRY, Guillermo E., THOBANI, Mateen. **Dealing with public risk in private infrastructure**, p. 4.

¹⁶⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público**, p. 140.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 728.

características fundamentais do regime jurídico das concessões, dentre ela a disciplina da alocação de riscos entre concessionário e concedente.

5.2. O concessionário explora o serviço por sua conta e risco?

Conforme dispõe a Lei nº 8.987/95, as concessões, e também as permissões, de serviços públicos, precedidas ou não de obra pública, possuem como elemento conceitual a delegação da prestação do objeto concedido por conta e risco do concessionário (art. 2º). E justamente a partir dessa noção de que o concessionário age por sua conta e risco, a dogmática mais tradicional do direito contratual público passou a estabelecer uma classificação até hoje em voga. Para boa parte da doutrina, então, os riscos que os contratantes assumem ao celebrar o contrato se dividem em três: *álea empresarial*, *álea administrativa* e *álea econômica*, cada qual com consequências muito próprias para a execução do contrato.

A primeira representaria o risco ordinário do contrato, enquanto atividade empresarial concessória, devendo ser arcado pelo concessionário. As duas últimas categorias são alocadas na ideia de risco extraordinário, o qual deve ser remediado a partir de algumas ferramentas previstas na legislação.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro resume esse quadro da seguinte forma: (i) *álea ordinária* ou *empresarial*, significando o risco existente em qualquer negócio, o que todo empresário corre em razão de atuar no mercado, de ser agente econômico; e a *álea extraordinária*, melhor dividida entre (ii) *álea administrativa*, que englobaria os riscos decorrentes do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos pelo Estado, a *álea relativa aos atos de autoridade* (o chamado *fato do príncipe*), bem como a *álea identificada como fato da Administração*; e (iii) a *álea econômica*, coligada à ideia de circunstâncias externas aos contratos, “*estranha à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão.*”¹⁷¹

Todos os riscos a serem enfrentados no curso do contrato deveriam, em tese, enquadrar-se em alguma das modalidades de *álea*. Os riscos previsíveis, ordinários, seriam suportados pelo agente privado contratado. Trata-se do risco assumido pelo

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**, p. 277-278. Nada muito distinto será encontrado na manualística do Direito administrativo, como exemplo: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

agente privado por ser o responsável tocar seus próprios negócios. Ou seja, quando o contrato é firmado, o concedente pressupõe que o concessionário irá administrar a concessão com diligência e de acordo com as melhores práticas gerenciais; entretanto, há sempre o risco de empreender gestão temerária ou que tome decisões operacionais ou financeiras desatinadas durante a vigência do contrato que prejudique ou impossibilite a adequada prestação do serviço. Os imprevisíveis seriam suportados pelo contratante se houvesse a revisão das condições do contrato, bem como os previsíveis de consequências incalculáveis. Porém, como lembra Justen Filho, essa distinção (álea ordinária ou extraordinária) só se mostra simples quando se está diante de situações extremas, sendo impossível traçar um limite absoluto entre ambas. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariedade da extraordinariedade da álea em face das circunstâncias específicas de um certo empreendimento”¹⁷²

Dessa maneira, fácil concluir que nos contratos de concessão se relega ao contratante privado, ao menos em tese, uma posição de maior sujeição aos riscos do negócio – os quais, antecipadamente, sequer é capaz de distinguir entre ordinários e extraordinários. E essa sujeição se baseia, em grande medida, à noção de que o concessionário explorará o serviço concedido “por sua conta e risco”, em interpretação extremamente literal e não reflexiva do dispositivo. Villela Souto, por exemplo, já havia sustentado que a realização de serviços públicos via concessão envolve a transferência ao agente privado de “todos os custos e riscos do investimento” e, em regra, o particular é remunerado através das tarifas cobradas pelo serviço e, eventualmente, receitas alternativas (art. 11).¹⁷³

E essa vinculação entre a remuneração e tarifa é uma constante na argumentação de que os riscos são assumidos integralmente pelo concessionário. Nas concessões comuns, a tarifa representa a principal forma de remuneração do concessionário, o qual assume o empreendimento “por sua conta e risco”. Nesse regime contratual, o Estado teoricamente apenas delega o serviço, não sendo responsável por assegurar a obtenção de receita mínima pela empresa concessionária. Disso se construiu uma concepção de que o concessionário será remunerado exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelo usuário, bem como que

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 399-400.

¹⁷³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 34.

este seja o único a arcar com riscos da concessão, “aliviando” o Estado de custos com a prestação direta, e da assunção de riscos na execução do serviço.

No modelo da Lei de Concessões, chamado de “tarifa pelo preço” (ou tarifa pelo risco), não há a garantia de lucro pelo Estado ao concessionário. Daí que se pode entender a expressão “o concessionário prestará o serviço por sua conta e risco”, pois assinado o contrato, pode o agente privado ganhar ou perder. Com isso, reduz-se a interferência estatal na própria gestão da empresa privada contratada. Para Amaral, a lógica é relativamente simples: se os custos forem inferiores ou apenas se mantiverem com o tempo em relação àquilo que foi projeto, a empresa ganha; se os custos forem superiores aos projetos, perde. É o risco do negócio.¹⁷⁴

Símbolo disso é o veto dado ao art. 24 da Lei de Concessões. No texto original da Lei, ficaria fixado que “o poder concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão.” Nas razões do veto (Mensagem nº 181, de 13 de fevereiro de 1995, da Presidência da República, Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos), apenas se disse que “Garantias como essa do estabelecimento de receita bruta mínima, além de incentivarem ineficiência operacional do concessionário, representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsidio pelo Poder Público.”¹⁷⁵

Tal fato também é rememorado por Villela Souto, o qual, porém, entende que mesmo a restauração do texto original não seria suficiente, pois mesmo que se admitisse a renda mínima ao concessionário, seria necessária uma maior disciplina para a sua aplicação. Fato é que nas concessões comuns não se estabelece uma garantia de renda mínima, e a remuneração se dará primordialmente em função do rendimento oferecido pelo particular ao concedente e aos usuárias dos serviços.¹⁷⁶ Uma renda mínima retiraria o risco (probabilidade de ocorrência de eventos que afetem o sucesso do empreendimento) inerente ao contrato.

¹⁷⁴ O sistema *tarifa pelo risco* se opõe ao *tarifa pelo custo*. Trata-se de um sistema em que o agente privado não corre risco, já que os custos da operação e seus investimentos são cobertos pela tarifa cobrada, mais a justa (apenas a justa) remuneração do capital – o que funciona como um limite. Na tarifa pelo preço não há o limite, e não há a garantia do lucro. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 53-55.

¹⁷⁵ E finaliza com um exemplo: “O caso mais recente foi o mecanismo instituído pela Lei nº 5.655/71, que criou a Conta de Resultados a Compensar (CRC), extinta, em 18.3.93, com a regulamentação da Lei nº 8.631/93, gerando dispêndios líquidos para a União da ordem de US\$ 19,8 bilhões.”

¹⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das parcerias**, p. 31.

De qualquer forma, para analisar a expressão propriamente dita, “por conta e risco”, vale à pena separá-la sintática e semanticamente. Em primeiro lugar, responde-se que sim, será o concessionário a prestar o serviço *por sua conta*. Deverá avaliar o volume de receita que torne economicamente viável executar o objeto do contrato, assumindo as obrigações contratuais de projetar e realizar o investimento de modo que o serviço seja devidamente prestado, além de responder por suas próprias ações, enquanto responsável pela assunção do empreendimento. Mostrou-se interessado ao participar de uma licitação porque, evidentemente, almejava ser delegatário do Estado na execução da atividade licitada. Nesse ponto, fica claro que deverá gerir o projeto concessório “por sua conta”.¹⁷⁷

Ao passo que os contratos regidos unicamente pela Lei Federal nº 8.666/93 importam em maior controle do Estado sobre o objeto contratado (o fornecimento de um equipamento, por exemplo), os contratos de concessão se caracterizam por garantirem uma esfera de autonomia do concessionário na gestão do negócio. E o reconhecimento dessa esfera, lembra Vernalha Guimarães, evidencia a “partilha de responsabilidades” entre concedente e concessionário. Essa autonomia, ampliada em relação à legislação anterior, traz consigo a ampliação dos riscos inerentes ao negócio. Essa gestão do serviço inclui o seu aspecto econômico-financeiro, isto é, a consecução de lucro, que advém da remuneração a partir de decisões negociais na prestação do serviço. E se o concessionário é realmente, em regra, remunerado por tarifa, esta é proporcionada ao risco de utilização da estrutura provida.¹⁷⁸

Não se pode perder de vista, entretanto, que essa autonomia de gestão vem acompanhada de um controle estatal sobre sua operação. Melhor dizendo, o concedente, o verdadeiro titular da atividade concedida, transfere autonomia ao concessionário, mas mantém a responsabilidade pelo controle da execução da atividade, e a responsabilidade pela garantia do adequado funcionamento. Isso faz transparecer a faceta associativa das concessões. Concedente e concessionário conjugam esforços e, em que pese motivados por interesses primários distintos (interesse público e lucro, respectivamente), buscam um objeto comum: a boa execução do contrato.¹⁷⁹ Por consequência, percebe-se que a má gestão empresarial

¹⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/95 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109-110.

¹⁷⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão**. p. 67-70.

¹⁷⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão**, p. 70.

do concessionário, o insucesso dos seus investimentos, é uma coisa, outra coisa é dizer que caso se comprometa a prestação do serviço, apenas responderá o concessionário, por prestá-lo por sua conta e risco.¹⁸⁰

O que Justen Filho rejeita nesse contexto, e com o que se concorda, é a eliminação total do risco empresarial na concessão. Se o particular visa ao lucro quando contrata com o Poder Público, e o objeto desse contrato é uma atividade econômica, o faz enquanto empresa e, portanto sujeita a riscos. Por outro lado:

Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida. Observe-se que essa solução não elimina o risco do concessionário, mas propicia uma fórmula de substituição do sujeito responsável pela sua remuneração. Assim, se o concessionário falhar na organização do serviço ou sofrer insucessos derivados de eventos inerentes à atividade concedida, terá de amargar prejuízos. A responsabilidade estatal não é um meio de desnaturar os riscos inerentes à concessão. A participação estatal deve orientar-se a evitar que a dimensão dos riscos e encargos assumidos pelo particular se traduzam em encargos excessivamente elevados para determinados (ou todos os) segmentos de usuários.¹⁸¹

Se não é mera empreitada, há um espaço de autonomia do empresário, e há os riscos advindos dessa autonomia. É da essência da concessão a existência de risco, e isso não se pretende negar. E mesmo por isso, para além do “por sua conta”, a Lei complementou a locução com o risco inerente ao negócio. O empresário privado enxerga a concessão como projeto de investimento e de retorno (lucro), e risco é a possibilidade de ganhar ou perder o dinheiro investido, o custo-benefício assumido pelo concessionário e suas projeções. O risco, conforme delineado anteriormente (enquanto lastro de previsibilidade, um olhar para o passado com vistas ao futuro), é inerente à atividade econômica, e à própria lógica capitalista. Quem almeja o lucro, se dispõe a saber no que está investindo, às características do empreendimento, mas se baseia em expectativas com maior ou menos segurança de se confirmarem. Moreira afirma que o empresário investe porque induz que obterá lucros, a partir da observação das experiências passadas, e das programações futuras”.¹⁸²

¹⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões**, p. 124.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 115-118.

¹⁸² Se o componente “ocorrência” é incerto, o risco ainda deve ser compreendido como determinável e quantificável. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões**, p. 111-112.

5.3. Os riscos ordinários e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão

Partiu-se então da premissa de que o concessionário assume o risco normal da atividade empresarial concessionária, e o concedente arca, em princípio, com os riscos anormais do empreendimento. E dessa divisão cabem algumas colocações, coligando-as com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, instituto crucial para os temas aqui debatidos.

Em primeiro lugar, reforce-se brevemente os riscos ordinários aos quais o concessionário está, para a doutrina, sujeito – e que, em razão disso, tornam a exploração da concessão uma atividade empresarial exercida por sua conta e risco.

Segundo Bandeira de Mello, a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro. Proposição básica de uma concessão é que o agente privado a exercer o serviço delegado estará o fazendo, por sua conta e risco, razão pela qual, como em demais empreendimentos, sujeita-se a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser “integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas do sucesso econômico”.¹⁸³

O poder concedente ao homologar uma licitação e assinar o contrato de concessão formalmente considera as premissas e os valores da proposta apresentada pelo licitante como adequados e aceitáveis. Ademais, as propostas contêm (ou deveriam conter) as premissas consideradas viáveis por eles para assumir os riscos do empreendimento, garantindo para si o retorno do investimento.

Por isso, e outra vez com a lição de Bandeira de Mello, há que se destacar que ao menos em tese os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar com ineficiência, os derivados de eventual estimativa inexata quanto à demanda (usuários), bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios – tanto os riscos de demanda quanto os riscos advindos de fontes alternativas de receitas serão adiante melhor tratados. Certo é que, para o autor, não pode o concessionário se

183

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 754.

eximir dos riscos que todo o empresário corre ao investir. O que lhe é resguardado é uma proteção peculiar “cuja a existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público”.¹⁸⁴ A expectativa de retorno do investimento depende não só da proteção dada ao empreendimento, mas da eficiência do concessionário-investidor.

A equação econômico-financeira contida na proposta vencedora da licitação será utilizada pela concessionária, então, para amortizar investimentos previstos que forem realizados ao longo do prazo de concessão, bem como para obter a remuneração sobre o capital empregado, mas sem a garantia de um lucro certo.

Ora, o lucro é, em última instância, a razão de ser da contratação na ótica do agente privado. É o motor do investidor, é o que leva a assumir riscos (não necessariamente apenas os ditos ordinários, já que a partilha objetiva de riscos já é uma realidade na contratação pública e abrange outros para além da álea negocial). Não se trata, entretanto, de uma certeza tão cristalina. Muita embora um valor numérico conste no contrato, a realização efetiva do lucro do contratado é influenciada por diversas variáveis, dentre as quais cita-se o rol destacado por Luna:

(i) desempenho na execução do contrato (mitigação da ocorrência de eventos contingenciados); (ii) ganhos (ou perdas) de eficiência (oscilação de produtividade nos processos relativos à execução contratual); variação ordinária dos custos dos insumos e mão de obra por aquecimento do mercado; (iv) desenvolvimento de novas tecnologias; (v) eficiência na negociação de preços nas aquisições de insumos.¹⁸⁵

Parece claro que o autor trata as variáveis do lucro do contratado como elementos a serem calculados dentro da dita álea ordinária do contrato. Ainda que com as ponderações acerca do alcance da noção de “álea ordinária” enquanto risco negocial, vê-se que tais variáveis, e tantas outras, fazem concluir que a fixação prévia do lucro contratual traduza mais um exame de probabilidade, expectativa. Caso fosse garantido um resultado específico de acordo com essa expectativa, inexistiria risco para o contratado cujo lucro estivesse garantido de maneira inalcançável por variáveis, conduzindo a um cenário de desestímulo à eficiência.¹⁸⁶

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 758-759.

¹⁸⁵ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. **Controle de preços nos contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72.

¹⁸⁶ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. **Controle de preços nos contratos administrativos**, p. 73-74.

A ideia de álea ordinária, portanto, implica dizer que cabe ao concessionário a realização de investimentos necessários à implementação e manutenção da prestação do serviço, bem como as decisões relativa à prestação do mesmo, e os riscos advindos de sua atuação lhe são naturalmente imputados. Isso é da “natureza do negócio”, pois a exploração de uma concessão é uma exploração empresarial, e pressupõe a possibilidade de o agente incrementar seus lucros por sua própria atuação, obtendo recursos mais baratos para o cumprimento do contrato, decisões negociais mais eficientes.¹⁸⁷ O importante aqui é se frisar que a álea ordinária está ligada diretamente à atuação do agente, empresa privada contratante com o Estado.

No entanto, por vezes se torna difícil estabelecer esse “nexo de causalidade” entre a ocorrência do fato danoso e o atuação empresarial do concessionário. Tomando o exemplo da variação de demanda adiante tratado, pode ser impossível saber se o excesso ou a insuficiência da utilização da infraestrutura em relação ao que foi projetado no momento da contratação foram fruto do talento ou da inépcia do investidor, da sua (in)capacidade de atrair novos usuários ou de equívocos desde os estudos iniciais de demanda.¹⁸⁸ Esta é uma dificuldade que o contrato pode solver, a partir de regras de partilha que reduzam a discussão ao que foi fixado previamente, e não à caracterização de determinado evento como “ordinário” ou “extraordinário”.

Em adição a isto, retome-se a questão da liberdade de atuação do concessionário como fundamento para a assunção de riscos. Esse ponto de vista de que o agente privado age “por sua conta e risco”, na estrita acepção da expressão, relaciona diretamente o poder decisório do concessionário com os riscos por ele assumidos. Fazendo o raciocínio inverso, quando maior o dirigismo estatal em relação ao empreendimento, determinando a condução da concessão, menores serão os riscos assumidos pelo concessionário. Serão de sua responsabilidade os riscos quando lhe puder ser imputada a consequência de uma decisão sua em relação à concessão. Por isso Marolla afirma que o concessionário só poderá assumir o risco por uma decisão de negócio, quando efetivamente tiver se utilizado de sua autonomia no exercício dos poderes concedidos para a gestão do serviço.¹⁸⁹

¹⁸⁷ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**: a equação econômico financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 68.

¹⁸⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 117.

¹⁸⁹ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**, p. 70.

Por isso Cristiana Fortini destaca como uma moderação à expressão “por sua conta e risco” o fato de o art. 11 da Lei nº 8.987/95 prever a utilização de receita alternativa como mecanismo de remuneração de serviços prestados, o que, segundo a autora, faz romper com o dogma de que a única maneira de se remunerar o agente privado seria com a tarifa cobrada¹⁹⁰ – o que implica na assunção do risco de demanda do serviço, um típico risco ordinário do negócio. Essa afirmação não afasta a conclusão de que, ainda assim, a priorização à época da edição da Lei nº 8.987/95 era a participação da iniciativa privada nos projetos que se apresentassem totalmente autossustentáveis à base tarifária, com a consciência de que o risco de demanda e mercado são inerentes a essa forma de remuneração.¹⁹¹

E como dito, ao lado dos riscos normais de qualquer empreendimento e que devem ser suportados pelo concessionário enquanto empresário que visa ao lucro na exploração de uma atividade econômica, a legislação brasileira, a partir da noção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, tratou de estipular garantias ao concessionária contra os riscos anormais, as áleas extraordinárias.

5.4. Áleas extraordinárias e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro

Essas garantias adjacentes à noção de equilíbrio econômico-financeiro devem ser as lentes pelas quais se lê a expressão “conta e risco”. Em verdade, a assunção pelo concessionário de todos os riscos advindos da exploração empresarial do serviço concedido foi consideravelmente atenuada. Por meios diretos ou indiretos, a Administração se vincula financeiramente na operação, recompondo desequilíbrios, atribuindo subvenções, garantias e, em contrapartida, participando dos benefícios, em um movimento praticamente inevitável.¹⁹²

Todas essas garantias do concessionário dão força ao argumento de Perez, de que é impossível se fazer uma leitura simplória da expressão “por sua conta e risco”, vez que os concessionários estão garantidos em razão de uma série de riscos inerentes à execução do contrato, enquadrados nas áleas extraordinárias (fatores

¹⁹⁰ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 42-43.

¹⁹¹ FRANÇA, Maria Adelaide De Campos. **Parcerias público-privadas**: repartição objetiva de riscos. São Paulo, 2011. 170 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 35.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações**, p. 123.

imprevisíveis que geram oneração excessiva; modificação unilateral do contrato pela Administração, fato do príncipe e fato da administração).¹⁹³ Veja-se.

Há, como dito, riscos que são assumidos de antemão pelo concedente, segundo a teoria que preconiza a divisão de áleas aprioristicamente, a partir do binômio ordinary-exceptionality. E a álea extraordinária é aquela que o concedente assume, mas também se subdivide em categorias criadas pelo Direito.

Como regra, lembra João Ribeiro da Silva, presume-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, necessariamente, serão alocados ao Estado os riscos referentes à ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe¹⁹⁴, conforme dispõe o art. 65, II, d, da referida Lei.

Primeiramente, trata-se aqui da chamada álea extraordinária administrativa, que corresponde, grosso modo, a dois riscos: (i) risco de modificação unilateral do contrato e (ii) risco de sobreoneração do contrato, em função do exercício de potestades públicas pelo concedente ou pela entidade pública por ele representado, o que geralmente se denomina fato da Administração e fato do príncipe.¹⁹⁵

Delineando algumas linhas, tem-se que o fato do príncipe significa a atuação da Administração por intermédio de um ente alheio ao contrato. Por exemplo, o caso da revisão dos preços contratados efetuada quando tributos ou encargos legais são criados, majorados ou reduzidos, desde que reflitam nos preços em questão. Nessa situação, os encargos são impostos de forma geral e cogente, ou seja, não visam à alteração de um contrato em especial. Se tratar da autoridade contratante ou não, pertencente ou não à mesma esfera, é indiferente. A Lei nº 8.666/93 (art. 65, II, "d" e § 5º) não fez tal distinção quanto à autoridade que emanou o ato.¹⁹⁶

¹⁹³ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 112.

¹⁹⁴ SILVA, João Paulo da Silveira Ribeiro Da. A repartição de riscos em contratos regidos pela lei nº 8.666/93. In: BARATA, Beatriz Perisse; FERREIRA, Fernanda Fabregas; SILVA, João Paulo da Silveira Ribeiro da; SGANZERA, Rogério Barros. **Coleção Jovem Jurista** - Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 103.

¹⁹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 110.

¹⁹⁶ Ana Lúcia Ikenaga Warnecke lembra que a doutrina não é unânime nessa classificação. Para Lúcia Valle Figueiredo, enquanto alguns autores se referem a fato do príncipe como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que seja, com repercussões no contrato, outros entendem que o fato do príncipe diz respeito somente a atos administrativos da mesma autoridade contratante no exercício de outra competência, e não daquela diretamente referida ao contrato. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 540-541. Para Carvalho Filho, "príncipe" é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que se um ato oriundo da União atingir um particular que tenha contratado com um Estado-

O fato do príncipe, então, traduz a medida geral adotada pelo Poder Público que influencia reflexamente o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de que a Administração participa.¹⁹⁷ E este equilíbrio, como já referido em outra ocasião, é uma mão-dupla. Vale dizer, como o faz Luiz Alberto Blanchet, os efeitos do fato do príncipe repercutem na execução das obrigações contratuais, onerando-a ou barateando-a.¹⁹⁸ Isso pode implicar, portanto, na alteração da tarifa, para mais ou para menos. Isso porque o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato poderá não ser apenas em favor do concessionário, como também em favor da Administração ou dos usuários, quando observado que, por determinados fatores, a concessionária passe a obter lucros superiores aos previstos em sua proposta ou desproporcionais aos encargos assumidos, independentemente da sua atuação.

Antes de adentrar nos outros dois itens que se optou por considerar “álea extraordinária administrativa”, cite-se o posicionamento de Campos França, que adota uma divisão ternária, em que, para além do fato do príncipe, distinguem-se a alteração unilateral do contrato decorrente do poder de atuar em consonância com o interesse público que é conferido à Administração, e o fato da Administração propriamente dito, correspondente à ação ou omissão da Administração contratante que implica no atraso ou impossibilidade de execução do contrato.¹⁹⁹

O fato da Administração mostra-se diverso da alteração unilateral promovida pela Administração ao contrato. Aquele envolve omissão ou execução inadequada por parte da contratante, enquanto esta envolve o exercício de prerrogativa da Administração quando indispensável à satisfação do interesse público envolto no contrato. Constituem exemplos de fato da administração retardar ou impedir a execução do contrato por alguma razão, não liberação de áreas nos prazos contratuais, ou a omissão em realizar desapropriações. Bandeira de Mello, para além da distinção em relação às prerrogativas da Administração (no caso da modificação unilateral ou fato do príncipe), reputa o fato da Administração como o comportamento irregular do contratante que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado

membro a situação é a mesma: fato do príncipe. CARVALHO FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 187. Destaque feito em IKENAGA, Ana Lucia. Mutações do conceito de equação econômico-financeira. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 96, p. 17-22, dez. 2009.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto Grau; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116

¹⁹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150.

¹⁹⁹ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 71.

e lhe dificulta ou impede a execução do que foi avençado.²⁰⁰ Mas a essência da proteção é a mesma, e face as suas consequências, assim como nos casos anteriores, estão resguardadas os contratados.

A proteção em face do risco de alteração unilateral do contrato, por parte do concedente, está claramente estabelecida em Lei. A Administração tem o dever de recompor o equilíbrio contratual afetado pela alteração das cláusulas contratuais regulamentares, conforme art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95, o qual determina que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” O artigo 18 do mesmo diploma, ao dar as diretrizes para a elaboração do edital de licitação, fixa que “os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço”.

O privilégio de modificar unilateralmente a obrigação contratual implica, como afirma Caio Tácito, no fato de que o agravamento de uma obrigação posta no contrato, independe, *a priori*, do consentimento do concessionário, entendendo-se como cláusula implícita. Mas a mutabilidade unilateral das cláusulas regulamentares encontra limite na imutabilidade unilateral das cláusulas econômico-financeiras.²⁰¹

Ou seja, posteriormente à fixação do contrato a Administração poderá, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, alterar unilateralmente as cláusulas que tratam da forma como o serviço é prestado, e estas mudanças têm o potencial de gerar maior ônus ao concessionário, desequilibrando financeiramente a operação – concretização de um risco. Observe que as alterações futuras das cláusulas regulamentares não podem ser previstas no momento da celebração do acordo, muito menos o teor dessas alterações contratuais. Neste caso, a empresa concessionária tem o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma a viabilizar a elevação dos custos fixos e variáveis de produção dos serviços.

Por outro lado, a alteração unilateral das cláusulas regulamentares não significa para o concessionário que o reequilíbrio contratual será automaticamente aplicado. É imprescindível que haja um nexo de causalidade entre a alteração promovida e a elevação do ônus que o concessionário terá que suportar. Ou seja, o

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 661.

²⁰¹ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 619.

concessionário terá que provar que a alteração da relação encargo-remuneração ocorreu de forma concreta e que a Administração deu causa ao problema.

O que se tem que ter em mente é que as cláusulas ditas *exorbitantes* desempenham determinado papel na garantia da satisfação do interesse público constante no negócio contratualizado. Esse feixe de prerrogativas estatais em um contrato público implica em ônus a ser assumido pelas partes, essencialmente pela própria Administração. Inclusive, pode-se perceber que tais “privilégios” assegurados ao parceiro público em contrato repercutirão nas propostas apresentadas pelas licitantes em um certame, implicando em custos econômicos.²⁰²

Pode-se até falar em maior liberdade de gestão da atividade empresarial concessionária, como já dito, mas não em sua plenitude. Permanece o agente privado sujeito aos privilégios da Administração contratante, tem o privilégio de modificar a parte regulamentar do serviço, inovando o caderno de encargos. Fica, no entanto, o concessionário ao abrigo da álea administrativa, alocada ao concedente, com o direito de ser ressarcido, total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham infletir sobre a economia da concessão.²⁰³

Há ainda o fato da Administração, o qual, como dito, tem essência similar às outras modalidades, vez que trata de ato da Administração pertinente ao exercício das suas prerrogativas, mas diferencia-se daquele por relacionar-se diretamente com o contrato. É o ato ou fato do contratante que dificulta ou impede a execução do contrato. O concedente se torna inadimplente, deixa de cumprir as determinações contratuais que lhe cabem o que, conseqüentemente impacta negativamente os custos ou as receitas do concessionário. Em casos extremos, a ação ou omissão do poder concedente poderá mesmo inviabilizar a prestação do serviço.

O fato da Administração está previsto não exatamente na Lei de Concessões, mas no art. 78, incisos XIV, XV, e XVI, da Lei nº 8.666/93 e compreende hipóteses como a suspensão da execução do contrato, por ordem da Administração, o atraso no pagamento, pelo concedente, e a não liberação, pela Administração, de área, local ou objeto para execução de obra ou serviço.

²⁰² BRITO, Naiana Bezerra de. O interesse público nos contratos administrativos e suas implicações no desenvolvimento do país. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Cumprimento de contratos e razão de Estado**, p. 48.

²⁰³ TÁCITO, Caio Tácito. **Temas de direito público**, p.63.

Há, ainda, a álea econômica extraordinária. Esta abarca os eventos de ordem econômica, estranhos à vontade das partes contratantes e que repercutem diretamente sobre a equação econômico-financeira do contrato. Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão, que nada mais é que a acepção moderna da cláusula *rebus sic standibus* (em oposição ao princípio do *pacta sunt servanda*), segundo a qual os contratos que têm duração sucessiva e são dependentes de fatos futuros devem ser cumpridos se as coisas permanecerem como estavam no momento da celebração.²⁰⁴

A teoria da imprevisão para ser aplicada depende, em sua formulação mais tradicional, (a) de um fato superveniente ao contrato, ou de conhecimento superveniente, e imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, (b) que tal fato se inclua na álea extraordinária, ou seja, que as partes não tenham podido evitar, (c) e que implique na quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.²⁰⁵ E nas palavras de Caio Tácito “embora aplicável a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interesse à manutenção dinâmica do contrato”.²⁰⁶

Assim sendo, a teoria da imprevisão baseia-se na premissa de que o particular ao celebrar o contrato de concessão assume suas obrigações contratuais à luz de uma conjuntura que engloba aspectos econômicos, políticos, tecnológicos, dentre outros. Se estas condições são alteradas por fatos extraordinários e imprevisíveis, as cláusulas originais não mais poderão valer, surgindo o direito de alteração contratual para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato. Marcelo Caetano explica que o contrato se assenta nesta equação (o valor dos encargos assumidos por um dos contratantes deve equivaler às vantagens do outro, cada contrato com a sua própria equação) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato da estipulação.²⁰⁷

A previsão legal para a teoria da imprevisão está no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei Federal nº 8.666/93, que assegura ao particular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato caso “sobrevirem fatos imprevisíveis, ou

²⁰⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 104.

²⁰⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**, p. 147.

²⁰⁶ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**, p. 209.

²⁰⁷ CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 255-256.

previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”.

A realidade brasileira oferece inúmeros exemplos na qual a teoria da imprevisão poderia ser aplicada de modo a acionar a garantia de reequilíbrio contratual, como os planos macroeconômicos comuns na década de 90, ou ainda crises financeiras internacionais, variações cambiais bruscas que afetem os custos de importação de máquinas e equipamentos, ou mesmo guerras, etc. Tratam-se de eventos que, em tese, geram uma demanda para o reequilíbrio do contrato. Percebe-se que a álea econômica extraordinária é, por natureza, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Tais fenômenos de instabilidade econômica ou social, como os exemplos dados, são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências.²⁰⁸ Entretanto, é necessária a comprovação de que a superveniência do evento gerador do desequilíbrio contratual causou de fato um prejuízo relevante a uma das partes do contrato

Além da teoria da imprevisão, a álea econômica engloba as hipóteses de caso fortuito e força maior. Embora estes últimos tenham características parecidas com a teoria da imprevisão (ocorrência de evento imprevisível e alheio à vontade das partes), o caso fortuito e a força maior vão além do desequilíbrio contratual em favor de uma das partes, impossibilitando totalmente a continuidade da execução contratual. Podem ser inseridos nas hipóteses de caso fortuito e força maior os eventos naturais como terremotos, inundações, incêndios, dentre outros, e também eventos sociais e políticos como os conflitos armados. Há, neste caso, a liberação das partes de responsabilidade por inadimplemento, sendo que a ocorrência dos eventos é causa para a rescisão contratual, vide artigo 78, inciso XII, da Lei 8666/93.

O caso fortuito e a força maior são referidos no Código Civil brasileiro, no Título “Do Inadimplemento das Obrigações”, no artigo 393, como causas excludentes de responsabilidade civil pelos prejuízos deles decorrentes, salvo se o devedor expressamente não se houver por eles responsabilizado. Ainda que o tratamento às consequências seja similar, o caso fortuito, em regra, advém de fato ou ato humano, alheio à vontade das partes, tais como uma greve, um motim (ênfase no elemento imprevisibilidade), e a força maior como a álea relacionada a eventos da natureza, a

208

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p.151.

exemplo de raios, terremotos, que não envolvem ato comissivo ou omissivo por parte da Administração Pública (ênfase no elemento irresistibilidade). O tratamento jurídico, a seu turno, é idêntico, pois ambos eventos são causas excludentes de responsabilidade caracterizadas pela inevitabilidade ou impossibilidade de terem suas ocorrências impedidas.²⁰⁹

Há uma suposta variante no plano das consequências da álea econômica, enquanto causas apartadas da teoria da imprevisão: as chamadas sujeições imprevistas, tidas como dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor. Sujeições que dificultam ou oneram a realização de uma obra contratada, as quais ainda que preexistentes, eram desconhecidas ou, ao menos, se conhecidas, não foram dadas a conhecer ao contratado ou o foram erroneamente.²¹⁰ Não se confundem com o fato imprevisto, que se caracteriza pela concretização superveniente, haja vista que não se trata de um fato novo, mas de um fato pretérito desconhecido, apto a impossibilitar a execução contratual. A ocorrência das sujeições imprevistas não costuma impedir a execução do contrato e em que pese não conter previsão detalhada na Lei nº 8.666/93, a solução jurídica assenta-se na adequação dos preços e dos prazos à realidade concreta.²¹¹

Além destes, Renato Geraldo Mendes destaca que o caso fortuito e a força maior podem agravar, onerar ou impedir a execução do contrato, destacando que referido impedimento pode ser absoluto ou relativo. O absoluto enseja a rescisão contratual, enquanto o relativo, não necessariamente. Alerta que somente se falará em revisão quando o evento tenha violado o equilíbrio contratual, o que, eventualmente, pode não ocorrer.²¹² De todo modo, também estão mencionados na dicção do art. 65, II, d da Lei 8.666/93, já referido, que trata da alteração dos contratos públicos para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a sua justa remuneração, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

²⁰⁹ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 80-81.

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p.556.

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 752.

²¹² MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 121.

Por todo o exposto, se fosse uma opção aqui aprofundar as diferenciações conceituais das causas que provocam a quebra da equação econômico-financeira do contrato e dão ensejo ao respectivo reequilíbrio, não se pode deixar de destacar que a diferenciação apriorística entre tais eventos não se mostra tão importante para a legislação aplicável. Ao contrário da França, em que, por exemplo, o fato do príncipe implica em indenização integral ao particular contratado, e a álea extraordinária econômica que onera em demasia os contratos implica em ônus dividido entre as partes. No Brasil, por sua vez, a ocorrência de diferentes eventos aptos a desequilibrar a equação econômico-financeira gera efeitos equivalentes, pois compreendidos na intangibilidade da equação econômico-financeira.²¹³

Melhor dizendo, a Lei nº 8.666/93, no artigo 65, II, d, uniformiza a solução jurídica para as diferentes hipóteses, determinando que caberá promover, como regra geral, a recomposição da equação econômico-financeira.²¹⁴

E como se tem sustentado, deve-se manter a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, fixada no momento da celebração do contrato. Rompido o equilíbrio econômico-financeiro, o mesmo deverá ser restabelecido, através de mecanismos como o reajuste e a revisão, dispostos na Lei nº 8.666/93, os quais, não obstante tenham o mesmo objetivo (assegurar o equilíbrio econômico-financeiro), são distintos. Em verdade, na eventualidade da materialização dos riscos do concedente e que demandam reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ele tem em princípio discricionariedade para eleger qual a forma de realizá-lo, como o aumento da tarifa, prorrogação do contrato, redução de obrigações do concessionário ou aumento do seu aporte se houver, dentre outras.²¹⁵ Trata-se aqui brevemente dos dois mecanismos previstos expressamente em lei.

O reajuste contratual visa compensar os efeitos da variação inflacionária, devendo retratar a efetiva alteração dos custos de produção por ela causados a fim de manter o equilíbrio, ou seja, as condições efetivas da proposta. O reajuste pode ser encarado como medida preventiva, porque parte da antevisão de circunstâncias que afetarão o contrato (a variações de custos de produção em razão da inflação é, em regra, previsível), para então ser fixado contratualmente. Assim, a Administração

²¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**, p. 126.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 458.

²¹⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

opta pela adoção de índices específicos adequados à natureza do objeto contratual, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento de custos decorrentes de desvalorização monetária.

Encara-se o reajuste, portanto, como dever jurídico, e não liberalidade concessiva do Poder Concedente. Trata-se de imposição que, em tese, elide a possibilidade de disponibilidade (inciso XI do art. 40). É um mitigador de risco relativo, sobretudo, à inflação, de modo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja mantido a partir de reajuste que retrate a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir até a data do adimplemento de cada parcela. Moreira e Guimarães assim explicam a razão a fundamentar tal imposição:

como instrumento de recomposição ordinária da inflação (e de atualização dos preços setorizados), o reajuste garante ao contratado a atualidade dos preços praticados, evitando-se defasagens que possam comprometer a equação econômico-financeira do contrato. Vale sempre lembrar que a ruína financeira do contratado põe em risco a respectiva execução, com prejuízos que alcançam a própria Administração (e o interesse coletivo). Assim, o dever de providência quanto à estipulação de cláusula de reajustamento funda-se no dever de garantir a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo – o que assegura, em última análise, a preservação da viabilidade financeira da execução do ajuste.²¹⁶

Já a revisão contratual tem por fim restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto contratado (serviço, obra, fornecimento de um bem), também no intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro, quando sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis na execução contratual, assim como em caso de força maior, fato do príncipe, fato da administração.

A revisão está prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, §5º e §6º) da Lei nº 8.666/93, e objetiva a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, configurando álea econômica extraordinária extracontratual.

²¹⁶ MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**, p. 168-169.

Em síntese, por mais que o foco aqui não seja procedimental, insta ressaltar a utilização dos dois mecanismos como mantenedores da equação econômico-financeira do contrato e, por outro vértice, mitigadores de riscos contratuais. Se a recomposição é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a economia do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o seu equilíbrio, o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio”.²¹⁷

Há ainda três breves argumentos que podem se somar à garantia do equilíbrio econômico-financeiro como mitigador da assunção irrestrita de riscos pelo concessionário. Um deles é a compreensão do contrato de concessão como um ajuste dotado de comutatividade. Apesar das distinções entre o regime jurídico de Direito público e de Direito privado, lembra Luciano Elias Reis, o contrato administrativo no ordenamento jurídico brasileiro tem em comum com os contratos em geral outras características, dentre as quais a consensualidade entre as partes (resulta de um acordo de vontades, e não de uma imposição unilateral), o formalismo (as obrigações devem estar formalizadas, com requisitos legais em torno dessa forma), e a sinalagmaticidade e comutatividade: a justa equivalência das prestações entre as partes, estabelecendo compensações recíprocas e equivalentes para as partes.²¹⁸ Ora, a equivalência entre encargos contratuais e a formalização destes encargos viabilizando o prévio conhecimento das partes é diametralmente oposta à ideia de transferência de todos os riscos da contratação a uma parte.²¹⁹

Em segundo lugar, frise-se que as concessões viabilizam a delegação de serviços, os quais deverão ser prestados de maneira adequada pelo concessionário, mas por essa adequação, em última instância, responderá o concedente. E serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (transcrição do art. 6^a, § 1^o, da Lei Federal nº 8.987/95).

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 389.

²¹⁸ REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, jul./set. 2006, p. 109-110.

²¹⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 104.

E não é difícil perceber que a assunção irrestrita de riscos pelo concessionário, mesmo com a etiqueta de “ordinários”, além de não ser atrativa novos investidores, impacta na formulação de propostas e certamente será integrado à tarifa, se existente. Atribuir ao concessionário o dever de suportar todos os eventuais insucessos da avença pode implicar na frustração do interesse público. Em suma: a ineficiência do empreendimento não deve ser repassada à tarifa do usuário, pois o sistema de tarifação deve ser apto a promover a eficiência.²²⁰

Por evidente, afetar todos os riscos ditos normais da concessão a apenas uma das partes implicará ou no aumento da tarifa (e não da sua modicidade), ou na qualidade do serviço, com perdas significativas de eficiência, atualidade, etc. Isso porque – e retomando a compreensão monetária do risco – maiores riscos significam maiores custos, os quais, direta ou indiretamente, recaem sobre usuários. Reformulando: a assunção de mais de riscos (quantitativa e qualitativamente) se traduz, em regra, na elevação de tarifas e/ou contraprestação. O risco é precificado pelo concessionário, vez que a parte que assume um determinado risco passa a assumir um custo (futuro, incerto e imponderável), ao passo que a parte que se eximiu da assunção desse risco retribui ao arcador, com uma “recompensa”.²²¹

As empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr: via de regra, entretanto, em razão desse entendimento difundido, presumem que terão de suportar todos os riscos não claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas. A precariedade da alocação de riscos tem, portanto, um custo, pago pelo usuário (tarifa) ou por todos, quando a Administração aumenta a arrecadação.

Ainda que soe repetitivo, a lógica de assunção irrestrita de riscos pelo concessionário implica que esse risco seja precificado, não apenas na aceção de comportar uma avaliação financeira mas também no sentido de integrar-se no valor da tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em ‘custos de transação’, diz Marçal

²²⁰ BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos**, p. 68-161.

²²¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 478.

Justen Filho, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entranham sua atividade.²²²

Em terceiro lugar, há uma correlação direta entre risco e planejamento. Na contratação pública é até desnecessário falar mais da importância do planejamento, e da dificuldade em fazê-lo devidamente, dificuldade essa que reside na necessidade de realizar quatro providências imprescindíveis: “a identificação da necessidade, a definição integral do encargo, a redução dos riscos e a fixação adequada das regras de disputa (o edital).” E quanto maior a complexidade do objeto concedido, maiores as dificuldades de planejamento.²²³

E as dificuldades de planejamento apenas são passíveis de enfrentamento quando realmente se tem em mente a concepção "associativa" da concessão. Por mais que haja interesses distintos, ao menos em relação à adequação do serviço ao que fora previamente projetado, Estado e particular têm interesses comuns. Ambos desejam que suas projeções se realizem. E na impossibilidade de antecipação prévia e completa de todos os riscos e encargos, de nuances na forma de execução, esses pontos deverão ser objeto de ajuste entre as partes no curso da própria concessão. Nesse ponto, cada vez mais o “gigantismo” de algumas das obras infraestruturais tem dificultado um planejamento prévio devidamente detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando concedente e concessionário a recorrerem a um diálogo, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações.²²⁴

Por mandamento constitucional (art. 175), a concessão é uma forma de delegação de serviços à iniciativa privada de atividades titularizadas pelo Estado, e então sua prestação é assegurada ou assumida pelo Estado.²²⁵ Portanto, por mais que haja o espaço acima delineado de “correção” do planejamento ao longo da execução do contrato de concessão, ao tomar decisão por conceder uma determinada prestação, assume também o Estado o dever de planejamento técnico e econômico-financeiro da contratação, tanto para legitimar a opção, como também por ser garantidor último do seu resultado.

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações**, p. 107-109.

²²³ MENDES, Renato Geral. **O processo de contratação**, p. 38.

²²⁴ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **Direito de parceria e a nova Lei de Concessões**: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, p. 425.

Perez lembra que a legislação aplicável (referindo-se especificamente à Lei de Concessões, sobremaneira os arts. 5º, 16, 18, e 21, mas também para a Lei de Parcerias Público-Privadas isso é válido) impõe a realização de estudos prévios à licitação, e a prática de atos que justifiquem e detalhem a decisão pela concessão. Com isso, assegura o autor, a própria Lei está estabelecendo uma relação de comprometimento do concedente com o resultado da concessão. Mais que isso ainda, o insucesso do empreendimento pode significar imenso prejuízo à sociedade, que poderá ser tolhida de determinados bens e serviços. Destarte, enquanto responsável sobre o objeto, assegurando-o ou assumindo-o, o concedente está partilhando do risco da concessão.²²⁶ Ao realizar estudos de viabilidade técnica e financeira, estabelecer metas de universalização, etc., o concedente está se vinculando ao (in)sucesso da concessão, o que certamente é mais um fator a deslegitimar a concepção de que o concessionário está por seu risco exclusivo.

Como muito bem pontua Floriano de Azevedo Marques Neto, a noção de que a concessão de serviços públicos implica a prestação dos serviços *por conta e risco* do concessionário não é verdadeira. Apenas parcela dos riscos é transferida ao concessionário, conforme expressamente elencados e arrolados no instrumento de delegação.²²⁷ Em síntese são estes os pontos de fragilidade desse repetido mantra jurídico, que trazem consigo outro necessário ponto: a disciplina contratual do risco, que adiante merecerá tópico próprio.

6. Disciplina do risco nas parceiras público-privadas

6.1. Contexto geral da Lei Federal nº 11.079/04

A grande inovação no âmbito da disciplina da alocação dos riscos nos contratos públicos surge, de fato, com a edição da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Conforme explicitado, passada a década de 90, e o início dos anos 2000, buscava o Brasil uma saída que propiciasse a realização de investimentos necessários em infraestrutura e reduzisse o endividamento do Tesouro Nacional, que

²²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 106-107.

²²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 345.

caminhava a passos largos para o insustentável. E a delegação de serviços à iniciativa privada permanecia como uma alternativa viável.

Com a edição da Lei nº 11.079/2004, tentou-se sanar críticas que eram feitas ao regime anterior (das ditas concessões comuns), a partir da criação de regras que tornassem os contratos de concessão mais estáveis, visando inserir os grandes investimentos (dentre eles os fundos de pensão internacionais, e o crédito internacional) na órbita dos serviços públicos, em especial nos setores de infraestrutura. A ideia era transferir à iniciativa privada a execução de grandes obras, exigindo-lhes técnicas e equipamentos mais modernos e eficientes, em troca da assunção de determinados riscos pelo Estado, o que, por consequência, fazia com que fossem reduzidos alguns daqueles por assumidos nas concessões comuns.²²⁸

Vale dizer que a Lei nº 11.079/2004 traz um rol de cláusulas obrigatórias e facultativas nos contratos específicos de PPP, mas se remete em diversas oportunidades à Lei nº 8.987/1995. Ambos os diplomas passaram a compor, portanto, um microsistema de concessões.

E mais do que isso, as concessões regidas pela Lei anterior passam a ser revistas por uma linha mais contemporânea a partir das alterações legislativas promovidas pela Lei n.º 11.079/04, que estabeleceu novas espécies de concessão, às quais foram atribuídos novos mecanismos contratuais, pensados em um ambiente de revisão da teoria clássica do contrato administrativo visando dar maior flexibilidade e confiança nas relações entre o Estado-particulares.²²⁹

Com isso, ocorreu uma complementação pela Lei n.º 11.079/04 à técnica jurídica concessionária brasileira, tendo como premissa tornar eficiente a contratualização de serviços públicos econômicos, serviços sociais e serviços administrativos que, pela sua estrutura, não poderiam ser remunerados apenas por tarifa. Positivou-se a tendência antes narrada de (a) de ter o particular um papel ativo na concepção e gestão dos contratos públicos; (b) de buscar estruturas contratuais com mecanismos capazes de atribuir maior segurança aos financiadores ao projeto; e (c) da importância de se manufaturar, projeto a projeto, o compartilhamento de riscos e a responsabilidade dos contratantes. Em resumo, ao passo que instituiu novas espécies de concessão, a Lei n.º 11.079/04 positivou novos mecanismos que podem

²²⁸ CHAVES, Maria Bernadete. **As parcerias público-privadas: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 19-20.

²²⁹ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 181.

ser aplicados a outras espécies de concessão, haja vista a função comum presente no gênero “concessão”. É possível, diz Vera Monteiro, que regras da referida lei sejam associadas a “quaisquer outros contratos administrativos que cumpram a mesma função (de viabilizar investimentos privados na disponibilização de bens e serviços à sociedade), seja qual for a sua específica lei de regência.”²³⁰ E de todos esses aspectos, como dito, sustenta-se aqui que se possa aplicar a lógica da matriz contratual de riscos, positivada expressamente na Lei de PPP (mas não veda na Lei de Concessões) a todas as concessões públicas.

Além disso, insta ressaltar que se criou um diploma instituidor de normas gerais para licitação e formalização de contratos de concessão especiais,²³¹ sob o regime de parceria público-privada, com o objetivo de permitir que o Estado pactue com o setor privado para a realização de empreendimentos com custo superior a vinte milhões de reais, e prazos que podem chegar a trinta e cinco anos, porém sem desembolso imediato de dinheiro público. Castelar Pinheiro e Saddi conceituam a parceria público-privada como uma forma de organizar a construção e a operação de um empreendimento com financiamento partilhado entre o setor público e a iniciativa privada, financiando-se esta pela cobrança de tarifa pelo acesso e uso de instalações do empreendimento. A PPP visa estabelecer vínculo obrigacional entre as partes para implantação ou gestão de serviços e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, em todo ou em parte, ao ente privado.”²³²

²³⁰ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 181.

²³¹ A disciplina federal das parcerias público-privadas diz respeito a normas gerais para sua licitação e contratação, mantendo-se um feixe de alternativas à legislação estadual. Em verdade, nesse tema a Lei Federal sequer foi precursora, tendo sido antecedida por legislações estaduais: Lei nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003, aprovada em Minas Gerais; Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004, aprovada em São Paulo; Lei nº 12.930 de 4 de fevereiro de 2004, aprovado em Santa Catarina; Lei nº 14.910 de 11 de agosto de 2004, aprovada em Goiás; Lei nº 3.418 de 4 de agosto de 2004, aprovada no Distrito Federal; e praticamente simultâneas à Lei Federal, a Lei nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004, aprovada na Bahia; a Lei nº 13.557, de 30 de dezembro de 2004, aprovada no Ceará; Lei nº 12.334 de 13 de janeiro de 2005, no Rio Grande do Sul; Lei nº 12.765, de 27 de janeiro de 2005, aprovada em Pernambuco. Importa dizer que serão traças aqui perspectivas em torno da Lei Federal, mas exemplos advindo de programas estaduais de parcerias público-privadas se fazem presentes em determinados tópicos como demonstração da alteração da compreensão jurídica desse instituto. Ademais, não custa dizer que se há limites jurídicos à edição de leis estaduais sobre o tema (sobretudo em matéria de repartição de competências), há que se estimular que os Estados editem leis e implementem projetos eficientes com vistas a incentivar a realização de novos investimentos nos negócios público-privados, com ganhos nos setores de infraestrutura de toda a Federação.

²³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 348.

Não obstante a falha de incluir a cobrança da tarifa no conceito, sem que ela seja elemento caracterizador da parceria público-privada, e nem da concessão enquanto gênero (como já dito e mais adiante se retoma), tal definição abarca aspectos importantes. Em primeiro lugar, tem-se que parceria público-privada como uma “forma de organizar a construção e a operação de um empreendimento”. Essa alternativa organizacional é desenvolvida justamente no cenário anteriormente descrito, em que a “forma de organizar” aplicada até então à delegação de serviços infraestruturais se mostrava, para alguns projetos específicos, insuficiente.

Como bem lembra Mario Engler Pinto Junior, o relacionamento entre público e privado foi constantemente marcado por “preconceitos ideológicos e desconfiança recíproca”, sobretudo a partir de uma má compreensão sobre a distinção entre as racionalidades que informam o agir público e o agir privado.²³³ Um exemplo disso é a construção da legislação em matéria de contratação pública da década de 1990. O modelo “tradicional” não favorecia um perfeito alinhamento entre os interesses em jogo: o lucro visado pelo agente privado e o atendimento ao interesse público visando pela Administração Pública. A incapacidade técnica ou a falta de vontade política em desenhar contratos mais eficientes e mais atrativos ao setor privada marcava a praxe da contratação. A Lei Federal nº 8.666/93, por exemplo, não deixa espaço para uma adequada diluição contratual de riscos, vinculação a desempenho, prestigiando a contratação por preços unitários fixos.²³⁴

Na alternativa representada pela PPP, a implantação da infraestrutura necessária ao serviço contratado dependerá de iniciativa de financiamento do setor privado, e a remuneração do particular poderá ser fixada com base em padrões de performance, além de devida somente quando o serviço estiver à disposição do Estado (concessão administrativa) ou dos usuários (concessão patrocinada).

Diga-se desde já que a lógica econômico-financeira das parcerias público-privadas está absolutamente imbricada à diretriz de repartição contratual de riscos. Por um vértice, prevê-se uma nova forma de engenharia financeira que permite à Administração diferir o pagamento pelo preço da infraestrutura implementada pelo

²³³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Cumprimento de contratos e razão de Estado**, p. 341.

²³⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Confiança legítima**, p. 342.

concessionário, diluindo-o em contraprestações pelo serviço subsequentemente executado, reduzindo riscos ligados ao impacto imediato no orçamento público.²³⁵

Concomitantemente, com a partilha dos riscos de exploração e manutenção do empreendimento com o parceiro privado, que a construiu, há um incentivo para a eficiência e qualidade do projeto de infraestrutura, haja vista o reflexo econômico dessa partilha: custos de manutenção/disponibilização da infraestrutura pelo concessionário. Por isso mesmo há a estipulação de um prazo mínimo de cinco anos fixado na Lei (além de um prazo máximo, de trinta e cinco), com a função de estabelecer “um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura”.²³⁶ Em duas frentes, portanto, a Lei garante a segurança do investimento, a partir do resguardo do pagador (orçamento público) e do executor (iniciativa privada).

Em suma, foi justamente a partir da Lei de Parceria Público-Privadas que o Estado lança mão de uma forma de financiar infraestruturas que não podem ser amortizadas apenas com tarifas. Ao invés de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira para obter esses recursos, contrata uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar obras e prestar os serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou até mesmo inexistentes (concessões administrativas), o Estado irá aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e geralmente apenas depois de disponibilizado o serviço – pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada.²³⁷

Ao investidor compete a força propulsora da realização, a tomada do risco e o trabalho a ser executado para transformar um determinado projeto em realidade. Do cumprimento dessa parte, aproveita ao Estado o aumento da arrecadação fiscal, a redução dos índices de desemprego e a possibilidade de investir no bem estar da população, como dito anteriormente em relação ao papel da infraestrutura. Ao Poder Público, por outro lado, compete a preservação do ambiente para que o investidor possa desenvolver suas atividades, incluindo a garantia de que seus direitos serão

²³⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195.

²³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: _____. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, p. 35.

²³⁷ CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 185.

preservados. Sejam estes os mais elementares, como segurança patrimonial, ou os mais sofisticados, como o direito a um meio concorrencial saudável, por exemplo.²³⁸

Vale dizer que alguns autores, como faz Alexandre Santos de Aragão, passaram a incluir o verbete infraestrutura no próprio conceito de parceria público-privada, determinando ainda mais seu objeto em relação a este tipo específico de investimento. Segundo sua doutrina, PPP é um contrato que viabiliza a delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, devida de acordo com a quantidade e performance das utilidades concretamente propiciadas pelo delegatário à Administração ou à população.²³⁹

A definição cumula a delegação da infraestrutura e a gestão de atividades administrativas. Nesse caso, por mais que seja interessante a referência a projetos de infraestruturas, espírito que fundamentou a edição da lei, não é exatamente correto afirmar que parceria público-privada é, necessariamente, a contratação com a iniciativa privada de construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio. Inclusive, o mesmo autor reconhece que enquanto as concessões patrocinadas restringem-se aos serviços públicos econômicos; as concessões administrativas têm por objeto um leque mais diversificado de atividades administrativas, no qual se incluem aqueles serviços públicos econômicos em que se decida não cobrar tarifa, serviços públicos sociais, tais quais educação e saúde; atividades preparatórias ao exercício do poder de polícia, como radares eletrônicos e reboque; atividades internas da Administração, em que o Estado é o único beneficiário, como rede de creches e restaurantes para servidores, etc. É o caso das chamadas concessões administrativas.²⁴⁰

²³⁸ BRANDAO, Luiz Eduardo Teixeira; SARAIVA, Eduardo Cesar Gomes. Risco privado em infraestrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 6, Nov/Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v41n6/03.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2013.

²³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 430.

²⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**, p. 429. Um outro exemplo da aplicação das concessões administrativas é sustentado por Emerson Gabardo para os serviços de logística prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Para o autor, é a concessão administrativa de serviços ao Estado que se apresenta como alternativa que tenderia a resolver a problemática enfrentada contemporaneamente pela ECT em matéria de atividade econômica em sentido estrito (notadamente porque implicaria a contrapartida privada em relação à cessão de bens

Das definições doutrinárias, sobretudo por não restringir o conceito ao aspecto que no trabalho se faz fundamental (i.e., a viabilização de infraestruturas), traz-se a de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem a PPP é um:

ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo para ela estipulado, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parceria de risco assumida por uma e outra das partes.²⁴¹

Pode parecer mesmo contraditório se adotar um conceito desvinculado da ideia de viabilização de infraestruturas, mas isso não significa deixar de lado aspecto tão crucial. Como se explica melhor adiante, a PPP pode ter inúmeras funções, correlatas direta ou indiretamente à oferta de bens e serviços infraestruturais, ou mesmo auxiliares. Porém, optar por um conceito que não aborde especificamente o objeto infraestrutura não afasta a premissa básica do trabalho, assentada desde as primeiras linhas, de que as concessões (gênero, e aqui se incluem a PPP e suas espécies) têm hoje, dentre suas funções primordiais, a viabilização de investimentos privados em atividades de interesse público, em especial em infraestrutura.

E a conceituação de Marques Neto aborda, nesse contexto, os elementos que se entende como primordiais para a compreensão do instituto: o ajuste consensual entre Poder Público e iniciativa privada, a oferta de bens/serviços direta ou indiretamente à coletividade (aqui abarcando as duas modalidades adiante explicadas), o aspecto “ambiente de negócio”, composto pelas regras que garantem segurança e estabilidade ao investimentos, e o compartilhamento de investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos, aproveitando as qualidades de ambos os setores no estabelecimento de relacionamentos complementares.

Daniel Eustáquio Pimenta e Paiva também delinea a parceria público-privada do ponto de vista da construção da infraestrutura, mas traz à baila outro aspecto

tais como equipamentos, aeronaves, pilotos e respectivas equipes, além do próprio know how tecnológico e de logística). Para a análise completa: GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GABARDO, Emerson; GONÇALVES, Guilherme de Sallles (Org.) **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-51.

²⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, p.287-288.

importante a se aliar ao acima dito. Nessa modalidade de arranjo contratual, segundo o autor, o projeto de infraestrutura é desenhado, financiado e construído pela iniciativa privada, também responsável por operar e manter a infraestrutura, providenciando o serviço concedido durante determinado período. O concedente (parceiro público) lhe remunera, através de critérios preestabelecidos, mas sobretudo pela contraprestação pecuniária. Esta só terá início quando o serviço público objeto do contrato tornar-se total ou parcialmente disponível. Esta contraprestação pode também ser variável, vinculada a metas e a padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Ao fim do período acordado dessa delegação, a propriedade legal da infraestrutura é transferida para o parceiro público. Assim, essa infraestrutura passará a ser ativo fixo do Estado após o término do contrato da parceria.²⁴²

Isto é: há um incremento da infraestrutura para provisão de serviços públicos através da utilização da PPP, sem que o Estado tenha, em tese, que desembolsar grandes recursos em um breve intervalo de tempo, vez que sua contraprestação pecuniária – se houver – será protraída do tempo, ao longo da execução do projeto, para amortizar o investimento da estrutura física e remunerar a prestação de um serviço público vinculado à exploração daquela. Isso porque a utilização da parceria público-privada pressupõe a execução de um serviço público, não sendo possível o seu uso apenas para construção de apenas uma obra pública – exclusivamente o aspecto material – conforme o art. 2º, §4º, inciso III.

Em uma PPP para a realização de obra e serviço a ser prestado pelo parceiro privado, ocorre o incentivo para que desempenhe a obra com qualidade, isto, pois, será ele quem realizará a obra e prestará o serviço, levando-o a reduzir os gastos de manutenção e operação. O particular acaba operando em interesse próprio, e conseqüentemente, atingindo o interesse da população.²⁴³

Destarte, a Lei nº 11.079/04, em matéria conceitual, define a parceria público-privada por suas espécies, como o “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada e administrativa” (art.2º). É o que se passa a analisar.

²⁴² PAIVA, Daniel Eustáquio Pimenta e. Elaboração e cumprimento dos contratos de parceria público-privada: comportamento oportunista e falhas na execução dos contratos. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Cumprimento de contratos e razão de Estado**, p. 306-307.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas.**, p. 34.

6.2. Tipologia das novas concessões: concessão patrocinada e administrativa

Há duas modalidades de concessões especiais estipuladas na Lei regente das parcerias público-privadas. De início, a Lei prevê, no art. 2º, § 1º, o conceito de concessão patrocinada, definida como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Isto é, trata-se de uma concessão comum à qual se agregou basicamente um grande distintivo: o aporte financeiro do contratante para além da tarifa. Portanto, os recursos do concessionário advêm de duas fontes, do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular.²⁴⁴

Não à toa Alexandre Santos Aragão trata como opções à nomenclatura “patrocinada” as expressões: concessões subsidiadas, subvencionadas ou, para alguns casos, concessões de receita ou lucratividade mínima assegurada. Nessa modelagem contratual a amortização dos investimentos privados no empreendimento público é feita, ao mesmo tempo, pela remuneração advinda da tarifa e por verbas do próprio Estado contratante. Delegam-se serviços públicos à iniciativa privada, que os explorará mediante pagamento de tarifa que sabidamente, e de antemão, não irão ser suficientes para financiar o projeto e garantir o retorno esperado pelo investidor.²⁴⁵

Conforme o art. 7º da Lei, a contraprestação do parceiro público só ocorrerá quando o objeto do contrato se tornar parcialmente ou totalmente disponível. Assim, nos casos em que a prestação do serviço dependa de execução de obra pública e do fornecimento e instalação de bens, o concessionário arcará com tais tarefas, uma vez que a tarifa paga pelo usuário somente é cobrada mediante a prestação do serviço. Mas frisa o § 3º do art. 10 da Lei que essa contraprestação da Administração Pública não poderá ser superior a 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado, salvo se houver autorização legislativa específica.

E ainda, como dito na introdução do tópico, aplica-se às concessões patrocinadas a Lei nº 11.079/04 e subsidiariamente a Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), e também outras leis que sejam correlatas ao referido diploma.

²⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, p. 353.

²⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**, p. 426-427.

Como se pode notar, trata-se uma variação da concessão comum de serviço público. A especialidade das regras está em organizar a assunção de compromissos financeiros de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo cumprimento ao particular, em especial em matéria de remuneração, feita, em parte, com a arrecadação tarifária e, em parte, com recursos públicos.²⁴⁶

Porém, fosse essa a única diferenciação (subsídio estatal), a concessão patrocinada se confundiria com a concessão comum quando há receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (art. 11 da Lei de Concessões). Em primeiro lugar, nas concessões comuns há a alternativa de criação de outras fontes de remuneração, mas se presume como um negócio autossustentável, baseado na remuneração tarifária. No modelo patrocinado, presume-se a inviabilidade da concessão apenas com base na tarifa, e por isso desde o início se fixa a necessária contraprestação estatal – inclusive sendo possível, para além do valor pago pelo concedente, a busca por receitas alternativas, pois a elas também se aplica o art. 11 da Lei 8.987/95. Além disso, há um plexo de possibilidades inauguradas pela Lei de PPP, que tornam a concessão patrocinada diferenciada, mas que não impedem, ao mesmo tempo, que alguns dos novos mecanismos criados sejam aplicados no âmbito de concessões comuns. Como dito, a Lei nº 11.079/04 altera a forma de ler as concessões enquanto gênero, e não só disciplina novas espécies.

Além destas, a Lei trata das concessões administrativas, regidas por contratos nos quais a cobrança de tarifas seriam inviáveis econômica ou socialmente. Esta impossibilidade de cobrança pode ser politicamente definida de forma discricionária pelo Estado, como a cobrança pela saúde ou educação públicas (arts. 196 e 206, IV, da Constituição), ou também quando o único usuário é a própria Administração. Nesta modalidade não se fala em pagamento de tarifas pelo usuário para complementar a remuneração do Estado ao parceiro privado, mas da inexistência delas. Está prevista no art. 2º, § 2º, da Lei, segundo a qual “a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

As concessões administrativas pressupõem a inviabilidade, econômica ou social, da cobrança de tarifas dos usuários pelo concessionário. Por isso a decisão

²⁴⁶ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 142-143.

por este modelo deverá ser fundamentada e, sobretudo, eficiente, já que a contraprestação pelos serviços prestados pela concessionária se fará exclusivamente com recursos públicos, seja por ordem bancária (pagamento direto), cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, e outros meios admitidos em lei, pecuniários ou não (rol previsto no art. 6º da Lei nº 11.079/04).

Alinha-se aqui à fundamentação trazida por Fernando Dias Menezes de Almeida: a concessão administrativa pode ser construída em duas roupagens distintas. Pode-se estar diante de uma concessão de serviço público, porém sem o pagamento de tarifas pelo usuário direto, e cuja remuneração se dará pela Administração, usuária indireta, através de uma contraprestação que pode se somar à exploração de fontes alternativas de receita. Pode-se também estar diante de uma concessão de serviços ao Estado, tendo por objeto o oferecimento de utilidades à própria Administração, agora sim usuária direta, que pagará por tais serviços.²⁴⁷

Nesse segundo caso, muito embora se caminhe muito próximo ao regime previsto na Lei Federal nº 8.666/93 nos casos de contrato de prestação de serviços dos quais a Administração é tomadora, trata-se também de concessão. Somam-se dois caracteres para tanto: enquanto o contrato de prestação de serviços resume-se à própria prestação do serviço (com o perdão da tautologia), a concessão administrativa pressupõe a realização de investimento da ordem dos vinte milhões de reais, no mínimo, na infraestrutura necessária aos serviços, a serem executados por pelo menos cinco anos (art. 2º, § 4º, incisos I e II da Lei de PPP).²⁴⁸ E, ainda, frise-se que se falou de infraestrutura própria do Estado (ou que ao final do contrato será revertida em seu favor), apenas temporariamente explorada pelo concessionário, em regime mesmo de concessão, em uma lógica que pode se assemelhar à concessão de obra pública, mas será a Administração a usuária.²⁴⁹

Fazendo esse cotejo entre os contratos de prestação de serviço à Administração regidos pela Lei Federal nº 8.666/93 e as concessões administrativas, Kléber Luiz Zanchim chega à conclusão de que poderiam ser estas entendidas como “contratos públicos *sui generis*”, ainda que reconheça que a diretriz de repartição contratual de riscos, o afastamento do regimento de exorbitância típico dos contratos

²⁴⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 268-269.

²⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**, p. 30.

²⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**, p. 269.

descritos na Lei de Licitações, bem como a permanência dos agentes privados ao longo de até 35 anos, torne incompatível comparar a concessão administrativa aos contratos de prestação de serviço à Administração.

Por outro lado, Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que as concessões administrativas “de concessão não tem nada”. O autor se apega à definição de concessão limitada às hipóteses em que o Poder Público é o prestador do serviço público ao usuário, ainda que indiretamente. Por isso não seria o caso da concessão administrativa, pelo simples fato de a Administração ser a usuária, e não a prestadora. Até por isso chega a dizer que se trata de prestação de serviços à Administração em uma “típica terceirização”.²⁵⁰

Luiz Alberto Blanchet enfrenta o problema pontuando justamente que a concessão administrativa não se limita à execução do objeto obra ou resultado material de serviço. Para além disso, sua vigência é amplificada porque seu objeto também o é: inclui o serviço concernente à exploração do resultado das atividades desenvolvidas na primeira fase do objeto.²⁵¹ E nem mesmo como na terceirização pode ser vista, pois a Lei nº 11.079/04 não considera PPP - e veda a utilização do seu regime par tal - o mero fornecimento de mão de obra para atuar sob a direção da Administração (art. 2º, § 4º, inciso III).

Enfim, a argumentação de Cintra do Amaral toma como pressuposto uma premissa extremamente restrita: por não “parecer” com a concessão comum de serviços públicos, logo concessão não é. Por isso, acaba por deixar de lado vários aspectos cruciais da concessão administrativa que lhe dão uma caracterização própria, lhe apartando da simples prestação de serviço e ainda mais da terceirização. Um arranjo qualificável como concessão administrativa diz respeito à exploração de uma grande gama de serviços, em um prazo de cinco a trinta e cinco, com vocação para a execução de obrigações de resultado, não sendo admissível neste modelo a existência de contratos padronizados, em que o particular figura como mero executor de tarefas prévia e inteiramente definidas pela Administração.

Na medida em que se simplesmente comparar a concessão descrita na Lei Federal nº 8.987/95 com aquelas modalidades trazidas na Lei Federal nº 11.079/04, com ênfase na sua caracterização mais superficial, certamente se cogitará uma total

²⁵⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos**, p. 40-44.

²⁵¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**: comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá. 2008, p. 23

incompatibilidade entre a concessão comum e a concessão administrativa. Como não há a obrigação de que se esteja delegando um serviço público (art. 175 da CF), não há remuneração advinda de uma tarifa cobrada do usuário, e este nem mesmo é o destinatário do serviço, pode-se pensar que a concessão administrativa é, na dicção de Bandeira de Mello, uma “falsa concessão”.²⁵²

Será falsa concessão se se apegar ao seu aspecto mais estrutural, de delegação unicamente de serviços públicos, objeto do art. 175. Será verdadeira se apreendida de forma mais ampla. É importante chamar a atenção, por exemplo, que o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei apregoa no sentido de que não constitui parceria público-privada a concessão comum, deixando claro que se reconhece a existência dos dois institutos, e a distinção entre ambos. Na concepção restrita, fixada no objeto da delegação, esse dispositivo nem sequer faria sentido.

Por isso, outro embasamento favorável à posição aqui sustentada é aquele trazido por Vera Monteiro, de deslocar o fundamento da concessão dos seus mecanismos estruturais, para os mecanismos funcionais. Ao invés de se compreender e identificar a concessão pela assimilação de sua estrutura (contrato de delegação de serviços públicos), ou do seu destinatário (cidadãos usuários), é preciso levar em consideração o nível de colaboração do privado na realização de tarefas administrativas. Quanto mais distante de uma relação contratual em que o agente privado é “mero executor”, mais próximo se estará da concessão. Por isso, a concessão administrativa seria uma espécie do gênero concessão na medida em que a legislação lhe confere características (objeto amplo, forma de remuneração particular, repartição de riscos) visando à criação não de uma relação de prestação de serviços, mas sim de um ambiente contratual para viabilizar investimentos.²⁵³

Focando-se apenas na estrutura contratual (uma delegação de serviço) e no destinatário (cidadãos usuários dos serviços), realmente faria sentido a alegação de Amaral e Bandeira de Mello. Mas enquanto ferramenta de viabilização de investimentos na consecução de atividades públicas (aspecto funcional), a concessão admite formas diversas de configuração da descrita na Lei nº 8.987/95.

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 776-777.

²⁵³ A autora faz esse comparativo a partir da obra de Pedro Gonçalves, para quem os níveis de colaboração dos privados na execução de tarefas administrativas faz com que se diferencie a concessão enquanto colaboração primária (há um interesse funcional do concessionário, e lhe é conferida a gestão do serviço), e o contrato de prestação de serviços enquanto colaboração secundária (o contratado apenas colabora na execução do objeto concedido, sem responsabilidade pela sua gestão). Cf.: MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 176-179.

Permanece-se então com a ideia de que as concessões administrativas (espécie) são concessões (gênero), de fato. Como destaca Fernando Vernalha Guimarães, a evolução hermenêutica do instituto da concessão propiciou-lhe a diversidade de configurações, notadamente quanto à remuneração, não sendo mais possível aludir a concessão como instituto que necessariamente pressupõe um tradicional sistema tarifário. De igual modo, a extensão do modelo concessório a atividades que não se reconduzam ao conceito de serviço público de prestação individual também é acolhida. Nesse sentido, para o autor está-se sim diante de uma concessão, mas uma configuração nova prescrita em lei, com características próprias. E mais, e se esta prescrição é incompatível com a descrição doutrinária formulada acerca do instituto da concessão - e por isso se tornou difícil o enquadramento da concessão administrativa nela -, isso terá de ser revisto, “sob pena de manter-se um raciocínio científico desconstruído do direito” (cultuado mais pelo apego à tradição terminológica que pela fidelidade com a norma)”. Então tratar-se-á aqui dessa forma: a concessão administrativa é concessão.²⁵⁴

Em síntese: a Lei Federal nº 11.079/04 prevê uma nova forma de contratação entre os setores público e privado, a partir de dois institutos, ambos formalizados em contratos: (i) uma concessão de serviços públicos, com características especiais, dita patrocinada em razão do aporte financeiro estatal para além da tarifa; (ii) uma “concessão administrativa”, que se afasta um pouco da noção de concessão propriamente dita, mas sim “contratos públicos sui generis”. A distinção essencial entre os modelos é justamente a forma de remuneração, aquela por tarifa acrescida de um repasse do parceiro público, e esta última remunerada apenas pelo concedente. Porém, um traço que une esses dois contratos é a matriz de distribuição dos riscos envolvidos no projeto.²⁵⁵

Parece adequado então uma abordagem que dê conta, pelo menos, dos aspectos aqui tratados. Disso pode-se dizer que as parcerias público-privadas: (i) representam uma técnica contratual de associação do capital público ao gerenciamento privado,²⁵⁶ (ii) voltadas à realização de vultosos investimentos em áreas prioritárias para o Estado, como a infraestrutura,²⁵⁷ (iii) têm por objeto a

²⁵⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**, p. 167-168.

²⁵⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 80.

²⁵⁶ SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo das parcerias**, p. 28.

²⁵⁷ GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo: tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161.

execução de serviço público, precedido ou não de obra, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação do parceiro público **ou** a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, nesse caso remunerada apenas pela contraprestação pública, e (iv) com a partilha de riscos entre os contratantes como tônica desses contratos.²⁵⁸ Parece assim restar clara a sua caracterização como concessão (item “i”), o espírito que lhe funda (item “ii”), seu objeto e forma de remuneração, que varia conforme a modalidade (item “iii”). Passa-se então a averiguar o quarto elemento acima delineado, referente à partilha de risco.

6.3. A repartição objetiva de riscos: disciplina legal versus disciplina contratual

Há na Lei nº 11.079/04, como diretriz, a repartição objetiva de riscos entre as partes (artigo 4º, inciso VI). Além disso, há a previsão de que nos contratos de parcerias público-privadas deverá constar cláusula que preveja a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (artigo 5º, inciso III).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro interpreta o artigo 5º, inciso III da Lei Federal nº 11.079/04 da seguinte maneira: caso se tenha um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, cada um dos contratantes deverá assumir parte dos prejuízos, diferentemente da regra geral dos contratos administrativos, devendo a essa alocação dos riscos estar disciplinada previamente no contrato. Porém, a autora entende tal regra só seria aplicável caso o desequilíbrio tivesse por origem um fato estranho à vontade dos parceiros, como nos casos de força maior e de álea econômica extraordinária e extracontratual.²⁵⁹

É possível observar grande diferença em relação às concessões comuns. Naquelas, como visto, o risco é, em princípio, do agente privado, não se falando em riscos compartilháveis, pelo menos no texto legal. Como contrapartida, tão-somente os eventos imprevisíveis ou de responsabilidade direta do próprio Estado são assumidos pelo Poder Concedente por força do direito do concessionário ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, conforme explicado.

²⁵⁸ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 130.

²⁵⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública**, p. 170-171.

As PPPs, por outro lado, permitem mais claramente uma divisão de riscos (em que pese, como sustentado, isso não fosse impedido antes). Essa modelagem consente com uma manutenção da equação econômico-financeira de forma diversa àquela tradicionalmente aplicável aos contratos públicos, mais estática, e afixada no momento inicial do contrato: passa-se a um modelo dinâmico de manutenção da equação econômico-financeira, que pode ser constantemente atualizada.²⁶⁰

Melhor dizendo, a ideia é superar uma equação contratual estática (que parte de uma alocação estática de riscos), baseada numa categorização prévia entre riscos ordinários e extraordinários, o que refletirá numa equação econômico-financeira dinâmica, mais aberta às características econômicas dos contratos, e não engessada às categorias já previamente estabelecidas em lei. E esse é mais um reflexo do consensualismo que vem marcando as contratações públicas modernas, como apontado. É esse consensualismo uma chave para a estabilidade das relações, e a divisão contratual dos riscos é símbolo disso.²⁶¹

Para Roberto Dromí, a equação econômico-financeira deve permitir justamente o cotejo entre a segurança jurídica originária (momento da contratação) e a realidade econômica superveniente. A equação “estática”, surgida no momento da contratação, pode dar lugar a uma equação “dinâmica”, a qual mantém o equilíbrio entre investimento e rentabilidade, a partir da sua “atualidade”, com a percepção de que o contrato se desenvolve no tempo e no espaço.²⁶² Na esteira do pensamento de Dromí, Alexandre Aragão crê que assegurar a manutenção da equação econômico-

²⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

²⁶¹ Coaduna-se, assim, com a análise proposta por Marcos Barbosa Pinto, para quem a essa solução (disciplina contratual de riscos) supera um dos dilemas clássicos da atividade legislativa: o confronto entre previsibilidade e flexibilidade. Se e um Estado de Direito, o legislador tem o dever de regular as situações fáticas em detalhe, para permitir que os cidadãos conheçam de antemão as regras pelas quais devem pautar sua conduta, por outro lado tem de reconhecer que as situações verificadas na realidade têm suas particularidades. Logo, sabem que é preciso deixar espaço para acomodações na aplicação da lei ao caso concreto o legislador brasileiro preferiu deixar a definição dos parâmetros de repartição de risco mais adequados a critério das partes - claro que é Administração a redatora do contrato, por assim dizer, mas ainda assim um contrato não se forma sem consenso: a proposta dos licitantes será tanto mais onerosa para a contratante quanto maiores forem os riscos assumidos pelo contratado. Assim, embora a repartição de riscos seja determinada antes da licitação, o contrato celebrado contém um consenso, refletido no preço cobrado pelos serviços. Ganha-se em flexibilidade (a repartição de riscos varia conforme o empreendimento), sem se perder previsibilidade, visto que o parceiro privado conhece e concorda de antemão com esses parâmetros, estabelecidos no contrato. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v.13, n.25, 2006, p. 158.

²⁶² DROMÍ, Roberto. **Las ecuaciones de los contratos públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 308.

financeira dinâmica, o que se coliga diretamente com a divisão objetiva dos riscos, permanentemente atualizada, permite a inclusão de elementos como previsão de demanda e de variação dos custos que não poderiam ser considerados fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação estática.²⁶³

Mais que isso, na dicção de Vernalha Guimarães, a partilha objetiva riscos vai além da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. É uma referência crucial na própria composição da cláusula econômico-financeira: a tutela à equação será delimitada pela partilha contratual dos riscos, ordinário e extraordinários, com aplicação apenas subsidiária das garantias legais, como a teoria da imprevisão.²⁶⁴

Nessa partilha, os riscos associados a um investimento podem, em princípio, ser repartidos livremente entre os parceiros privados e o Estado, cada qual arcando com o tipo de riscos para os qual esteja mais bem preparado. Porém, a Lei não trouxe, de forma mais precisa, qual a forma específica de alocação de riscos que caracterizaria as parcerias público-privadas. Fala-se, apenas, que o contrato deverá prever a repartição objetiva dos riscos entre as partes. Todavia, algumas observações podem levar a uma compreensão do que quis dizer o legislador.

As PPPs são, grosso modo, associações entre o poder público e a iniciativa privada para viabilizar o desenvolvimento econômico, grandes investimentos em infraestrutura, etc. E tais investimentos trazem consigo uma série de riscos, dentre os quais podem ser citados: riscos relacionados a problemas no projeto (em caso de construções), no cronograma da execução; risco de financiamento, como variações nas taxas de juros, de câmbio, e de outros fatores relevantes para a determinação dos custos financeiros; riscos de desempenho, mais diretamente coligados à continuidade e qualidade dos serviços ofertados, etc.

Assim sendo, as concessões são, na ótica de potenciais investidores, operações dotadas de muitos riscos, mas também oportunidades para alcançar retorno do capital investido em cifras superiores às praticadas em operações financeiras tradicionais, e para isso assumem riscos a fim de que posteriormente esta atividade gere remuneração ao capital investido.

Em face desse cenário, previu-se a possibilidade de realização de uma repartição objetiva de riscos, na qual os mesmos serão alocados, minuciosamente, entre o parceiro público e o privado, de maneira prévia, no próprio contrato. Como

²⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção**, p. 60.

²⁶⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**, p. 297.

concretização dessa ferramenta jurídica, fala-se na elaboração de uma *matriz de risco*, instrumento anexo ao contrato, constando os riscos a serem suportados, sua definição, alocação, impacto, probabilidade e como se dará sua mitigação no ajuste. Com a sua elaboração, poder-se-á catalogar os riscos inerentes ao contrato que se pretende firmar, tornando-se claros para os potenciais investidores.

Em relação especificamente à alocação, repise-se ser premissa central da engenharia contratual das PPPs a afirmação enfatizada por Vernalha Guimarães, para quem um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar, isto é, há que se alocar o risco, de acordo com a sua natureza, à parte capaz de reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se concretizar, às expensas menores, ou suavizar os prejuízos resultantes. Em suma, deve assumir determinado risco aquele que detenha mais adequado controle sobre sua gestão (o que inclui o controle sobre sua ocorrência) e capacidade de gerir os resultados oriundos de sua materialização.²⁶⁵

E essa concretização do princípio da eficiência está intimamente ligada à gestão de riscos nos contratos públicos e ao seu controle. A eficiência, enquanto princípio constitucional expresso, “tem a função de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso de suas prerrogativas.”²⁶⁶ Nessa esteira, as tradicionais prerrogativas que detém a Administração nos contratos em que figura como parte, portanto, devem relidas,²⁶⁷ e interpretadas a partir da nova dinâmica do dito Estado contratual, comprometida com a eficiência administrativa e com a qualidade dos serviços prestado pelo Estado.

Essa engenharia contratual inaugurada pela Lei nº 11.079/04 contribui decisivamente para a consecução dos objetivos próprios do financiamento de projetos de infraestrutura de maneira mais eficiente. De fato, sem uma alocação apropriada dos riscos associados ao empreendimento, dificilmente o potencial financiador aceitaria nele investir. Ao parceiro privado cabe também avaliar tais riscos e decidir sobre a realização do investimento ou não.

²⁶⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**, p. 297.

²⁶⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 96.

²⁶⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 11-13, abr. 2009.

E mostra-se evidente que a Lei das Parcerias Público-Privadas, ao fazer expressa menção de que a repartição de riscos poderá se dar por caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, pretendeu remediar, em favor do parceiro privado, as distorções da “teoria do risco da concessão comum” (teoria das áleas), a qual transfere ao mesmo tempo o cumprimento de grandes responsabilidades, e ainda lhe faz assumir uma infinidade de riscos.²⁶⁸

Fato é que determinados riscos são, naturalmente, suportados pelo particular que pretende a contratação, porquanto provenientes de qualquer atividade econômica. Porém, há outros riscos de demandam um agir mais criativo na elaboração do contrato, para lidar com a sua ocorrência e com suas consequências. Com base nisso, não se sustenta mais a prática da contratação pública baseada em meros modelos. Há que se realizar uma adequada identificação dos riscos do contrato a ser firmado. Isto é, compreender que cada ajuste requer uma matriz de risco específica adaptada a sua situação e ao seu contexto.

Ademais, com a edição de novos diplomas normativos tratando da prestação indireta de serviços públicos, com a complexização na prestação dos serviços públicos existentes, e sobretudo com a ampliação do rol de atividades passíveis de delegação via concessão, não há mais como se falar em um “sistema único e predefinido de alocação de riscos” nos contratos de concessão, pois as atividades concedidas são muito distintas e apresentam riscos distintos em sua exploração. A partir do caso concreto deverá se estabelecer uma alocação eficiente de riscos para a melhor execução do objeto da concessão. Vítor Rhein Schirato arremata:

a nova configuração dos serviços públicos – que será tratada com maior detença no subtópico seguinte – impede a utilização dos mesmos mecanismos de alocação de riscos, sobretudo no que concerne à concorrência entre agentes sujeitos a diferentes regimes jurídicos, sob pena de se criar mecanismos artificiais de mercado e, com isso, inviabilizar ou dificultar a concorrência. Em mercados concorrenciais, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro e a alocação de riscos devem ser cuidadosamente mensurados para adequação ao mercado em se que se insere a concessão. Sendo assim, nos dias atuais, a alocação de riscos nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser estabelecida de acordo com as características do serviço prestado, o mercado em que se insere a atividade (i.e., se é ou não um mercado liberalizado à concorrência)

²⁶⁸ POLTRONIERI, Renato. **Parceria público-privada e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 77

e, por evidente, a fórmula mais eficiente de ser atribuir cada risco à parte que mais condições tenha de absorvê-lo.²⁶⁹

Até mesmo pelas alterações constantes do mundo empresarial, e também da lógica das concessões, o risco assumido na concessão (a álea ordinária do negócio), em regime concorrencial, com a complexização dos projetos e incremento da relação entre público e privado, não pode ser encarado como o mesmo assumido pelos privados nas concessões do século XIX, de regime de monopólio estatal, e quando o instituto foi concebido realmente como transferidor de riscos a outrem.²⁷⁰

A teoria das áleas é, ainda, o grande instrumento de alocação de riscos nos contratos de concessão. A matriz legal de riscos conceituada pela doutrina, e por aqui aceita pela jurisprudência (riscos ordinários assumidos pelo concessionário, riscos extraordinários que influem na economia do contrato assumidos pelo concedente) foi devidamente explicada, e por ora é preciso avançar. Na dita matriz legal, baseada na leitura simplista da Lei de Concessões, o sistema de distribuição de riscos contratuais estava proximamente ligado à garantia de manutenção das condições da proposta inicial, e todos os eventos ocorridos deveriam se encaixar, de alguma forma, na classificação prévia das áleas. E a partir da compreensão de que a áleas precisam ser previamente identificadas e detalhadas, passou-se a sustentar que o contrato faça a sua distribuição a partir de uma lógica jurídico-econômica.²⁷¹

Para Castro Carvalho, então, a alocação dos riscos deve ser encarada como a verdadeira regra econômica da concessão. Como premissa do trabalho se disse que o serviço público, em si, não visa ao lucro; mas a atividade do particular ao investir, almeja, obviamente, à remuneração por este capital. E, neste caso, não se trata do conceito de atividade econômica insculpido no art. 173 da Constituição, mas sim de investimento na concessão (art. 175). E como toda atividade empresarial, deve, naturalmente, objetivar o lucro. E o lucro depende dos riscos assumidos.²⁷²

A teorização que se baseia na divisão entre álea ordinária e extraordinária, simplesmente, é vaga e frágil, e ignora essa relação entre o interesse lucrativo do investidor, e o interesse público resguardado pela Administração. Ao ser levada a

²⁶⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. SCHIRATO, Vitor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; _____. (Coords.). **Direito público em evolução**, p. 581.

²⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito das concessões**, p. 118.

²⁷¹ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 170.

²⁷² CARVALHO, André Castro. **Dinâmica das regras econômicas e jurídicas**, p. 4.

cabo acriticamente, assume-se que sequer precisam ser explicitados os riscos efetivos da contratação, criando mais insegurança às partes, e aos intérpretes do contrato. Isso significa dizer que se abstém da realização de uma divisão clara e inequívoca dos riscos na contratação, e assume-se um grande risco maior: de imensuráveis prejuízos advindos dessa superficialidade.

Por isso se alinhou, anteriormente, ao pensamento de Marcos Augusto Perez, no sentido de se transfere o riscos que o contrato indicar, isto é, são assumidos pelo concessionário aqueles riscos do empreendimento que o contrato lhe atribuir.²⁷³ Isso é, em essência, o que positivou a Lei de PPP, uma matriz contratual de riscos, em detrimento de uma matriz legal, e sobre a qual se retoma, como forma de comparar com a dispositivo previsto na novel legislação.

Viu-se que a apreensão tradicional do instituto da concessão comum condiz com a noção de que o risco ordinário do negócio corra por conta do concessionário e a sua remuneração advenha da exploração do empreendimento. Fatos imprevisíveis, alterações unilaterais do contrato, e demais ocorrências englobadas no conceito de risco extraordinário que impactem na economia do contrato devem ter suas consequências compensadas pelo Poder Público. Enfim, o equilíbrio contratual, e o reequilíbrio quando necessário, dependem da espécie de álea em que o evento se enquadra.²⁷⁴ E é aqui o lócus da dificuldade da aplicabilidade prática dessa lógica, que ignora o poderio do contrato como repartidor de riscos e prêmios, como faz a Lei de PPP, e deixa para o momento em que os eventos ocorrem a avaliação se o risco estava assumido pelo agente privado ou pelo Estado.

Importa dizer que todo contrato tem um sistema de distribuição de riscos e, de certa maneira, isso implica dizer que há uma matriz de risco própria de cada contrato. Um contrato de concessão comum de serviço público, regido pela Lei Federal nº 8.987/95, tem, mesmo na concepção mais tradicional da doutrina, um sistema de distribuição de risco: o risco negocial (álea ordinária) é assumido pelo concessionário, e os riscos entendidos como álea extraordinária são assumidos pelo concedente (fato do principie, fato da administração, etc.).

Significa que todo contrato veicula, explícita ou implicitamente, uma matriz de riscos própria: explicitamente, quando há cláusulas específicas de identificação, alocação e forma de mitigação de riscos; implicitamente, quando não há esse tipo de

²⁷³ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 130.

²⁷⁴ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**, p. 44.

cláusula, e a distribuição de riscos não é clara no texto do contrato, ficando a cargo de outras fontes, sobretudo da lei, a compreensão de como os riscos estão divididos²⁷⁵ – como acima dito em relação às concessões comuns.

A função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual, que permitirá a estabilização temporal do ajuste, garantia fundamental para investidores em concessões de infraestrutura. Não há, então, um confronto entre disciplina contratual dos riscos e garantia ao equilíbrio econômico-financeiro, mas sim uma complementariedade: ambas integram as cláusulas econômicas dos contratos de concessão, intangíveis.

Por outro lado, Eugênia Cristina Cleto Marolla afirma que essa divisão hipotética (matriz legal) entre riscos ordinários assumidos pelo concessionário e riscos extraordinários assumidos pelo concedente encontra respaldo em dois momentos na Lei Federal nº 8.987/95. O primeiro, quando o art. 2º define o instituto da concessão como a delegação por conta e risco do concessionário. O segundo, quando o art. 10 preceitua que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” Sem explicar exatamente como dessa expressão se extrai a matriz legal entre riscos ordinários e extraordinários, e sem deixar claro se comunga dessa interpretação dita “clássica”, conclui a autora que na concessão, a despeito de se garantir a manutenção da equação econômico-financeira, não se exime o agente privado da álea ordinária a qual estão os empresários que exploram atividade cunho econômico, como é a concessão. Assim, encargos extras oriundos da exploração ordinária da concessão são de responsabilidade do concessionário e que estaria vedado o estabelecimento de divisão adversa a essa em sede contratual.²⁷⁶

Nem no art. 2º, nem no art. 10º, e nem em qualquer outro dispositivo da Lei de Concessões se vedou a partilha contratual de riscos. O art. 2º, por sua expressão “por conta e risco” foi acima explorado, e ficou clarividente que a sua leitura conduz a uma série de reflexões e temperamentos ao entendimento tradicional. O dispositivo diz respeito mais a uma concepção sobre a posição do concessionário, que gere a atividade empresarial concessória visando ao lucro e, por isso mesmo, assume determinados riscos. A expressão não diz, então, muito mais que isso, quanto menos contém uma vedação à disposição contratual sobre riscos.

²⁷⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**, p. 79.

²⁷⁶ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**, p. 70-71.

Já o art. 10 parece fundamentar exatamente o contrário à vedação da partilha contratual de riscos. Se ao serem atendidas as condições do contrato restará a mantida a equação econômico-financeira do contrato, caso haja cláusula detalhando a repartição de riscos entre os contratantes, esta integrará as chamadas cláusulas econômicas da sua avença. Mantida a divisão, está a mantido o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, impedindo pleitos de reequilíbrio que a contrariem.

Melhor dizendo, equivocado seria admitir o reequilíbrio quando os riscos assumidos pelo concessionário se materializassem. Ao proceder dessa forma, estar-se-ia alterando a equação inicial do contrato em vez de preservá-la e, o que é pior, compensar-se-ia duplamente o parceiro privado por um mesmo fato - uma vez na licitação, outra no reequilíbrio.²⁷⁷ O direito subjetivo à preservação do equilíbrio econômico-financeiro permanece existindo mesmo com a imersão dos contratos de concessão à lógica da repartição eficiente de riscos. Entretanto, ele só será aplicável em relação à ocorrência e riscos expressamente não alocados ao concessionário no contrato, ou mesmo no edital da licitação. A proposta formulada pelo pretense concessionário partirá do pressuposto de uma certa alocação de riscos previamente determinada e possibilitará a aplicação da garantia constitucional (“mantidas as condições efetivas da proposta” - inciso XXI do artigo 37 da Constituição) quando ocorrerem riscos não assumidos pelo concessionário.²⁷⁸

Conseqüentemente, afirmar-se que o agente explora o empreendimento por sua conta e risco não importa em transferência de todos os riscos a si: são riscos do concessionário aqueles riscos que o contrato lhe imputar.²⁷⁹ A mesma autora acima citada, Marolla, em determinado momento chega a reconhecer que não há um critério objetivo para diferenciar as áleas ordinárias das extraordinárias, e que sua interpretação não se poderá de forma abstrata.²⁸⁰

Dessa maneira, sequer faz sentido se vedar a composição contratual dos riscos envolvidos na concessão, deixando a cargo apenas da interpretação posterior, quando já ocorridos os eventos danosos. Como se existisse uma regra prévia válida (álea ordinária ao concessionário, álea extraordinária ao concedente), mas que dependerá da concretização da álea para ser interpretada (uma divisão nada objetiva).

²⁷⁷ PINTO, Marcos Barbosa. **Repartição de riscos**, p. 165.

²⁷⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As concessões de serviços públicos em evolução**, p. 582.

²⁷⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 130.

²⁸⁰ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**, p. 94.

Não se teria uma compreensão da divisão de riscos ao longo da execução do contrato, mas apenas quando ocorresse algum fato nele não previsto.

Egon Bockmann Moreira, que também milita em favor da releitura da expressão “por sua conta e risco”, defende que seja feita uma “reconstrução” de seu significado a partir do reconhecimento da dificuldade na própria definição dos riscos envolvidos na concessão, e da necessidade de se distribuir a titularidade desses riscos entre os contratantes de forma prévia, nítida e eficiente.²⁸¹ Ou seja, deve-se rever a interpretação acrítica da Lei de Concessões, moderando-se seu teor quanto à submissão total do concessionário aos riscos envoltos no contrato de concessão. Logo, deve-se entender que não se transfere, de forma irretocável, todos os riscos para o concessionário, mas apenas aqueles, diante das especificidades do contrato, do contexto econômico, e com olhos ao ditame constitucional da eficiência, que forem mais bem suportados por ele. Tudo isso, claro, no contrato.

Assim, com a disciplina contratual, atende-se aos dois dispositivos da Lei nº 8.987/95: o concessionário explora o empreendimento assumindo os riscos que o contrato lhe imputar. E a mesma Lei lhe garante o equilíbrio econômico-financeiro, que se mantém desde que aquela repartição de riscos se mantenha. Quanto mais precisos e detalhados forem os estudos prévios realizados pelo poder público, maior será o interesse dos agentes privados, menores serão os riscos do empreendimento e, portanto, igualmente menores serão os encargos a serem transferidos pelo parceiro privado aos usuários e ao próprio poder público.

Portanto, se por um lado haverá incidência do art. 65 apenas em relação aos eventos extracontratuais, por outro lado prevalecerão as condições efetivas da proposta em relação aos riscos previstos no contrato, de forma a preservar as condições efetivas da proposta consagradas pela Constituição de 1988.

De todo modo, sustentou-se anteriormente a existência de um microsistema de concessões, composto, basicamente, pela Lei de Concessões e Lei de PPP. Por isso, fundamentou-se que as leis que tratam dos tipos concessórios têm caráter meramente autorizativo, cabendo ao contrato fazer a melhor composição de mecanismos, com a adoção de cláusulas que melhor componham o interesse das partes contratantes.²⁸² Justamente por isso se sustenta, como o faz Vernalha

²⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/95 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 118.

²⁸² MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 186-187.

Guimarães, que de uma interpretação sistemática da legislação, pode-se aplicar, no que for cabível, o regramento da Lei nº 11.079/04, que autoriza a partilha contratual dos riscos, a todas as modalidades concessórias.²⁸³ A interpretação parece correta.

E por todo o exposto, como sublinha Marcos Augusto Perez, percebe-se ser inconciliável a concepção de que há um trepasse total dos riscos ao concessionário, e ao mesmo tantas moderações a partir de nuances típicas da teoria das áleas. Disso conclui-se que a Lei de Concessões, menos que contraditória, apenas não deu a atenção devida ao tema, diferentemente da Lei disciplinadora das parcerias público-privadas, que explicitou o que estava implícito na Lei das concessões: nos contratos administrativos é essencial que se preveja de forma clara e objetiva a alocação dos riscos a cada contratante.²⁸⁴

6.4. Repartição de riscos: alocação eficiente *versus* compartilhamento

Por mais que se trata de experiência oriunda de outro país, cabe aqui breve menção a que fora fixado pela Seção de Direito dos Contratos Públicos da American Bar Association, órgão de representação dos advogados nos Estados Unidos. Tal instituição aprovou uma espécie de enunciado, sob o título de recomendação, que expõe da repartição de riscos como legítimo princípio, o “princípio de atribuição de risco na formação de contratos públicos”. Segundo o enunciando,

Na elaboração de contratos públicos as partes devem, na medida do possível, (i) identificar claramente os riscos de performance/desempenho para ambas as partes, e (ii) alocar os riscos e os valores trocados em uma forma comercialmente razoável, consistente com as obrigações mais amplas das partes nos contratos públicos.²⁸⁵

Como dito, em que pese a lógica de contratação pública se diferencie profundamente entre o direito brasileiro e o direito norte-americano, as duas ideias

²⁸³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**, p. 309.

²⁸⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 477-478.

²⁸⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION - SECTION OF PUBLIC CONTRACT LAW - REPORT TO HOUSE OF DELEGATES – RECOMMENDATION. “RESOLVED, that the American Bar Association urges all parties to any public acquisition at the federal, state, local, and territorial level to adhere to the following principle regarding risk allocation in formation of public procurements: In drafting public procurement contracts the parties should, to the maximum extent practicable, (i) clearly identify the risks of performance for both parties, and (ii) allocate those risks and the values exchanged in a commercially reasonable manner, consistent with the broader obligations of parties to public contracts. FURTHER RESOLVED, that the American Bar Association supports federal, state, local and territorial legislation and regulations to implement this principle.” Adopted by the American Bar Association House of Delegates in August 1999. (Tradução livre).

trazidas pelo enunciado são, ideologicamente, compatíveis com o espírito da repartição objetiva de riscos disciplinada na Lei Federal nº 11.079/04.

Em primeiro lugar, deve-se identificar claramente os riscos de para ambas as partes. Este é o cerne do dispositivo legal da Lei de PPP, a dita repartição objetiva de riscos: deve ser claro nos contratos o plexo de responsabilidades das partes, dentre elas o detalhamento dos riscos assumidos pelos contratantes. A adjetivação da repartição como objetiva visa evitar que o contrato deixe margens excessivas à interpretação, opondo-se, então, à repartição incerta, ambígua.

Em segundo lugar, o contrato deverá alocar os riscos e os valores negociados em uma forma comercialmente razoável, consistente com as obrigações mais amplas das partes nos contratos públicos. Isto é, de um lado os riscos devem ser proporcionais às obrigações contidas nos contratos a cada uma das partes. Não se pode alocar parte significativa do risco àquele cujas obrigações contratuais são mais amplas, assim uma única parte poderia estar sujeita a muito mais riscos e muito mais responsabilidades, rompendo com a comutatividade e sinalagmaticidade do ajuste. O contrato deve, afinal, mesmo reconhecendo os interesses distintos dos contratantes, manter a equidade entre riscos e benefícios das partes.

Por outro lado, a alocação deve ser a regra econômica da concessão, e assim deve ser pensada a partir do objetivo do contrato. Uma distribuição “comercialmente razoável” de riscos implica no reconhecimento do empreendimento como uma atividade empresarial concessionária. Ou seja, a distribuição dos riscos do empreendimento deve ser tal qual que seja atraente ao mercado, e que garanta uma rentabilidade segura, tornando viável o investimento. Doutro lado, para a própria Administração o ato de celebração de uma concessão pode representar uma real oportunidade de obtenção de ganhos econômicos – a partir da transferência de riscos ao concessionário.²⁸⁶ É, em essência, um *negócio* para ambos.

A consequência natural da avaliação e alocação prévia e precisa dos riscos é que no momento da contratação haja a devida delimitação das responsabilidades, e as partes assumirão os riscos que estão mais capacitadas para controlar, de modo a atingir um maior aproveitamento do negócio. Por isso mesmo, tem-se por reforçada a

²⁸⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 478.

importância do adequado mapeamento dos riscos, exercício que permitirá, em ocorrendo o evento identificado como risco, reconhecê-lo como tal.²⁸⁷

Nesse ângulo, a repartição de riscos é chamariz da iniciativa privada para que se interesse por projetos mais seguros de investimento em infraestrutura. Com contratos mais estáveis, mais claros, e com a atribuição eficiente dos riscos – cujos critérios se analisará – poderá fazer projeções mais precisas do ponto de vista do retorno de seu capital. Para o parceiro público, espera-se que a clareza e objetividade da distribuição contratual de áleas traga consigo propostas mais realistas, mais interessadas, mais concorrência, e, reflexamente, serviços melhores prestados, a tarifas mais módicas, vez que assegurada a segurança do investimento privado, evitando-se a precificação desmedida de riscos.

Mas estabilidade não significa inexistência de riscos. Há quem sustente, como faz Marcos Pestana, que a repartição objetiva de riscos entre as partes traz a “agradável sensação de que todos deverão compartilhar os riscos do empreendimento”, e, ao mesmo tempo, “resguarda que tais riscos sejam de maneira clara e cristalina divisados, desde o início da parceria”, de modo que “o Estado brasileiro suporte todos os ônus da parceria frustrada.”²⁸⁸ Isso não é verdade, em um nítido equívoco semântico, e em um ofuscamento do espírito da Lei.

Esse tipo de afirmação representa uma simplificação da previsão legislativa, que já ao eleger a repartição objetiva de riscos como diretriz à contratação, aponta sua dúplici destinação, a saber, cuida-se de uma providência que é de ser implementada tendo em conta tanto o interesse do parceiro público quanto o do parceiro privado. A interpretação das normas que definem os riscos do concessionário e concedente, seja qual for a Lei, não pode prescindir de que se trata de um empresário privado, mas prestador de serviços por cuja eficiência responde, em última instância, o próprio Poder Público.²⁸⁹ Nenhuma das partes responderá sozinha pelo (in)sucesso do empreendimento, e se a Lei efetivamente assim dissesse (mas não o faz), estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade.

²⁸⁷ VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, out./dez. 2005, p. 16.

²⁸⁸ PESTANA, Márcio. **A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 13.

²⁸⁹ AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 41.

Veja-se que, de um lado, tem-se a partilha de riscos entre os parceiros como cláusula obrigatória do contrato de parceria público-privada (art. 5º, II), e como diretriz das parcerias (art. 4º, VI). Basta a leitura dos dispositivos para perceber que a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição equânime de riscos, nem dos ganhos, aos parceiros público e privado. O escopo da norma é a alocação parcial ou total dos riscos catalogáveis sob a responsabilidade de cada uma das partes, segundo a lógica econômica e própria do objeto contratado. Com a alocação eficiente dos riscos (a uma das partes ou compartilhados por todas), gera-se um incentivo econômico para a parte vocacionada à sua melhor gestão, para evitar a ocorrência da contingência e a minimizar os danos que dela decorrem. Coíbem-se, por outro lado, condutas oportunistas oriundas do desalinhamento de interesses.²⁹⁰

Por isso Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado afirmam que a expressão “repartição de riscos” não implica compartilhamento de riscos, no sentido de que um mesmo risco (e todos eles) tenha que ser dividido entre as partes. Ou seja, é perfeitamente possível que um determinado risco seja alocado inteiramente a uma das partes. Também é possível o seu compartilhamento. A Lei de PPP não faz qualquer opção específica pelo compartilhamento de riscos.²⁹¹

Lembre-se que, além da repartição objetiva dos risco (art. 4º, inciso IV), são diretrizes das parcerias público-privadas a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (inciso I), o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução (inciso II), a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (inciso III), a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias (inciso IV), a transparência dos procedimentos e das decisões (inciso V), e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos (inciso VII). É conjuntamente a estes mandamentos que a repartição tem de ser lida, com vistas aos resultados eficientes e vantajosos aos contratantes, e não como uma garantia de que o Estado suporte os ônus que seriam do concessionário, ou como um regime absolutamente

²⁹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, out./dez. 2008, p. 157.

²⁹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**, p. 106.

compartilhado de benesses e prejuízos. Cada contrato demanda uma repartição própria,²⁹² mas ela deverá ser clara e visando à eficiência do ajuste.

Com base nesta premissa, deve-se concluir, portanto, que o contrato pode estabelecer riscos que serão alocados inteiramente a qualquer uma das partes contratantes e riscos que serão por elas compartilhados em qualquer proporção. Isso porque, em termos de exatidão de linguagem, Luiz Alberto Blanchet é preciso ao afirmar que “o vocábulo repartição não pode ser interpretado em sua acepção corrente de simples divisão ao meio dos efeitos decorrentes dos riscos a que está exposta a execução do objeto do contrato de parceria”.²⁹³

Em suma, a eficiência de uma PPP depende de uma adequada afetação e partilha de riscos entre os parceiros, sendo certo que qualquer falha na transferência de risco constitui uma fonte de ineficiência, sobretudo se forem atribuídos riscos a quem não está nas melhores condições de os gerir e suportar.²⁹⁴ A performance de um contrato, e por consequência a performance da execução do objeto contratado, depende fundamentalmente da forma e do conteúdo das obrigações nele estipulados, dentre elas a partilha de riscos.

O desiderato da diretriz da repartição objetiva de riscos (e da sua fixação como cláusula obrigatória dos contratos) é a “pré-fixação das regras de jogo”, que incidirão na eventualidade da concretização da contingência. Assim, ganha-se em visibilidade nos critérios norteadores da ação estatal (e também do parceiro privado), afastando-se igualmente um dos argumentos opostos à contratualização como método de execução das políticas públicas (como são os investimentos em infraestrutura), a saber, o argumento da instituição de um estado de indefinição em relação à

²⁹² Uma repartição contratual de riscos e que, portanto, deva levar em consideração as peculiaridades de cada empreendimento. Um exemplo simplificador é dado por Bruno Oliveira da Silva Ferreira: contratos que envolvem importação de bens relevantes para o empreendimento devem necessariamente indicar como se repartem os riscos decorrentes de uma majoração na alíquota do imposto de importação ou de uma variação cambial relevante ou, ainda, de uma greve da Receita Federal que atrase o desembaraço do bem. Certamente, nenhum desses riscos deveria ser disciplinado se, para execução do contrato de Parceria Público-Privada, não fosse necessária a importação de bens. FERREIRA, Bruno Oliveira da Silva. A definição de riscos nas Parcerias Público-Privadas à luz da segurança jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 17-28, out. 2012.

²⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas**, p. 32.

²⁹⁴ AZEVEDO, Maria Eduardo. **As Parcerias Público Privadas**: instrumento de uma nova governação pública. Lisboa, 2008. 661 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 435-439.

responsabilidade de cada qual dos interventores na execução daquela determinada atividade.²⁹⁵ A repartição objetiva é justamente o oposto da indefinição.

Por essas razões, repise-se por ora que a assunção de um risco pelo contratante que não seja aquele que melhor possa com ele lidar é, por simples raciocínio, causa de perda de eficiência. Se sabe-se de antemão que um contratante assumirá um ônus com o qual um outro contratante suportaria de forma menos custosa e com menos esforços, sabe-se então que este contrato não traduz a opção mais eficiente no jogo de interesses e capacidades envolvidas na contratação.

E afirmar isso implica adentrar nos critérios para a partilha contratual de riscos e a sua aplicação concreta em concessões de infraestrutura.

7. Eficiência na alocação de riscos: aspectos pragmáticos

7.1. Ainda a repartição de risco: eficiência como diretriz e critérios de alocação

O uso de expressões como partilha, compartilhamento (ou ainda repartição, divisão de riscos), como aponta Cristiana Fortini, consiste na verdadeira tônica das parcerias público-privadas, no sentido de que passa o Estado contratante a solidarizar-se com o agente privado contratante, como na ocorrência de prejuízos, e no compartilhamento de riscos. Lembra a autora que a assunção de riscos pelo Estado, diferentemente do que ocorria como regra geral nas concessões comuns, “visa atrair maior número de interessados que, não fosse esse fato, não se disporem a assumir as tarefas contratadas”.²⁹⁶ E mais precisamente a tarefa do Estado na provisão de infraestrutura, muitas vezes delegada por contrato à iniciativa privada, faz justificar a importância do tema da partilha de riscos.

O alerta antes feito, e também reforçado por Viviane Gil Franco, é que a noção de compartilhamento de risco implica que ambos os lados devem ter algo a perder se a parceria tiver um mau desempenho.²⁹⁷ Isto é, a concessão deve ser encarada como

²⁹⁵ VALLE, Vanice Lírio do. **Repartição objetiva de riscos**, p. 15-16.

²⁹⁶ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 130.

²⁹⁷ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**: em busca de eficiência por meio da alocação de riscos. São Paulo, 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado em Economia Política) -Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 42.

um negócio com certa parcela de risco assumida por todos os envolvidos, e não de uma transferência incondicional para uma das partes.

Não se trata, portanto, de transferir a integralidade de um risco a este ou aquele contratante. Ambos os parceiros tem a ganhar: o particular investe porque quer retorno financeiro. O Poder Público deseja mais e melhores infraestruturas disponíveis à sociedade, em atendimento ao interesse público primário.

E a assunção de mais de riscos (quantitativa e qualitativamente) se traduz, em regra, na elevação de tarifas e/ou da contraprestação. Isto é, o risco é precificado pelo concessionário, vez que a parte que assume um determinado risco passa a assumir um custo (futuro, incerto e imponderável), ao passo que a parte que se eximiu da assunção desse risco retribui ao arcador, com uma “recompensa”.

Por essas razões, a depender de uma equivocada repartição dos riscos (transferência excessiva a um dos parceiros, por exemplo), o contrato está fadado à má-execução ou mesmo à inexecução, à elevação desmedida da tarifa, ou ainda à frustração de um certame, pois o negócio não se mostra atrativo. Nesse sentido, vale lembrar que para a própria Administração o ato de celebração de um contrato de concessão pode representar uma real oportunidade de obtenção de ganhos econômicos – a partir do pagamento de outorga, da própria transferência de riscos ao concessionário,²⁹⁸ ou da obtenção de recursos oriundos de atividades paralelas.

Nesse contexto, os critérios de alocação de riscos têm papel fundamental, como forma de incentivar o mercado a buscar soluções criativas que importem em menores custos, em maior produtividade ou qualidade. Melhor dizendo, um bom planejamento da concessão é fundamental para o sucesso desse tipo de contrato.

Dentre os critérios possíveis de alocação de risco, tem-se na doutrina dado um protagonismo ao do custo/benefício. Avalia-se a vantagem econômica ao contrato em manter-se as consequências da superveniência de um determinado risco ao seu custeio, enquanto concedente, ou tentar precificar esse risco por ocasião da licitação, predeterminando custos e transferindo-os ao concessionário.²⁹⁹

Decorrente dessa lógica de vantagem econômica da transferência de risco (custo-benefício), também é o critério de que deve gerir o risco aquele que tem maior

²⁹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 478.

²⁹⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 478-481.

controle sobre a sua ocorrência (e de suas externalidades negativas), isto é, aquele que tem menor aversão ao risco, tendo maior capacidade para mitigá-los, e, caso venham a se materializar, para lidar com suas consequências, ao menor custo.

Ainda que risco, como fixado no início do trabalho, advenha de uma lógica de probabilidade, a Administração não deve transferir ao particular riscos relacionados a superveniências cujas consequências sejam absolutamente imponderáveis do ponto de vista econômico-financeiro. A imponderabilidade dessas consequências impede a precificação do risco e leva os atores à aversão completa do projeto, prejudicando o prazo de efetivação desses, por conta da necessidade de adiamento ou da repetição de licitações, ou a aumentar em demasia o prêmio de risco, o valor da tarifa ou da contraprestação, como forma de proteção da rentabilidade futura do negócio.³⁰⁰

Outro ponto crucial diz respeito à criação de incentivos de performance para o agente privado. A eficiência de projetos de infraestrutura – grandes investimentos e longa duração – não se coaduna com acomodação, mas com constante incremento de desempenho. Como defende Perez, a concessão mais que um acalanto, um investimento certo, deve ser um desafio ao agente privado:

A transferência ao parceiro privado de alguns riscos prendem-se justamente ao fato de este melhor manejá-los e, portanto, de poder obter uma performance melhor do que a Administração Pública obteria, caso gerisse diretamente a atividade que resolveu delegar. Desse modo, riscos relacionados, por exemplo, à variação da demanda, devem ser transferidos ao concessionário sempre que este, por seu esforço, tiver condições materiais de, ao prestar serviços com eficiência, atrair usuários para o serviço que oferecerá.³⁰¹

E nisso, a alocação de riscos no âmbito do contrato pode ser considerado um avanço, porque permite um melhor atendimento aos interesses da sociedade (destinatária da obra ou serviço), bem como permite orientar melhor a aplicação dos recursos públicos – já que a assunção de riscos implica, como dito reiteradamente, em custos ao contrato, sejam eles arcados diretamente pela Administração, pelo usuário direto do serviço, ou por toda a sociedade via tributação.

Quando os riscos são alocados de forma eficiente, a parte responsável pelo evento terá maiores condições e incentivos para evitar sua ocorrência ou, ao menos,

³⁰⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 481-482.

³⁰¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas**, p. 482.

mitigar os efeitos danosos da sua materialização. Com isso, tende a haver maior economicidade e ganho de eficiência no contrato. Por isso mesmo Ribeiro e Navarro chegam a afirmar que é a distribuição de riscos a principal função de qualquer contrato. Serve o contrato justamente para antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências e ocorrências futuras. Assim, o contrato gera incentivo para as partes adotarem providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas ou, pelo menos, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhes são benéficas – por exemplo, a melhoria da qualidade do serviço para aumento da demanda, e, portanto, aumento das receitas.³⁰²

Apenas com uma análise extensiva dos riscos vinculados a um determinado projeto é que os mesmos poderão ser corretamente segregados, ou ao menos os mais relevantes, cujos impactos podem ser significativos – no processo de identificação de riscos para posterior partilha, os esforços devem ser concentrados naqueles com maior impacto e probabilidade de ocorrência, já que transferências de riscos com baixo impacto e baixa probabilidade de ocorrência resultam em benefício que tendem a não compensar os custos envolvidos em administrá-los. Só assim será possível dar o devido tratamento a tais riscos, com a alocação entre os contraentes, e a estipulação de medidas para mitigá-los. Claro que se trata de processo consumidor de tempo e esforços, porém fundamental. Apenas com um desenho correto do contrato é que se poderá estabelecer o risco total envolvido, o retorno esperado pelo investidor e conferir maior eficiência aos gastos envolvidos.³⁰³

Ainda quando aos critérios de alocação, o economista Timothy Irwin afirma que cada risco deve ser alocado de forma conjunta ao poder de tomar decisões relacionadas, de modo a maximizar o valor total do projeto, tendo em conta, objetivamente, (i) a capacidade de cada parte de influenciar na ocorrência (ou não ocorrência) do fator de risco, (ii) a habilidade de cada contratante de influenciar a sensibilidade do valor total do projeto ao risco correspondente, antecipando ou respondendo ao fator de risco (se o risco é antecipado, o projeto é menos sensível a ele), e (iii) a capacidade de absorver o risco.³⁰⁴ Veja-se que o autor trabalha com o parâmetro central da alocação a maximização do “valor total do projeto” (“project

³⁰² RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**, p. 117.

³⁰³ SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Barueri: Manole: 2008, p. 2; 50-57.

³⁰⁴ IRWIN, Timothy C. **Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects**. Washington, D.C: The World Bank, 2007, p. 5-6.

value”), e essa deve ser a medida de eficiência da alocação de riscos, porém trabalha com um conceito mais vinculado ao retorno econômico do contrato.³⁰⁵

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, eficiência não é sinônimo de maior retorno econômico ao prestador, mas sua maior incidência é no objeto da contratação: eficiente é o serviço, o objeto contratado.

A própria ideia de concessão, enquanto opção político-interventiva do Estado no domínio econômico, é também fruto do desenvolvimento de meios de repasse de atividades estatais à iniciativa privada com vista à obtenção de resultados mais eficientes, cumulando um ideal de especialização e a ideia de que a utilização de gestão privada para tanto traria melhores resultados.³⁰⁶ E obviamente o Estado não poderia repassar tais atividades se a motivação fosse apenas garantir retorno econômico ao capital privado, já que permanece como assegurado, perante a sociedade, de que o serviço será prestado de forma eficiente.

Inclusive, a própria decisão por conceder a exploração de um bem ou serviço deve ser antecedida de um estudo de viabilidade, e que interessa ao gestor na medida em que se responderá se será mais eficiente prestar o serviço diretamente ou se, qualitativamente, restará mais eficiente repassar sua execução à iniciativa privada. Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega a conceituar a concessão incluindo o elemento eficiência: para autora, concessão é o instrumento utilizado pelo Estado como providência descentralizadora de sua atuação, mediante a transferência de algumas de suas atribuições para o setor privado com a finalidade de atingir objetivos de melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços públicos, além de redução do tamanho do aparelhamento administrativo.³⁰⁷

Porém é claro que há uma entre vinculação a eficiência e o custo-retorno econômico, mas no Direito, especialmente na Administração, a eficiência deve se atrelar aos valores sociais, de difícil representação monetária. Destacam Fortini e Miranda que a eficiência será sempre empreendida do Poder Público para a sociedade, “por meio da imposição do menor grau de sacrifício de determinado direito,

³⁰⁵ “Total project value is (...) the economic value of a project and is closely related to the project’s economic rate of return: it is positive if the project’s economic rate of return exceeds the cost of capital. Projects with positive total Project value should go ahead; projects with negative total project value should not.” IRWIN, Timothy C. **Government Guarantees**, p. 48.

³⁰⁶ GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 9, n. 37, jul./set. 2009, p. 149-151.

³⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, p. 67.

ou direitos, de uma pessoa ou coletividade, em vista do melhor resultado possível que garanta determinado interesse público de forma satisfatória.”³⁰⁸

É o projeto, e o contrato que lhe formaliza, que deve ser eficiente. E o contrato de concessão vincula um objeto: a disponibilização de bens e serviços à sociedade. Por isso, só será eficiente o contrato que tenha por resultado uma eficiente prestação dos bens e serviços que ele viabiliza. No mais, os interesses dos contratantes devem ser equalizados da maneira que potencializem essa eficiência. Isto é, não é que as cláusulas tenha de ser consideradas eficientes a partir do ponto de vista de cada contratante, mas de ambos e, sobretudo, do objeto, do contrato em si. A sociedade, em primeiro lugar, que deverá perceber a eficiência do contrato.

Para Maria Christina Carneiro, os riscos não podem ser analisados de forma dissociada da adequada prestação dos serviços, “principalmente no que diz respeito à regularidade, à continuidade e à modicidade das tarifas, alguns dos fatores que impactam os resultados dos negócios.” Isso porque, em última instância, o desenho de distribuição de risco deve ser capaz de conferir atratividade ao projeto, garantir a remuneração do capital, proporcionar segurança ao investimento e assegurar a melhoria da qualidade dos serviços ofertados, isto é, serviços eficientes.³⁰⁹

Desses aspectos, destaque-se a modicidade tarifária. Rodrigo Fernandez e André Carraro apontam como critério para a gestão de risco que o contrato colabore para um resultado no qual a sociedade receba o serviço com qualidade e, ao mesmo tempo, o valor da tarifa paga ao empresário garanta o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.³¹⁰ Isto é, um critério decisivo para a alocação de riscos é o de que deverá implementar a melhor opção possível para a sociedade, e uma das facetas disso é a redução das tarifas cobradas (quando houver a cobrança). Lembre-se que a tarifa está atrelada a questões sociais, à realização de direitos fundamentais, como acesso a transporte, que dá acesso a outros serviços, como educação e lazer. A modicidade tarifária está diretamente vinculada à realização de direitos sociais, e aos

³⁰⁸ FORTINI, Cristiana; MIRANDA, Lúlian. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, jul./dez. 2012, p. 63.

³⁰⁹ CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. Investimentos em Projetos de Infra-Estrutura: desafios permanentes. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, p. 15-34, dez 2006, p. 20.

³¹⁰ FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; CARRARO, André. A Teoria Econômica das Parcerias Público-Privadas: Uma análise microeconômica. In: **XIV Encontro de Economia da Região Sul, ANPEC - SUL**, Florianópolis, 2011. Disponível em <http://www.anpecsul2011.ufsc.br/?go=download&path=2&arquivo=4_974973041.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

problemas deles advindos. E nas palavras de Gabardo, “é uma ilusão acreditar em uma política eficiente que ignore problemas sociais”.³¹¹

Ao se alocar o risco a quem pode controlá-lo e geri-lo melhor, alcança-se a salvaguarda do equilíbrio comutativo das prestações contratuais, tornando mais eficiente o projeto concessionado e, em última instância, uma melhor prossecução do interesse público em jogo.³¹² Então o critério “eficiência” é atendido internamente ao contrato (equilíbrio comutativo das obrigações, resguardo do retorno ao investimento privado), e externamente, com a execução eficiente do ajuste.

Foi até já destacado que além da repartição objetiva de riscos, a eficiência enquanto diretriz das parcerias público-privadas figura na Lei de PPP (além, é claro, do caput do art. 37 da Constituição Federal). Decorre portanto da associação entre os incisos IV e VI do art. 4º da Lei nº 11.079/04 que a repartição de riscos se dará, sempre e necessariamente, de forma eficiente tendo em conta o objetivo pretendido — qual seja, a contratação em concreto considerada — observada ainda a necessária proporcionalidade e concordância prática, especialmente com os terrenos de expertise de cada qual dos parceiros. Vanice Lírio do Valle vai além e afirma que dessa combinação de diretrizes se extrai um “dever” da Administração de explorar, na fase de planejamento, todas as composições possíveis de repartição de risco, de modo a encontrar aquela que se revele eficiente, “porque e enquanto proporcional e praticamente compatível com o objetivo imediato da contratação.”³¹³

Então, somando-se os dois primeiros critérios (custo-benefício e eficiência no resultado), a repartição de riscos levará em consideração, concomitantemente, a minimização de custos do projeto e maximização de retorno econômico ao investidor privado na atividade econômica concessionária, e a maximização da qualidade do objeto concedido, bens e serviços infraestruturais, ao menor sacrifício possível pelo Estado, sobretudo do ponto de vista orçamentário.

Por mais que se trate aqui subjetivamente (qual parte estará mais habilitada a assumir tal risco), a análise deve ser objetiva, a partir do risco em si e da melhor forma de distribuí-los entre as partes. É uma questão de ponto de partida do vetor

³¹¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003, p. 163.

³¹² MELLO, Pedro. **A distribuição do risco**, p. 180.

³¹³ VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art. 4º da Lei n. 11.079/04. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan. / mar. 2005, p. 208.

alocação. É o risco que deverá ser analisado, e então alocado a uma determinada parte, integral ou parcialmente (em regime de compartilhamento), de acordo com suas características, mas claro, também há uma consideração a partir das características das partes. Trata-se da análise de dados objetivos (identificar e caracterizar o risco), para se chegar a uma conclusão de feição subjetiva (quem melhor irá poder geri-lo em razão desses dados).

Esse aspecto aparentemente subjetivo é, na verdade, resultado de análise objetiva. A objetividade da repartição de risco, prevista no artigo 4º, VI, da Lei nº 11.079/04, significa que os riscos devam ser repartidos de forma clara, e alocados ao parceiro que apresentar maior aptidão para lidar e maior capacidade de absorção (critérios objetivos), sem levar em conta suas condições subjetivas específicas, e sem que traga reflexos significativos às obrigações assumidas no contrato.³¹⁴

A partir disso, alguns critérios mais específicos podem ser estabelecidos. Segundo Zanchim, os principais critérios para a alocação eficiente do risco se referem à habilidade do contratante (i) de influenciar na ocorrência da álea/risco, (ii) de enfrentar tal álea quando efetivamente ocorrer, e também (iii) de absorver as consequências da mesma. Partindo disso, pode-se chegar a um grande postulado do qual os outros decorrem, segundo o qual o risco deve recair sobre quem o administra melhor, trata-se de uma associação entre poder e responsabilidade: “quem exibe maior poder em determinado aspecto do empreendimento torna-se mais responsável por eventuais ocorrências aleatórias daí decorrentes.”³¹⁵

Em primeiro lugar, diga-se que o risco deve ser alocado à parte mais apta a administrá-lo. Impondo um sistema de incentivos, esse critério deverá reduzir a probabilidade de materialização do risco.³¹⁶

Nesse critério, fica clara a correlação entre poder e responsabilidade. Um risco a ser transferido pelo Governo, por exemplo, depende de como este delega o respectivo poder de decisão. Assim, quanto maior é o poder de decisão detido pelo agente privado, mais eficazmente o risco pode ser transferido. Se o parceiro privado tem total poder de decisão quanto à estrutura de financiamento adotada na contratação, ele deve ser responsabilizado pelos riscos inerentes à sua decisão. Se o

³¹⁴ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 106.

³¹⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 145-147.

³¹⁶ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**, p 59-60.

Governo fornece garantia cambial ao concessionário, por exemplo, este não deve permitir que o investidor se endivide em moeda estrangeira livremente.³¹⁷

O risco e poder de decisão sobre tal são fundamentais, e nesse ponto também há uma distinção em relação à flexibilização contratual criada pela parceria público-privada e a já criticada concepção tradicional das concessões comuns. Nesta, o concessionário, embora assuma a obrigação contratual e se responsabilize pelos riscos inerentes à execução do mesmo, não é quem dita as regras principais do serviço concedido. A definição do projeto e das diretrizes básicas operacionais, ou seja, a gestão do empreendimento é ainda em grande medida do concedente, titular do serviço. Este assume a responsabilidade por todas as decisões relacionadas com a oferta, operação e expansão do serviço, restando ao particular, tão somente, a assunção dos riscos pela implementação das decisões do concedente.³¹⁸ Como já enfrentado não é mais assim que as concessões se conformam, com maior parcela de gestão do empreendimento do concessionário.³¹⁹

De todo modo, vale dizer que este aspecto decisório implica em maior poder de influenciar na ocorrência da álea/risco e, conseqüentemente, em evitá-lo. Trata-se de um poder-dever, que funciona como mecanismo de incentivo. Ao se alocar o risco a quem tem maior controle sobre a sua ocorrência, incentiva-se que este adote medidas para o evento não se materialize, e a concessão não seja afetada.

Em segundo lugar, o risco deve ser alocado ao parceiro com menor aversão ao risco, de modo a minimizar os custos por assumi-lo.³²⁰ Trata-se de um critério mais ligado às externalidades negativas do evento que, antes da sua ocorrência, era considerado um risco. Assim, quando materializado, o risco irá ter repercussão na economia do contrato, em medidas diversas entre as partes: poderá ser mais custoso ao parceiro público ou parceiro privado assumir suas conseqüências, ou mesmo poderá ser indiferente. O risco - ou as externalidades negativas do risco - deverá ser assumido por quem, ao menor custo, poderá administrá-lo.

³¹⁷ PAMPLONA, João Batista; FRANCO, Viviane Gil. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza: v.39, n.1, jan./mar. 2008, p. 34.

³¹⁸ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 98.

³¹⁹ A compreensão adota é aquela bem sintetizada por Bockmann Moreira, para quem existe uma "atividade empresarial de concessão", atividade econômica com um fim para o concessionário, o lucro, e um fim para o Estado, a transferência da gestão de um projeto, de modo a disponibilizar bens e serviços à coletividade. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão de serviço público**, p. 101.

³²⁰ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**, p 60.

Jean Oudot sugere, a partir da teoria agente-principal,³²¹ que o Governo investe em um número muito mais amplo de projetos e, portanto, está apto a diversificar riscos de forma mais eficiente que os investidores privados. Por isso, o risco deve ser alocado ao parceiro que pode suportá-lo ao menor custo, sendo esse parceiro, portanto, aquele que possui a maior capacidade de diversificação.³²²

Viviane Gil Franco enfrenta essa proposição lembrando que o setor privado pode diversificar riscos através do mercado financeiro, que sendo bem desenvolvido não deixaria o investidor privado em grande desvantagem em comparação com o Governo. Além disso, os gerenciadores de risco das empresas privadas podem, em tese, ser mais habilitados ou treinados que aqueles do setor público. Portanto, o segundo critério deve ser visto de forma generalizada, em que a capacidade e os custos de administração dos riscos sejam comparados entre os contratantes.³²³

Maurício Portugal Ribeiro, com conclusões bem semelhantes, prefere identificar uma divisão dos critérios a partir do seguinte raciocínio. A maximização da eficiência do contrato é obtida por meio de uma adequada alocação de riscos, a partir da lógica de que o risco deverá ser assumido pela parte que detenha melhores condições de gerenciar-lo, e ao menor custo possível: mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados ao risco. Nesse ponto os mesmos critérios acima tratados parecem estar englobados.

O custo mais baixo pela assunção do risco deve ser observado em um primeiro momento. Além disso, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável. O critério, portanto, é o da capacidade de gerenciamento das consequências danosas do risco.³²⁴ Ou ainda, como foca Campos França, a alocação deve identificar o elemento na absorção: a

³²¹ Segundo a teoria agente-principal, na qual não se aprofunda neste trabalho, a partilha ótima dos riscos será dada pelo grau de aversão ao risco dos contratantes. Caso haja aversão mútua ao risco, este será partilhado igualmente. Caso o agente (no caso das concessões, o agente privado) seja risco neutro e o principal (o Governo) risco avesso, a melhor opção seria, por exemplo, um contrato que pagasse por resultado obtido, por produtividade. Por outro lado, caso o agente seja risco avesso e o principal risco neutro, a teoria do contrato ótimo apontaria para um contrato de valor fixo, invariável com o resultado. Para maior aprofundamento: NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**, p. 99 e ss.

³²² OUDOT, Jean. M. **Risk-allocation: theoretical and empirical evidences. Application to public-private partnerships in the defence sector**. Centre ATOM, University of Paris I Panthéon, Sorbone, 2005. Disponível em: <<http://carecon.org.uk/Conferences/Conf2005/Papers/Oudot.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2013, p. 7.

³²³ FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil**, p. 60-61.

³²⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**, p. 80-81

transferência de riscos está imediatamente condicionada à aptidão e eficiência de absorção pelo parceiro das consequências danosas da materialização do risco.³²⁵

A estes critérios, se une a análise da capacidade dos contraentes de externalizar o custo de prevenir ou remediar os riscos: estes deverão ser alocados a quem tem menor possibilidade de externalizar as consequências do evento indesejável, repassando a terceiros os seus custos, ou do contrário não haveria um mínimo de incentivo ao contratante em prevenir e remediar os eventos, bastaria apenas repassar a outrem – usuários, contribuintes, etc.

Só que nesse caso, como alerta Ribeiro Portugal, existe uma tendência do Poder Público de repassar os riscos por ele assumidos aos contribuintes, direta ou indiretamente, o que levaria a crer que sempre o parceiro privado deverá assumir o risco. Porém, se alocado ao agente privado, este poderá fazer seguro e repassar o custo do prêmio para o preço cobrado da Administração (contraprestação) ou do usuário (tarifa), precificando o custo do seguro; ou embutir já na proposta o custo total de lidar com os eventos indesejáveis, ou seja, antes mesmo de acontecerem.³²⁶

Insta ressaltar que a simples presença da Administração como parte no contrato implica que, em situações excepcionais, assumam parcial ou totalmente ônus financeiros de riscos que se concretizem, sob pena de a onerosidade excessiva do contrato desequilibrar a relação, impedindo a sua execução. Porém, isso não quer dizer exatamente que a Constituição tenha vedado a composição contratual na qual o particular venha assumir riscos vinculados à ação do concedente.³²⁷

A divisão de riscos é matéria contratual, e não “natural” à concessão a depender da sua modalidade. Mais uma relação entre encargos e remuneração, a partir de determinados critérios objetivos, dirigida à viabilidade econômica de um projeto específico do que uma característica intrínseca do instituto.³²⁸

E esses dados objetivos são complexos, e dependem de uma série de fatores concorrentes – técnicos, econômicos, financeiros, políticos, etc. – que irão influir na modelagem do contrato. E partir destes inúmeros fatores e da margem de discricionariedade da Administração Pública, dever-se-á analisar caso a caso a

³²⁵ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 11.

³²⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**, p. 81-82.

³²⁷ A lógica aqui sustentada é a de compartilhamento de riscos e ganhos, em sede contratual. Tanto é que a frase dita poderia ser reescrita substituindo o ônus pelo bônus e, por consequência, a onerosidade pela lucratividade. Cf. MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 170.

³²⁸ MONTEIRO, Vera. **Concessão**, p. 170.

viabilidade, a economicidade e a conveniência em se repartir o risco: mantendo-o entre as responsabilidades de determinado parceiro, transferindo-o a outro, ou compartilhando-o entre os contraentes.³²⁹ Eis o sentido do verbo “repartir”, que não se confunde com os demais que nele estão incluídos, conforme explanado.

Destarte, reforce-se que todos estes critérios acima trazidos são decorrência da diretriz de eficiência, e só com a atenção aos mesmos se poderá chegar a uma alocação eficiente de riscos. Resume-se que cada risco deve ser alocado de forma conjunta ao seu poder de tomar decisões relacionadas, de modo a maximizar a eficiência do contrato, tendo em conta, objetivamente, a capacidade de cada parte de influenciar na ocorrência do fator de risco, a habilidade de antecipar-se ou responder ao fator de risco, e, na sua ocorrência, de suportar suas consequências.

7.2. Aplicações pragmáticas dos critérios de alocação eficiente

7.2.1. Risco de (variação de) demanda: hipóteses de partilha

Uma empresa privada deseja contratar com o Estado porque visa ao lucro que o empreendimento pode lhe trazer. Encara, como não poderia deixar de ser, como um negócio. E o nosso ordenamento reconhece à esta empresa o “direito ao proveito econômico”,³³⁰ a partir do qual, inclusive, extrai-se à garantia da manutenção da equação econômico-financeira da avença. E este lucro depende, em grande parte, da demanda (e da sua variação) pelo serviço a ser prestado.

Por isso Cristiana Fortini destaca como uma moderação à expressão “por sua conta e risco” o fato de o art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95 prever a utilização de receita alternativa como mecanismo de remuneração de serviços prestados, o que, segundo a autora, faz romper com o dogma de que a única maneira de se remunerar o agente privado seria com a tarifa cobrada³³¹ – o que implica na assunção integral do risco de demanda do serviço. Essa afirmação não afasta a conclusão de que, ainda assim, a priorização à época da edição da Lei nº 8.987/95 era a participação da iniciativa privada nos projetos que se apresentassem totalmente autossustentáveis à

³²⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Notas sobre a divisão**, p. 478.

³³⁰ Expressão utilizada, por exemplo, por Cristiana Fortini. Cf.: FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 42.

³³¹ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 42-43.

base tarifária, a partir da premissa de que o risco de demanda e mercado são inerentes a essa forma de remuneração.³³²

A Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006, do Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional, estabeleceu algumas normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada. Como se verá adiante, tal normativa traz importantes contribuições para o debate da partilha de riscos nos contratos públicos, em que pese seu foco sejam as concessões administrativas e patrocinadas, de que trata justamente a Lei 11.079/04.

Muito deste documento se baseia em estudo proveniente da Comunidade Europeia, através da EUROSTAT, agência responsável pelas estatísticas europeias, datado de fevereiro de 2004, quando se decidiu sobre o tratamento contábil dos contratos de PPP, abrangendo inclusive o impacto deste tratamento nas contas públicas, quer no conceito de fluxo (déficit), quer de estoque (dívida).³³³ Esta aprofundada Portaria define risco de demanda, em seu art. 4º, §1º, inciso I, como:

o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público.

Este risco está associado, portanto, à possibilidade de variações na receita estimada do empreendimento em função da utilização do bem objeto do contrato de parceria em intensidade maior ou menor do que a frequência estimada ou projetada na proposta e posteriormente no contrato.

Ainda segundo a Portaria nº 614/06, e com vistas à caracterização e avaliação do risco de demanda, ter-se-á em conta que: (i) este risco frequentemente decorre de variações na atividade econômica, tendências do mercado ou novas

³³² FRANÇA, Maria Adelaide De Campos. **Parcerias público-privadas**, p. 35.

³³³ Por isso destaca Fernando Vernalha Guimarães que a Secretaria do Tesouro Nacional, à semelhança da regulação da Eurostat, acolheu o critério do risco como definidor das hipóteses em que uma PPP deve impactar o endividamento, isto é: das hipóteses em que os compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público devem ser contabilizados como dívida pública. Partindo da diretriz contábil de que o critério para registro das parcerias nas demonstrações contábeis dos entes públicos deverá refletir a essência de sua relação econômica com as sociedades de propósito específico constituídas para operacionalizar a PPP, prescreveu que sempre que a assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção, os ativos contabilizados na SPE deverão constar da contabilidade do ente público. GUIMARÃES, Fernando. **Parceria público-privada**, p. 267-270.

formas de prestação de serviços semelhantes; (ii) não devem ser computados na variação da receita do parceiro privado a ser considerada para avaliação desse risco os efeitos de multas ou reduções de pagamento decorrentes da indisponibilidade do bem por sua responsabilidade; (iii) também devem ser desconsideradas variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, ou qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade; (iv) em princípio, o risco de demanda só deverá ser considerado naquilo que independe da ação do concedente; variações de demanda resultantes de ações do Poder Público que caracterizem mudança de política, ou o desenvolvimento de alternativas que concorram diretamente com o objeto do contrato, deverão receber tratamento específico na análise do respectivo risco, considerando inclusive eventuais compensações para isso já previstas.

Considera-se que o risco de demanda incida sobre o parceiro público quando este for obrigado a garantir determinado nível mínimo de receita para o parceiro, independente do volume da demanda pelo bem serviço, diminuindo de forma significativa ou tornando flutuações do volume da demanda pouco relevantes para a determinação da receita do parceiro privado (receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperada, conforme a Portaria).

Por outro lado, considera-se que este risco incida sobre o parceiro privado, se os pagamentos por parte do parceiro público variarem proporcionalmente à demanda, sendo a receita mínima garantida pelo parceiro público significativamente menor que o custo razoável de constituição do bem, ou explicitamente identificável com a remuneração apenas da disponibilidade de serviços contratados. Além disso, para os fins da Portaria nº 614, também se considera que o risco incidirá sobre o parceiro privado se o mesmo tiver a possibilidade de compensá-lo utilizando o bem para oferecer serviços a terceiros; caso o contrato vede essa possibilidade e preveja um pagamento mínimo comparável ao custo razoável de constituição do bem, o risco de demanda incidirá sobre o parceiro público.

Ora, nem sempre os fluxos de caixas do projeto são perfeitamente previsíveis, e a probabilidade de seu declínio, sua instabilidade, diz respeito ao risco de demanda, cujas externalidades podem afetar a economia do contrato. Em todo projeto infraestrutural, em maior ou menor medida, há flutuação da demanda inerente ao negócio. Neste caso, pode ser do interesse do ente público assumir parte deste risco, pois, caso contrário, o prêmio solicitado pelo privado pode inviabilizar a

concessão. A teoria das áleas, como criticada anteriormente, impede uma alocação, pois define que este é um risco tipicamente privado (álea ordinária).

Nos contratos baseados no recebimento de tarifa, os riscos de demanda e receita figuram como determinantes na elaboração da proposta e na execução do ajuste. Grande parte do risco de um projeto advém da fragilidade de projeções em relação à receita futura.³³⁴

Trata-se então do risco de que a demanda para o serviço não atinja o nível projetado. Inclui também os riscos de ocupação, ou seja, de que a infraestrutura não seja ocupada pelos usuários, e de utilização das mesmas. O governo não é imune ao risco de demanda, especialmente quando a parceria gera receita para o Governo. O setor privado tipicamente assume o risco de demanda quando os usuários pagam a tarifa, e é o exemplo tradicional da álea ordinária assumida pelo concessionário, como visto. Assim, passam a ter maiores incentivos em oferecer serviços de maior qualidade, que atraiam um número maior de usuários e, com isso, haja também incremento nas suas receitas. Para Bandeira de Mello, o insucesso na estimativa quanto ao fluxo de usuário, mesmo que com declínio superveniente, não pode ser considerado um risco a ser repartido, mas sim suportado interinamente pelo parceiro privado, pois fazem parte da álea típica do empreendimento.³³⁵

Contudo, em alguns tipos de projeto, estes riscos podem ser compartilhados, como se passa explicar. O raciocínio simples, com base nos critérios acima traçados, levaria à conclusão de que para esse risco a melhor distribuição varia de acordo com o tipo de serviço contratado. Quando a atuação de apenas uma das partes puder levar a um aumento ou diminuição da demanda pela infraestrutura, o risco dessa variação deve ser atribuído a ela; também, quando uma parte puder suportar melhor, gerir melhor, e ao menor custo, as externalidades negativas da variação de demanda, esta deveria assumir contratualmente tal risco. Porém, alguns pontos merecem atenção.

Como já apontou o IPEA, em concessões de infraestrutura de transporte, como no caso das rodovias pedagiadas, o concessionário pode ter muito pouco

³³⁴ Esta afirmação faz muito sentido, por exemplo, nas concessões rodoviárias, onde os riscos de demanda representam uma fatia significativa do prêmio de risco cobrado pelas empresas que ingressam neste ramo de atuação. Os projetos dependem do tráfego futuro da rodovia em controle da concessionária. Como é difícil estimar o volume do tráfego futuro, este normalmente é o principal risco de uma concessão rodoviária. Para um estudo aprofundado: OLIVEIRA, André Teixeira de Miranda. **Garantias governamentais em projetos de PPP: uma aplicação do modelo LPVR ao caso da BR-116/324.** Rio de Janeiro, 2008. 74 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

³³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 798.

controle sobre os riscos de demanda. Desde que um nível mínimo de qualidade da via seja provido, o volume de tráfego em rodovias costuma variar pouco com incrementos de qualidade das pistas, estando mais atrelado ao desempenho da economia ou mesmo por fatores culturais, por exemplo. Governo e sociedade têm pouco a ganhar ao alocarem inteiramente o risco de demanda ao concessionário.³³⁶

Um modelo de compartilhamento de risco que tenta equilibrar esses interesses foi visto em uma das alterações na estruturação do edital de leilão do Trem de Alta Velocidade (TAV). Ao definir o pagamento pela outorga com base na quantidade de trens e distância percorrida em cada período de apuração, associou-se, indiretamente, o valor deste pagamento à demanda real de passageiros. Esta associação será tanto mais ajustada quanto for a capacidade do concessionário na previsão da demanda e na adequação da oferta de trens. Se a procura for abaixo da prevista, o valor de outorga a ser pago será também menor, reduzindo-se o prejuízo que o concessionário incorreria. Mas se for superior à prevista, o governo receberá um valor maior de pagamento pela outorga, capturando parte dos lucros do concessionário. Com a nova engenharia contratual, se a cobrança da outorga fosse de um valor fixo anual (e não variável, como está sendo previsto), o risco de demanda ficaria todo com o concessionário.³³⁷

Um outro modelo que exemplifica a forma de compartilhamento desse risco é o do Sistema Metroviário da cidade de São Paulo, especificamente a parceria público-privada implementada para a exploração da Linha 4 do Metrô. O risco de demanda neste projeto foi pensado conjuntamente com a sua mitigação, a partir de um gradiente de compartilhamento. A divisão do risco entre os parceiros criou então “faixas de tolerância”: em casos de variação da demanda em 10%, para mais ou para menos, o risco é todo do parceiro privado; variações entre 10% e 20%, deverá ser aplicada uma fórmula de compartilhe o risco entre os parceiros público e privado; para as variações entre 20% e 40%, será aplicada outra forma de compartilhamento do risco, mais detalhada no contrato. Nos casos extremos, em que a variação for superior a 40%,

³³⁶ POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; PAULA, Jean Marlo Pepino de. Considerações sobre a alocação de riscos na concessão do trem de alta velocidade entre Rio De Janeiro, São Paulo e Campinas. In: **Texto Para Discussão 1920 - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Rio de Janeiro: IPEA, 2014, p. 15.

³³⁷ Trata-se do Edital de Concessão nº 001/2012, cujo objeto é a concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas (TAV Rio de Janeiro - Campinas). POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; PAULA, Jean Marlo Pepino de. **Considerações**, p. 23; 31.

deverá ser realizado o reequilíbrio do contrato de concessão, com a revisão dos valores pagos ao agente executor.³³⁸ Dessa maneira se objetivou criar espectros de incentivo, para que ambas as partes se comprometam a tomar providências que incrementem a demanda pelo serviço (ou não tomar as que a prejudiquem), mantendo-se uma faixa inicial de álea exclusiva ao parceiro privado.

Outro exemplo diz respeito à VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., empresa pública brasileira central no já mencionado PAC, na vertente Programa de Investimentos em Logística. Por meio dessa modelagem de concessão, o Governo Federal contratará a construção de trechos ferroviários.

Nota explicativa anterior: houve uma mudança significativa no modelo de investimento e delegação de infraestrutura no setor ferroviário, que traduziu uma separação mais clara entre as atividades de gestão da infraestrutura física (os trilhos, basicamente) e do serviço de transporte ferroviário (que engloba as locomotivas e vagões). Serão três os agentes atuantes no setor: os provedores de infraestrutura, que investem e mantêm as vias férreas; os operadores do transporte, que ganham para prestar o serviço de transporte na infraestrutura criada; e a VALEC, que paga pelo direito de usar a infraestrutura e a vende aos operadores.

A estatal compraria a capacidade integral de transporte e, em seguida, faria uma oferta pública – em leilão privilegiando a modicidade tarifária. Ou seja, a VALEC comprará do concessionário, ano a ano, a capacidade total de movimentação na ferrovia. Por um lado, o modelo elimina o risco de demanda, já que se garante a compra da capacidade integral. Por outro, cria-se outro risco.

O receio é que, no futuro, um novo Governo possa tomar medidas que modifiquem a remuneração da concessionária da ferrovia - por exemplo, interrompendo o desembolso feito pela VALEC antes que os investimentos do concessionário sejam amortizados. Armando Castelar Pinheiro, na sua leitura do modelo, afirma que o governo ao tentar assumir direta e integralmente um risco tradicionalmente bem alocado ao próprio concessionário, tenta reduzir a remuneração dos investidores (que não irão ter de precificar o risco), mas cria outro risco. O mercado criado por esse modelo induz os fornecedores a vender toda a sua

³³⁸ MOREIRA, Leandro Capergiani; BRESCIANI, Luis Paulo; VIEIRA, Sirlei Tereza Pitteri; QUEIROZ, Geison Cantarelli Muniz de. As parcerias público-privadas no estado de São Paulo: a contribuição ao processo de descentralização da Administração Pública. **Gestão & Regionalidade**, vol. 28, n. 84, set./dez.2012, p. 43.

capacidade à VALEC, e os usuários comprarão a capacidade diretamente da estatal. Com isso, os provedores tendem a não se esforçar a fornecer bons serviços, “já que não precisam se esforçar para vendê-los”³³⁹ (uma verdadeira ausência de incentivo). E para além da ausência de incentivos, criou-se o que se chegou a chamar de “risco VALEC”: o temor dos investidores privados que ao longo dos 35 anos de concessão o Governo não coloque dinheiro suficiente no orçamento para que a empresa honre tais compromissos. Trata-se, basicamente, de um risco de capacidade orçamentária.

Ainda utilizando a infraestrutura rodoviária como fio condutor, cabe rápida menção ao modelo adotado em Portugal, principalmente para superar suas deficiências na malha rodoviária, como forma de viabilizar a construção de autoestradas num espaço curto de tempo. O sistema de financiamento adotado nos projetos foi através do “pedágio sombra”, quando o Governo remunera o privado segundo uma estimativa de utilização (demanda estimada), uma projeção, eximindo-o do risco de variação da demanda concreta. Em contrapartida o privado suporta parte do risco associado à demanda, pois, nesses moldes, não institui cobrança direta ao usuário do serviço, e sua remuneração atrela-se unicamente a uma origem.

Como estudou Sandra Vigné Lo Fiego, apesar do modo de financiamento supor que o risco de demanda, em parte, seria assegurado pelo parceiro privado, havia nos contratos a possibilidade do mesmo solicitar equiparações financeiras sempre que algum evento imprevisto alterasse o custo de construção ou exploração – uma espécie de assunção de risco condicionada a não ocorrência de outros riscos. Esta combinação acabou por se transformar num instrumento de desequilíbrio fiscal, com encargos financeiros insustentáveis no longo prazo para o setor público. Essa experiência ficou caracterizada pela falta de coordenação do setor público português e a subavaliação dos custos futuros (falha nas projeções de demanda), que tiveram como consequência a revisão das condições em que os serviços deveriam ser oferecidos à população, na impossibilidade de suportar os desequilíbrios fiscais, o governo concede a cobrança de pedágio não prevista.³⁴⁰

³³⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Momento de definição da infraestrutura brasileira. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Org.). **Parceiras público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 117.

³⁴⁰ FIEGO, Sandra Vigné Lo. **Parcerias público-privadas no financiamento de transporte urbano: uma proposta para a construção de comparador público**. Rio de Janeiro, 2008. 125 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia). Programa de Pós-graduação em Engenharia de Transportes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 14.

Há que se perceber que existem duas externalidades negativas quando o parceiro público, ao invés do privado, assume o risco de demanda. De um lado, o Governo pode pagar por serviços de que não precisa, distorcendo as suas decisões. De outro, existem poucos incentivos para o operador tornar o ativo atraente para os usuários quando ele não assume nenhum risco de demanda. O parceiro público, ao menos em tese, deveria avaliar a utilidade do projeto e a sua capacidade de gerar receita antes de assumir o risco de demanda, ou parcela dela.³⁴¹

Veja-se que o compartilhamento desse risco vai de encontro à ideia concepcional da Lei nº 8.987/95, é verdade. A priorização à época da edição da Lei era a participação da iniciativa privada nos projetos que se apresentassem totalmente autossustentáveis à base tarifária, com o risco de demanda e mercado que é inerente dessa forma de remuneração.³⁴² Deve-se compreender que cada projeto tem suas nuances (que variam não só no aspecto técnico, mas no perfil dos interessados, no momento da economia, mesmo nos objetivos buscados). E assim se compreenderá que pode não ser eficiente a transferência para o privado de todo o risco de demanda, especialmente quando a existência da demanda e do seu crescimento depende de fatores que lhe são alheios.

Basicamente se disse aqui que ao agente privado se reconhece o direito a um proveito econômico, motor do seu interesse na assunção da concessão, e a respectiva garantia do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, à estabilidade da equação encargos-vantagens, fixada no ajuste. Mas o afirmar-se que compete ao agente privado suportar todos os riscos do negócio – e isso é dito sobremaneira em relação ao risco de demanda – sem que pudesse acionar o Poder Público por qualquer reequilíbrio, ignora-se “o problema da concessionária não pode ser encarado como algo não afeto à seara social ou desimportante para o poder concedente”.³⁴³ O interesse do parceiro público via de regra é, e assim deve ser, na continuação do negócio. Por outro lado, não é papel do Estado garantir um “direito à percepção dos valores que a concessionária entende merecer”.³⁴⁴ Isto é, o agente privado tem suas expectativas no momento da decisão do investimento (participar da licitação), e há

³⁴¹ GRILO, Leonardo Melhorato. **Modelo de análise da qualidade do investimento para projetos de parceria público-privada (PPP)**. São Paulo, 2008. 471 f. Tese (Doutorado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, p 118.

³⁴² FRANÇA, Maria Adelaide Campos do. **Parcerias público-privadas**, p. 35.

³⁴³ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativo**, p. 42.

³⁴⁴ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativo**, p. 45.

inúmeras variáveis envolvidas na concretização ou não dessas expectativas, e muitas delas nada tem a ver com o agir estatal, e por isso esse direito não se pode garantir de antemão e de forma genérica.

Como o contexto se alterou significativamente, ao contrário dos contratos de concessão comum, em que o risco de demanda era claramente do concessionário, nos contratos de PPP ele tende a ser compartilhado. Para tornar o empreendimento viável, o contratante pode mitigar o risco de demanda a partir de um sistema de compartilhamento, seja por meio de uma complementação de receita fixa, seja por meio de remuneração variável – com o consequente compartilhamento de ganhos. Em ambos os casos, o mecanismo de pagamento é condicionado à disponibilização do serviço e pode variar segundo padrões de desempenho.³⁴⁵

Basta pensar o que está por trás da instituição da modalidade concessão patrocinada. Em detrimento da concessão comum (financiada pela tarifa apenas, em regra) o pagamento público adotado como contraprestação pública à concessão patrocinada é uma espécie da garantia de demanda mínima, vinculada à disponibilidade do serviço. Como se o concedente garantisse a compra de uma parte dos serviços disponibilizados, independentemente do uso efetivo.³⁴⁶

E risco de demanda não se confunde com os riscos inerentes à aplicação da teoria da imprevisão, embora a caracterização da natureza de “risco econômico” a ambos possa sugerir. Risco de demanda não é um fator absolutamente imprevisível e superveniente à formalização do contato. Muito pelo contrário, a própria ideia de risco como juízo de probabilidade não se coadunaria com isso. O risco de demanda (o risco de sua variação, basicamente pensando no seu declínio) deve ser estimado no projeto da concessão (parceiro público) e nas projeções dos interessados (parceiros privados), estes por estarem interessados no investimento, aquele por ser o responsável pela elaboração do edital e respectivo contrato.

³⁴⁵ BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 01, vol. 56, jan/mar. 2005, p. 9.

³⁴⁶ Por exemplo, em um serviço cuja viabilidade depende de alcançar-se uma demanda “x”, e em que se estima que a demanda real (demanda pelo serviço de potenciais pagantes da tarifa), seja algo em torno de 70% de “x”, a Administração assumiria o compromisso de pagar por 30% de “x”. Nesse tipo de desenho, o ideal seria que o valor da contraprestação pública seja decrescente à medida que a demanda real se aproxime de “x”, podendo, inclusive, o contrato prever que, por um determinado período, e dentro das margens que estabelecer, quando a demanda superar “x” ou, por exemplo, “x” mais 30%, o excesso (o que superar a demanda originariamente estimada) seja pago ao ente público para remunerá-lo pelo risco que assumiu no momento inicial de implementação do projeto. RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP**, p. 66.

A proporção de variação da demanda, repisa Perez, não pode ser encarada como simples acontecimento superveniente imprevisto, em que pese os comuns equívocos nas projeções de ambas as partes.³⁴⁷ Não se trata, de certo, de álea econômica apta a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão, esta aplicável em circunstância imprevisíveis e de significativa interferência na equação econômica do contrato, a exemplo das crises financeiras internacionais e variações cambiais bruscas. E assim não se elide o dever de elaboração de projeções para as variáveis econômicas, dentre as quais evolução da demanda pelo serviço ao longo do período de concessão. E mais, a legislação regente das parcerias público-privadas foi enfática ao predizer que a assunção de riscos será objetivamente dividida entre Estado e o parceiro privado, inclusive em relação à álea econômica extraordinária.

Poderá o contrato fixar que o concessionário terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro quando houver desequilíbrio entre oferta e demanda. Porém, nesta lógica de mútuos incentivos e compartilhamento de riscos e ganhos, teria o edital que ser claro quanto à possibilidade de aplicação das medidas de reequilíbrio em favor do poder concedente – incremento da demanda deveria resultar em benefícios ao concedente diretamente (redução da contraprestação), ou aos usuários (redução da tarifa, quando houver).

Sobre isso cabe expor que além de a Administração poder remunerar o concessionário na base do risco de utilização do serviço (valor pecuniário das contraprestações calculado a partir do nível de utilização ou fluxo de usuários), como forma de cobrir déficit de receita do parceiro privado (por isenções tarifárias, por exemplo), a contraprestação poderá funcionar também a partir de garantias de rendimento mínimo. Isso é, sem desnaturar o risco de utilização como fator de quantificação do aporte público, a ele se pode adicionar uma garantia de rendimento mínimo, a fim de evitar resultados excessivamente negativos, insuficientes a cobrir os seus custos – transformando-se em um contrato sem incentivo à eficiência.

Dessa maneira, poder-se-ia assegurar certo nível de amortização dos custos relacionados à concessão, o que evitaria prejuízos diretos ao concessionário em face de períodos de baixa rentabilidade do negócio. Frise-se, porém, e conforme lição de Vernalha Guimarães, que a vocação de um projeto a admitir garantias de resultados mínimos deve ser informada por raciocínios econômicos. Uma vantagem evidente

³⁴⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 154-155.

desta modelagem comparativamente àquela de prestações fixas reside em aproveitar à Administração o risco do sucesso do empreendimento, reduzindo sua participação financeira à proporção do aumento de demanda, ou mesmo combinado com o mecanismo de compartilhamento dos ganhos econômicos do negócio.³⁴⁸

Em último lugar, destaca Zanchim ser fundamental verificar se a demanda varia em função da qualidade do serviço (“elasticidade da demanda”). Se a conduta do parceiro privado for a responsável pela atração de usuários, é lógico que ele assuma o risco (demanda elástica). Pode ser, entretanto, que a demanda (e, logo, a receita) do parceiro privado seja mais sensível à atuação estatal, hipótese na qual deverá assumir parte do risco (compartilhamento). O exemplo do autor é de um projeto de metrô, em que pode ser necessária a reorganização das linhas de ônibus, construção de terminais, como forma de indução do cidadão a se tornar usuário do modal. Dessa forma, o fluxo de demanda tem relação direta com o agir do Estado, já que providências que lhe incumbem impactam no nível de utilização, na variação de demanda da infraestrutura. Em síntese: quanto mais elástica for a demanda em relação à qualidade, mais o parceiro privado deve suportar áleas de mercado; quanto menos elástica a demanda, mais o Estado tem de participar do risco.³⁴⁹

A assunção de parte dos riscos pelo parceiro público em razão da sua atuação interferir no binômio demanda-receita do projeto possui um aspecto crucial. É justamente o compartilhamento do risco que permitirá que o concedente amplie sua liberdade do ponto de vista de ajustamento do projeto. A execução de políticas públicas que impliquem na exploração do empreendimento, com impacto na sua receita, dará causa apenas à aplicação da regra contratual que prevê o compartilhamento do risco de demanda (e.g. um incremento na contraprestação), e não o início de uma discussão contratual, um litígio judicial. É um formato que simplifica o debate sobre a demanda/receita, por passar a ser disciplinado no contrato, e “equaliza a relação poder-responsabilidade” do concedente.³⁵⁰

³⁴⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parcerias público-privadas**, p. 155-156.

³⁴⁹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 163-165.

³⁵⁰ Zanchim narra a experiência colombiana na concessão de uma rodovia na qual o governo garantiu o reembolso ao parceiro se o volume de tráfego tivesse um declínio de 10% em relação às projeções fixadas no ajuste. Se os mesmos 10% fossem de incremento na demanda, as receitas adicionais seriam depositadas em um fundo para cobrir fases de declínio, ou na manutenção da rodovia. Trata-se de um mecanismo de repartição de riscos criativo. As variações positivas de receita em razão da demanda alimentariam um fundo, que supriria a queda da demanda em outros períodos. ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 164-165.

A eficiência reside aqui como resultado desse mecanismo de incentivo. Sendo a demanda sensível à qualidade do serviço (mais elástica), o agente privado deverá adotar medidas de melhoria para incrementar suas receitas e, como principal reflexo, o serviço será mais bem executado. Se a demanda for insensível à qualidade – quando há ausência de alternativas, por exemplo – o parceiro público terá de criar exigências de excelência, sob pena de inexistir incentivo à eficiente execução do contrato, resultando em serviços de pior qualidade. Se tradicionalmente, os contratos de concessão no Brasil determinam que os riscos de demanda sejam integralmente assumidos pelo concessionário sendo vedada sua transferência aos usuários, a legislação das PPP abriu a possibilidade deste risco ser assumido pelo ente público, em regime de compartilhamento.

7.2.2. Riscos no desempenho das atividades que geram receitas marginais

Segundo o art. 11 da Lei nº 8.9887/95, “no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”³⁵¹ Prossegue seu parágrafo único com a prescrição de que “As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Em síntese, a Lei Geral de Concessões permite expressamente a aferição de “receitas marginais”, expressão aqui utilizada para abarcar as expressões constantes na lei – alternativas, complementares, acessórias e de projetos associados à concessão – conforme sugestão proposta por Rafael Wallbach Schwind.³⁵² Por mais que cada uma das modalidades tenha suas peculiaridades, aqui se trata brevemente

³⁵¹ O caput do art. 17 prevê que “Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.” A ideia é que eventuais fontes alternativas de receitas estejam presentes como regras da contratação, no edital e no contrato. Por isso mesmo, não há como se aceitar uma proposta do agente privado que, de antemão, condicione a execução do empreendimento a vantagens ou subsídios, receitas alternativas, que não estejam previstas e, portanto, implicariam em tratamento diferenciado dos concorrentes ao projeto.

³⁵² SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 263-264.

de como elas, de uma maneira geral, provocam também uma necessária discussão acerca da alocação de riscos em contratos públicos.

Em primeiro lugar, vale dizer que a complementação da receita remuneratória do concessionário por fontes marginais tem, segundo o caput do art. 11 da Lei Federal nº 8.9887/95, o fim precípua de assegurar a modicidade tarifária, isto é, absorver em favor da redução no preço das tarifas as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do objeto da concessão. Ou seja, estas atividades, que não se confundem com o objeto da delegação (porquanto se configuram atividades econômicas destituídas das características do serviço público, não atraindo daí o seu regime específico), serão desempenhadas paralelamente à realização do objeto e segundo outro regime de prestação, como um meio a ampliar as receitas do concessionário e subsidiar a concessão, como forma de reduzir as tarifas cobradas dos usuários. Lembra Vernalha Guimarães que o lucro auferido por conta do desempenho destes negócios associados ao projeto da concessão poderá até resultar na execução autossustentável da concessão, sem aportes do Poder Público. Mas pode ser que um projeto envolva custos operacionais que ultrapassem a perspectiva de retorno financeiro oriundo da cobrança de tarifas, e dependerá da complementação por receitas marginais. Nestes casos, a adição de outras fontes passa a ser condição à viabilidade econômico-financeira da concessão.³⁵³

Essas receitas – que podem ser oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si ou não – farão parte da remuneração do agente privado contratado para a execução do empreendimento. Outrossim, lembre-se que aporte estatal é receita marginal, igualmente. E o subsídio estatal passa a ter uma nova compreensão no âmbito das concessões a partir da Lei Federal nº 11.079/2004, e especificamente sobre isso foi tratado antes.

Lembre-se que a concessão patrocinada é aquela em que parte das receitas do concessionário advém da cobrança de tarifa dos usuários e outra parcela provém de contraprestação paga pelo Poder Concedente. Nesta modalidade de concessão, pode haver ou não a exploração de receitas alternativas, mas o que a distingue das demais é a presença, cumulativa, dos requisitos acima: cobrança de tarifa e contrapartida do poder público. Portanto, a vocação natural desta forma de concessão

³⁵³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008.

dirige-se para projetos em que a cobrança de tarifa dos usuários seja possível, mas não suficiente para propiciar ao concessionário a amortização de todos os investimentos que realizar e, ainda, um lucro razoável com a atividade. Isso pode ocorrer ou (i) porque o montante a ser investido é muito vultoso; ou (ii) porque as receitas auferidas com a cobrança da tarifa (somadas às eventuais receitas alternativas) não são expressivas o bastante, tornando imprescindível para a viabilidade da concessão o aporte de uma contrapartida pelo Poder Concedente

Enfim, é plenamente possível que a Administração Pública lance um edital no qual se fixe que os agentes privados poderão obter receitas marginais sem fixar exatamente que tipo de atividade irá gerar tais receitas ou mesmo se isso implicará na redução do valor da tarifa. O agente privado então opta participar de um certame o qual, caso vença e assine o contrato, confere-lhe o direito de obter receita para além da tarifa ou de aporte estatal. Parece claro que, nesses casos, o insucesso econômico será um risco tipicamente afeto ao concessionário, quem efetivamente teve a liberdade de explorar o empreendimento, a quem foi oportunizado uma forma mais ampla de rentabilização do negócio, mas que falhou. Não é o caso nem mesmo de se cogitar reequilíbrio do ajuste, o que implicaria num eventual aumento da tarifa e, portanto, o risco seria transferido aos usuários, o que não faria sentido algum.

Por isso mesmo mais uma vez se afirma a importância da adequada alocação contratual de riscos. O contrato, anexo ao edital, e o edital em si, devem ser claros no que pertine à obtenção de receitas marginais³⁵⁴ – além, é claro, do detalhamento acerca do sistema de tarifação e de eventuais aportes financeiros estatais, como ocorre de forma mais evidente na concessão patrocinada.

O fundamental a ser dito é que a alocação de riscos, também nessa perspectiva, serve de mecanismo contratual de incentivo ao contratado para que desempenhe as atividades potencialmente geradoras de receitas marginais da forma mais eficiente possível. ³⁵⁵ Poderá o contratado auferir maiores lucros se explorar

³⁵⁴ Lembre-se também que nada impede que o recurso à integração de receitas acessórias à concessão pode ser dar ao longo da execução do contrato, e não obrigatoriamente no momento inicial (contrato e edital). Porém, deve ficar claro que a solução há de ser acolhida consensualmente pelas partes, sem a possibilidade de sua imposição unilateral pelo Poder Concedente. Por se tratar de aspecto econômico-financeiro da concessão, a solução só pode ser implementada com a concordância do concessionário. Nesse ponto vale menção ao §1º do art. 58 da Lei nº 8.666/93, que expressamente veda a alteração de cláusulas econômico-financeiras sem a concordância do contratado. Não seria cabível, portanto, a implementação de solução desta ordem pela via unilateral. Em suma, necessitaria da assinatura de um termo aditivo por ambas as partes. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **As receitas alternativas**, p. 121-148.

³⁵⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**, p. 305-306.

atividades paralelas, e isso, a depender da forma como foi disciplinado no contrato, poderá ser revertido em ganhos de eficiência na prestação do serviço delegado.

Claro que a realização dessa análise só se mostra possível se acolhida a premissa de que é possível que os ganhos advindos de receitas marginais sejam dirigidos também ao incremento do lucro do concessionário. O questionamento implica dizer que tais soluções podem servir não só para a redução das tarifas (uma interpretação restritiva do art. 11 se focaria na expressão "...com vistas a favorecer a modicidade das tarifas"), mas também em benefício também do concessionário, elevando sua margem de lucro, numa fórmula que promova a repartição dos ganhos obtidos com os tais negócios e projetos associados. Trata-se, em verdade, de legítimo incentivo ao concessionário no que diz respeito à gestão eficiente e lucrativa dos negócios explorados. Nesse ponto, alinha-se ao pensamento de Fernando Vernalha Guimarães, que enfrenta o problema da seguinte forma:

Veja-se que a modicidade tarifária é uma finalidade a ser alcançada a partir da hipótese da norma do artigo 11. A redução da tarifa, neste particular, não se trata de uma destinação obrigatória e automática de todos os recursos auferidos com negócios associados. O que exige a norma é que este mecanismo (de integração econômica na concessão de negócios associados) seja concebido e praticado com a finalidade de obter a modicidade tarifária. Mas, a partir desta solução, nem sempre a aplicação global dos recursos tirados dos rendimentos de negócios associados exclusivamente na compensação dos custos/redução das tarifas será a melhor via para a promoção da modicidade tarifária. Repartir ganhos entre o concessionário e os usuários, estimulando com isso o concessionário à maximização dos lucros associados, pode consistir numa prática regulatória mais eficiente para promover a modicidade da tarifa e cumprir a finalidade inscrita no artigo 11 da Lei nº 8.987/95. (...) Assim, recorrer a um mecanismo que contemple estímulos ao concessionário pode significar uma solução mais conveniente e adequada à gestão dos empreendimentos associados, e, por via reflexa, mais vantajosa aos usuários do serviço público. É que, bem dosada a participação do concessionário nos lucros adicionais de projetos associados por ele geridos, a hipótese pode retratar instrumento regulatório adequado a alcançar modicidade das tarifas — beneficiada que é pelo incremento do lucro global daqueles empreendimentos. Por isso, não é possível afastar abstratamente a via da repartição dos lucros de projetos associados entre concessionário (lucros adicionais) e usuários (modicidade das tarifas) a partir da norma do artigo 11 da Lei nº 8.987/95. Ao contrário, em muitas situações essa pode ser a solução recomendada pela teleologia daquela norma, voltada à promoção da modicidade das tarifas.³⁵⁶

Conclui-se parcialmente então que é legítimo o contrato contemplar estímulos ao concessionário na obtenção de receitas marginais, o que pode significar uma solução mais conveniente e adequada à gestão dos empreendimentos associados, e, por via reflexa, mais vantajosa aos usuários do serviço público, ainda que o efeito direto não seja a imediata redução da tarifa.

Vale dizer que as receitas marginais guardam relação econômica significativa com a concessão em si – sem que, necessariamente, haja relação material entre as atividades objeto da concessão e as que originam receitas marginais. O objeto de tais receitas, mais que simploriamente voltarem-se à modicidade tarifária, dirigem-se à própria eficiência da contratação e execução do contrato. E o agente privado que visa ao lucro assume riscos em sua atividade - se não há risco também não há retornos sobre o capital investido.

E o raciocínio é simples: se o contratado assume esse risco, visando auferir maiores lucros com fontes de receitas marginais, o prejuízo será por ele suportado. Se, pelo contrário, em contrato ficar definido que a contratante arcará com esse risco, ainda que parcialmente, os prejuízos advindos ensejarão o dever de reequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste. Ocorre que imaginada uma situação hipotética, em que o risco por desempenho de atividades que geram receitas marginais fosse compartilhado, a ocorrência de um prejuízo poderia acarretar o aumento da tarifa, por exemplo, meio comum de reequilíbrio de ajustes. E o cenário passa a ficar totalmente invertido: pretendia-se a redução das tarifas a partir de receitas marginais, e o resultado foi exatamente o seu aumento.³⁵⁷

O cenário é então ternário, e as três possibilidades são válidas: (i) o concessionário assume o risco da atividade geradora de receitas marginais, arcando com seus lucros e prejuízos; (ii) os resultados podem ser revertidos ao concedente, que assume o risco, e os ganhos poderão ocasionar a redução das tarifas; e (iii) os riscos são partilhados e, conseqüentemente, também são as receitas marginais obtidas, sendo parte lucro do concessionário, parte revertida à modicidade tarifária.

Na primeira hipótese, há um desprendimento do concedente com os resultados do concessionário no exercício de atividades criadoras de receitas marginais. Reduz-se o ônus de a Administração ter de controlar os seus resultados e,

³⁵⁷ Ainda assim não seria exatamente um ilícito, pois como lembra Rafael Wallbach Schwind, em determinado caso o aumento da tarifa pode ser a única maneira tecnicamente viável de reequilibrar o contrato. SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**, p. 307.

ao menos em tese, a proposta do licitante já levará em consideração a possibilidade de auferir tais receitas, podendo acarretar tarifas mais baixas. Por outro lado, há a possibilidade de as atividades paralelas serem extremamente lucrativas e essa rentabilidade não se traduza em proporcional redução das tarifas.

Na segunda hipótese, tem-se um baixo poder incentivo ao concessionário. O esforço de prestar atividades da maneira mais eficiente possível se reduz abruptamente, já que o aumento das receitas marginais apenas fará com que a tarifa reduza, e a tendência é que sua remuneração pouco ou nada se altere com a exploração dessas atividades.

Na terceira hipótese, de resultados partilhados, há um ônus do controle dos resultados obtidos pelo agente privado (de igual forma na segunda hipótese), para que então sejam os mesmos partilhados. Porém, mantém-se o incentivo à eficiência do concessionário, que saberá que pode incrementar seu lucro com fontes marginais de receita; e também se cumpre o desígnio direto do art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95, que é a redução da tarifa – lembre-se que a modicidade tarifária também é corolário do serviço público adequado, conforme §1º do art. 6º do mesmo diploma.³⁵⁸

Vê-se aqui claramente a aplicação e o balanceamento entre os critérios de alocação de riscos nos contratos, neste caso em especial como forma de criação de incentivos. Ainda, antes de encerrar, vale retomar a diferenciação tipológica das concessões e sua relação com a aferição de receitas oriundas de fontes marginais.

O art. 3º, §1º da Lei Federal nº 11.079/04 é expresso ao prever a aplicação da Lei Federal nº 8.987/95 às concessões patrocinadas, e nisso se inclui o art. 11, que trata da obtenção de receitas marginais. Quanto a isso, parece não haver dúvidas, de que uma parceria público-privada, na modalidade concessão patrocinada, oportuniza ao parceiro público explorar atividades destinadas à obtenção de outras receitas para além da tarifa e do aporte do parceiro público.

O mesmo art. 3º, em seu caput, afirma que as concessões administrativas regem-se, além da própria Lei de PPP, pelo disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987/95, e no art. 31 da Lei no 9.074/95. Ou seja, fixa exatamente quais os dispositivos da Lei Geral de Concessões a ela se aplicam e, por exclusão, todos os demais não se aplicariam. Uma leitura assim fazem, por exemplo, Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado.³⁵⁹ Já Rafael Wallbach Schwind entende ser

³⁵⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**, p. 280-281.

³⁵⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**, p. 201.

plenamente possível a obtenção de receitas marginais nas concessões administrativas, em que pese não haja menção expressa na Lei de PPP ou qualquer referência ao disposto no art. 11 da Lei Geral de Concessões. Para o autor, essa possibilidade deriva de imperativo econômico de rentabilização do negócio público-privado, uma questão de eficiência, que independe da existência ou não de tarifa.³⁶⁰

Filia-se aqui à segunda interpretação. A inexistência de uma tarifa cobrada nas concessões administrativas não é, por si só, impeditivo a que o concessionário explore atividades paralelas que aumentem a rentabilidade do negócio. O dispositivo (art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95) fundamenta a obtenção de receitas marginais com vistas à modicidade tarifária porque naquele diploma normativo se trata, essencialmente, de contratos cuja fonte central de remuneração é a tarifa.

Como exemplo, cite-se o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, especificamente as concessões administrativas referentes às Unidades de Atendimento Integrado (“UAI”). O projeto viabiliza a implantação e fornecimento de serviços de interesse do cidadão, como emissão de documentos, como Carteira de Identidade, atestados de distribuidores judiciais, intermédio de relações burocráticas entre Estado e cidadão, etc.

No modelo de contratação, fixou-se que a concessionária poderá exercer outras atividades empresariais ligadas aos serviços delegados, tais como projetos associados ou serviços acessórios e complementares,³⁶¹ desde que (a) não acarretem prejuízo à execução dos serviços; (b) sejam prévia e expressamente aprovadas pelo concedente; (c) as receitas auferidas sejam repartidas nos termos do contrato, sendo que a parcela cabível ao concedente poderá ser descontada dos pagamentos devidos à concessionária; e (d) sejam as receitas provenientes das atividades acessórias ou complementares contabilizadas de forma segregada das atividades diretamente relacionadas aos serviços das UAI.³⁶²

Veja-se que em que pese inexista tarifa cobrada, e que a remuneração seja baseada no pagamento direto da concedente à concessionária (por se tratar de

³⁶⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**, p. 291.

³⁶¹ Como rendimentos decorrentes do aluguel ou arrendamento de espaços para prestadores de serviço integrantes da iniciativa privada, nos espaços das Unidades, rendimentos decorrentes da prestação de serviços de conveniência, alimentação e congêneres diretamente pela concessionária; receitas oriundas da comercialização de espaços publicitários em mídia, eletrônica ou não, nas instalações sob responsabilidade da concessionária, dentre outras.

³⁶² Como exemplo, utilizou-se o CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E GESTÃO DE UNIDADES DE ATENDIMENTO INTEGRADO (UAI) Nº.9001375/2011. Vide Cláusula 4.3.

concessão administrativa), há uma exploração de atividades paralelas com vistas a incentivar a eficiência do contrato, com a partilha dos ganhos (e por consequência, dos riscos) advindos dessas fontes marginais de receita, já que esse lucro poderá, inclusive, fazer descontar o aporte público. Com essa partilha, surge o ônus do controle dos resultados obtidos pelo privado, para que então sejam partilhados. Porém, mantém-se o incentivo à eficiência do concessionário, que saberá que pode incrementar sua remuneração com fontes marginais de receita; e também se cumpre o interesse público, já que tendem a reduzir os gastos estatais com os serviços sem que sua prestação seja comprometida – uma das condicionantes à exploração de tais atividades é que não acarrete prejuízo à execução dos serviços.

É o compartilhamento de ganhos um mecanismo de grande incentivo ao agente privado na busca de uma gestão mais eficiente (para si, mais lucrativa) dos negócios economicamente vinculados à concessão, mas não necessariamente a ela vinculados do ponto de vista material. E essa lógica se aplica tanto às concessões comuns como às concessões patrocinadas e administrativas. A questão será estabelecer, projeto a projeto, as possibilidades como outras essas outras atividades poderão ser exploradas, os riscos envolvidos e os benefícios possíveis.

Por essa razões, não é a ausência de dispositivo legal expresso quanto à obtenção de receitas marginais nas concessões administrativas, bem como a inexistência de uma tarifa cobrada (fundamento maior do art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95), que se pode concluir ser impossível a exploração de atividades ligadas aos serviços delegados, tais como projetos associados ou serviços acessórios e complementares, como forma de conferir maior eficiência à contratação.

7.2.3. Risco de construção e disponibilidade na Portaria STN nº 614/06

A referida Portaria STN nº 614/06 define o risco construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem, e o risco de disponibilidade como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado (art. 4º, II e III).

Para Marcos Barbosa Pinto, “é claro que o particular deve suportar o risco de construção da obra e disponibilidade do serviço, pois ele exerce controle direto sobre

esses fatores.”³⁶³ O autor se ateve apenas a um dos critérios de alocação de riscos, que diz respeito ao controle sobre o fator de risco, controle sobre a ocorrência. Porém, outras variáveis podem estar em jogo.

Veja-se que ainda segundo a Portaria, o risco de construção está associado a variações nos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem utilizado na parceria. Com vistas à caracterização e avaliação do risco de variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem, deve ser ter em mente que: (i) caso o risco de obsolescência ou de mudança de tecnologia seja relevante, o mesmo incidirá sobre o parceiro por ele responsável; (ii) avaliações qualitativas quanto ao grau de especificação das características do bem estabelecido pelo parceiro público servem de parâmetro para aferição do risco de construção; quanto maior for esse grau, assim como o envolvimento desse parceiro na elaboração ou definição do projeto do bem, maior será a possibilidade do risco incidir sobre ele; inversamente, se assegurada ao privado discricção quanto à especificação do bem, maior será a possibilidade do risco incidir sobre este, garantida a prestação dos serviços dentro dos padrões contratados.

Segundo as considerações trazidas no documento, considera-se que este risco incide sobre o parceiro público quando há previsão contratual que lhe atribui responsabilidade pelos encargos financeiros decorrentes de atrasos ou aumentos de custos de construção ou reforma do bem, assim como o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem. Adicionalmente, a adoção de cláusula contratual de reajuste das contraprestações devidas pelo concedente que contenha repasses de custos setoriais configura procedimento que aloca ao ente público o risco de construção. Tendo em vista tais considerações, optou-se na Portaria (que disciplina, especificamente, as parcerias público-privadas em âmbito federal, mas que servem de bom parâmetro geral) por definir que o parceiro público assume o risco de construção se garantir a cobertura de pelo menos 40% da elevação do custo de construção e manutenção. Tal percentual deve ser aplicado levando em consideração duas ordens de fatores: o custo adicional decorrente da ampliação do custo de construção estimado no projeto e o custo de construção estimado no projeto. E a Portaria estabelece ainda que, na hipótese em que não existe um teto prévio para o

³⁶³ PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômicas das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio de 2013.

valor do sobrecusto, a assunção de mais de 40% do eventual sobrecusto é suficiente para caracterizar a alocação de parte relevante do risco de construção no ente público

A garantia associada ao risco de construção pode decorrer da presença de uma obrigação financeira compensatória para fazer frente a custos adicionais de construção e manutenção não previstos, assim como de obrigações decorrentes de reajustes na contraprestação devida pelo parceiro público em função da variação de itens específicos de preços diretamente associados aos insumos utilizados na construção e manutenção do bem que dá suporte material à parceria.

O risco de construção tende a se encerrar, ou reduzir significativamente, com a disponibilização da infraestrutura necessária à provisão do serviço. Ainda assim, arranjos contratuais podem permitir que este risco se protraia na fase de prestação do serviço, em especial caso exista previsão de indenização ao concessionário por variações nos custos de manutenção e operação, ou de reajuste da contraprestação em função de evolução de índices de preço de certos itens.

Lembre-se que a ideia de contratação de uma PPP reside justamente na estipulação de um contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de ganhos e riscos, e remunerado após a efetiva oferta de da obra e do serviço pelo responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica assegurada pelo Estado.³⁶⁴ Na concepção central da PPP estava a necessidade de construção e disponibilização da infraestrutura, pelo parceiro privado, ao destinatário (cidadãos usuários ou o próprio Estado), e só então se inicia o repasse de dinheiro público ao investidor privado.

Essa concepção estava clara no texto original da Lei Federal, enfática ao prever que a “contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada” (art. 7º). Melhor dizendo, a regra reflete uma opção do legislador no sentido de que a infraestrutura deve ser constituída exclusivamente com recursos e esforços do parceiro privado; ficando restrita a aplicação de recursos do parceiro público ao

³⁶⁴ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, p. 480-481.

futuro, quando a infraestrutura, ou parcela fruível dela, estivesse disponível.³⁶⁵ Posteriormente, dois parágrafos foram incluídos pela Lei nº 12.766/2012:

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

Com esse permissivo legal, há a possibilidade de aporte público antes da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Até 2012 isso seria ilegal, mas agora é realmente possível que o aporte de recursos públicos possa ocorrer antes ou depois da disponibilização dos serviços. Caberá ao edital prever no cronograma os momentos de realização dos aportes. Aqui um dado importante: quando realizado “na fase dos investimentos a cargo do parceiro privado”, o aporte de recursos deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas (art. 7º, §2º). Em que pese não tenha detalhado a tal proporcionalidade, deve se estabelecer cronograma de execução dos investimentos iniciais com aportes públicos conforme as etapas físicas forem sendo vencidas.

Necessário, nessa lógica de aporte público antes da disponibilização (ou menos antes da construção), que se retorne ao texto da Portaria STN nº 614 para se analisar brevemente o risco de disponibilidade.

Este risco está associado aos efeitos decorrentes da indisponibilidade do bem, em função de sua apresentação em desacordo com os padrões exigidos ou de desempenho abaixo do estipulado. Como dito, em seu texto original a Lei nº 11.079/04 impunha restrição significativa à assunção deste risco por parte da Administração, ao determinar que a contraprestação pública seria obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato. A alteração, portanto, pode inclusive desnaturar a lógica da PPP.

Com vistas à caracterização e avaliação do risco de indisponibilidade do bem, ter-se-á em conta que: (i) a previsão contratual de penalização do parceiro privado

³⁶⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 241-242.

pela não disponibilidade do bem se refere a situações decorrente de sua culpa, ou pela deficiência do bem em atender padrões contratuais ou estatutários de segurança, operacionais ou de qualidade; (ii) a penalização por parte do parceiro público pode se traduzir na redução, de maneira significativa, das contraprestações em razão da deficiência do bem, proporcionalmente ao grau dessa indisponibilidade, concomitantemente ou não à aplicação de multas ao parceiro privado; (iii) esta penalização não se confunde com a penalização pela não prestação do serviço, estando o bem disponível nas condições contratuais para operação.

Pelo texto da Portaria, este risco incidiria sobre o parceiro privado quando este for penalizado por não estar apto a oferecer o volume de serviços contratualmente estabelecido, satisfeitas normas gerais de segurança e padrões operacionais relacionados à prestação do serviço, inclusive aqueles contratualmente definidos, resultando em deficiência de desempenho. E considera que incida sobre o parceiro público ao menos parcela deste risco quando este tem a obrigação de pagar as contraprestações contratuais independentemente da efetiva disponibilidade do serviço ou da situação do bem, como ficou mais claro com as alterações à Lei.

Tendo em vista as considerações acima, optou-se na Portaria por definir que o parceiro público assume o risco de disponibilidade se realizar o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação acordada independente da efetiva disponibilização do serviço em conformidade com as especificações contratuais. Esta garantia pode decorrer da presença de obrigação de pagamento que tenha como referência apenas a constituição do bem que serve de suporte à prestação do serviço objeto da parceria, assim como de obrigação de pagamento que cubra despesas com dívida do parceiro privado independente de seu desempenho na prestação do serviço.

Kleber Zanchim lembra que os riscos de construção estão profundamente ligados ao projeto do empreendimento, mas também afetos a questões políticas e macroeconômicas, razão pela qual a assunção integral por uma das partes se faria eficiente, mas sim o seu compartilhamento. O primeiro critério seria o quanto cada parte influenciou no delineamento estrutural do projeto: quanto mais influente no projeto do empreendimento, maior parcela do risco lhe cabe.³⁶⁶ Em tese, o parceiro

³⁶⁶ Esse raciocínio foi feito anteriormente quando da análise da distribuição de riscos no regime de empreitada, típico da Lei Federal nº 8.666/93, e do regime de contratação integrada, inaugurado pela Lei nº 12.462/11.

privado possui consideravelmente maior controle que o Governo sobre os custos de construção, mesmo que não possa controlá-los completamente.

Em uma PPP, sobretudo, o foco maior do concedente não deve ser o empreendimento, a construção, o ativo em si, mas nos serviços que na base física serão prestados, na disponibilização. Por isso, alerta o autor, a postura do Estado deveria ser de não realizar pagamentos durante a fase de construção, antes da disponibilização (como dito, porém, a Lei foi alterada exatamente para permitir isso, mas não para impor); não interferir a ponto de alterar o escopo, projeto e o processo de construção, mas concentrado apenas no seu monitoramento; e controlar falhas nessa fase por meio de abatimentos aos pagamentos devidos (contraprestação).³⁶⁷

Tanto do ponto de vista do controle sobre os riscos, podendo evitar sua materialização, como do ponto de vista da responsabilidade na ocorrência das suas externalidades negativas, cabe ao agente privado projetar, construir, absorver sobrecustos, pagar os financiamentos, indenizar prejuízos que causar a terceiros, e mesmo suportar as multas contratuais por atraso. Isto é, lhe incumbe, em regra, parcela significativa do risco de construção. Como limite, pode-se transferir ao Estado o que exceder um montante predefinido em caso de variações abruptas de custos de construção (compartilhamento do sobrecusto), bem como se pode fixar uma baliza para as multas e responsabilidade por perdas e danos, impedindo que o concessionário desembolse valores superiores a um percentual “x” do contrato.

Dessa maneira, dois fatores podem trazer eficiência ao contrato. De um lado, o concessionário irá controlar melhor seus insumos, sua mão de obra, métodos, resultados, padrões de qualidade. Por outro lado, em relação a questões “extrínsecas à infraestrutura” com reflexos na construção, o Estado pode ser o melhor absorvedor dos riscos. Arranjos assim, diz Zanchim, flexibilizam o contrato a preço limite, criando incentivos mútuos, e ficando devidamente compensados aumentos excepcionais de custos. Otimiza-se a relação se o agente privado assume o risco até certo patamar, o qual, se alcançado, implica na partilha de risco: ao concedente não seria eficiente se obrigar a reembolsar todos os custos do concessionário, pois criaria um desincentivo à eficiência daquele; também não seria eficiente alocar todo o risco ao concessionário, que eventualmente sobrecarregado tenderia a refletir seu corte de gastos na qualidade da obra ou dos serviços prestados.³⁶⁸ A celebração de contrato de seguro,

³⁶⁷ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 167-168.

³⁶⁸ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 168-169.

também, em que haja cobertura própria para o período de duração do contrato que envolve projetos é também meio de atenuação de alguns riscos de construção.³⁶⁹

Retome-se então a estreita correlação entre os riscos de construção e os riscos de disponibilidade. O ativo a ser entregue pode não estar condizente com o projeto em termos funcionais pelo modo em que foi construído (por isso é também chamado de risco de funcionalidade), ensejando desembolsos (multas), ou mesmo impedindo o recebimento do ativo e o regular pagamento ao parceiro privado.³⁷⁰ Aqui se relembrar o critério de alocação de riscos da externalização do seus efeitos.

A alocação de um risco leva em consideração, também, a capacidade de a parte diluir o risco: se puder externalizar parte desse risco. O processo de externalização pode implicar na criação de uma rede de contratos para diluir responsabilidades, e cada parte execute uma parcela do empreendimento e assuma os riscos a ela equivalentes. Em última instância, destaca Zanchim, o concessionário permanece responsável perante o Estado, porém, se algum risco externalizado se materializar, o respectivo subcontratado dividirá o prejuízo.³⁷¹

Seguindo o raciocínio do mesmo autor, se o Estado identificar que existem condições de mercado para externalização de riscos de construção e funcionalidade, pode inclusive aumentar a alocação sobre sua contraparte, mas deve paralelamente reduzir sua influência em decisões estratégicas sobre o empreendimento, “sob pena de retomar parte da álea que pretendia transferir”.³⁷²

Perceba-se então que as variáveis são muitas, a ponto de se poder considerar extremamente superficial a frase de Barbosa Pinto, para quem “é claro que o particular deve suportar o risco de construção da obra e disponibilidade do serviço, pois ele exerce controle direto sobre esses fatores.”³⁷³ Não só uma questão de controle, mas a criação de incentivos de eficiência, de externalização dos riscos, podem influenciar a distribuição destes tipos de risco, o que remontam novamente ao que vem sendo

³⁶⁹ Excepcional levantamento das formas de seguro para investimentos é encontrado em: ENEL, José Virgílio Lopes. **Project finance**: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁷⁰ De acordo com o parágrafo único do artigo 6º, da Lei nº 11.079/04, é possível haver previsão contratual referente ao pagamento ao parceiro privado de remuneração variável condicionada ao seu desempenho na prestação do serviço concedido, inclusive com a fixação de metas e padrões de qualidade e disponibilidade.

³⁷¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 169-170.

³⁷² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP)**, p. 170.

³⁷³ PINTO, Marcos Barbosa. **A Função Econômicas das PPP's**, p. 8.

trabalhado, de liberdade e adequação da disciplina contratual dos riscos às especificidades do objeto a ser contratado, e não uma regra apriorística.

7.2.4. Risco de litígio judicial e arbitragem em concessões de infraestrutura

Tem-se sustentado que nas concessões públicas, enquanto instrumentos de associação entre o Estado e agentes privados para viabilizar investimentos em infraestrutura, a eficiência na alocação contratual dos riscos resulta, e muito, da combinação das qualidades de gestão pública com a habilidade e qualidade na prestação de serviços do setor privado. As cláusulas de partilha de risco refletem, em grande medida, essa alteração da forma de se administrar o Estado. Uma das principais consequências da intensificação das relações e do seu estreitamento entre Estado e empresas, conforme Gustavo Justino de Oliveira, é que se tem tomado o caminho da negociação, e não da imposição, para a composição de dissensos entre as partes, pressupondo o reconhecimento da autonomia das partes envolvidas, em que pese relativizada pelo regime jurídico-administrativo.³⁷⁴

Por isso mesmo, o debate acerca da distribuição contratual de riscos é muito parecido com o que o ocorre, por exemplo, acerca da possibilidade de inclusão de cláusulas compromissórias de arbitragem nos contratos de concessões públicas. E por mais que não se trata de um risco efetivamente partilhável, com parcelas de risco sendo alocadas a cada uma das partes, fato é que o tema do risco de litígios judiciais é deveras importante no âmbito do tema da nova contratação administrativa. Liminares que impedem a execução dos contratos, tramitações morosas, discussão constante perante o Judiciário de temas técnicos do empreendimento, são alguns dos elementos que integram o risco que os investidores enfrentam em litígios judiciais.

Quatro características tornam a infraestrutura mais sensível a esse risco: (i) exige altos investimentos em ativos específicos, cujo valor, quando usado em outra atividade, é relativamente baixo (e.g., uma estrada se não puder ser usada para tráfego de veículo perde seu valor), (ii) longo tempo de maturação para retorno de investimento, (iii) nos setores de infraestrutura há pouca concorrência, de forma que é preciso um “regulador público” para evitar a exploração dos consumidores, e (iv) a

³⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

capilaridade do serviço, isto, é, “como muita gente consome serviços de infraestrutura, o setor é politicamente sensível”.³⁷⁵

Enfim, para atividades complexas tais quais as que pretendem ser objeto de parcerias, há que ser considerada a plausibilidade de qualquer aspecto da execução da atividade vir a sofrer impugnação judicial com intuito de se tornar dificultosa ou embaraçada a atividade privada, após terem sido realizados os investimentos necessários à sua prestação. Nesse sentido, a arbitragem é um instituto que não apenas funciona como uma alternativa segura e eficaz ao Judiciário, também sob a ótica jurídica e econômica. A arbitragem, em razão da celeridade, especialidade, consensualidade, mostra-se como uma forma incentivadora do apaziguamento de litígios entre as partes. Por isso, tem sido salutar sua discussão na criação de um ambiente mais propício à realização de negócios, privados e público-privados, que se esquivam da demora da prestação jurisdicional prestada pelo Estado.

Em primeiro lugar, lembre-se que com o advento da Lei nº 8.987/95, que disciplina as concessões comuns, a possibilidade de se abdicar da decisão advinda da jurisdição estatal se tornou expressa. É que de acordo com o art. 23, inciso XV da Lei nº 8.987/95, o contrato de concessão deve, necessariamente, prever a indicação do foro e a adoção de modo amigável de solução das divergências contratuais.

Na medida em que a Lei nº 8.987/95 não especificou quais modos amigáveis de solução de divergências contratuais haveriam de ser previstos no contrato de concessão, a doutrina se encarregou de fazê-lo. No entendimento de Cláudio Vianna de Lima, os modos a que se refere a Lei nº 8.987/95 são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na mediação, esclarece o autor, os mediadores, pessoas estranhas ao conflito, apenas aproximam as partes para que estas se entendam diretamente. Na conciliação, por sua vez, o conciliador não só aproxima as partes para que estas resolvam a divergência, como se esforça, negocia, propõe solução para o acordo, sem que haja, entretanto, uma obrigação de resultado, mas apenas de esforço. Na arbitragem, a pacificação ou a solução do conflito de interesses é entregue, por livre

³⁷⁵ PINHEIRO, Armando Castellar. O que trava as concessões de infraestrutura?. **Correio Braziliense**, Brasília, 25 set 2013. Para mais detalhes sobre a relação entre o Poder Judiciário e investimentos na economia: PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000. Mais especificamente sobre decisões judiciais e seus reflexos nas concessões públicas: PEIXOTO, Lillian de Castro. **A proteção aos investimentos das concessionárias de serviço público na jurisprudência dos tribunais superiores**. São Paulo, 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

consenso das partes, a um ou mais árbitros de sua escolha e confiança, como alternativa imediata a solução das avenças prestada pela tutela jurisdicional.³⁷⁶

Acompanhando a inovação da Lei nº 8.987/95, a Lei de Parcerias Público-Privadas contemplou a possibilidade de previsão da adoção de mecanismos privados de solução de disputas, não a tornando, entretanto, cláusula obrigatória aos contratos de parceria público-privada (nos termos do art. 11, III da Lei nº 11.079/04).

A arbitragem guarda especial relevância ao contrato administrativo de parceria público-privada, justamente por atender ao pressuposto de consensualidade, de cooperação, do caráter associativo do contrato entre as partes, tônica da Lei de PPP. Os parceiros, consensualmente, podem escolher árbitros profissionais com conhecimento técnico específico na matéria em litígio. Afora isso, respeitadas as garantias fundamentais do processo, o procedimento pode ser muito mais dinâmico e eficiente que o judicial, apto a produzir uma solução mais rápida e adequada.³⁷⁷ Além disso, possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio, resguardando o Judiciário para atuar nos litígios que lhe são próprios, e promove uma *justiça* levada à obtenção via consenso, e não via condenação.

Admitindo-se a adoção de arbitragem, em que pese não se eliminar a eventual existência de litígios, o risco da demora da prestação jurisdicional passa a diminuir ou inexistir, de modo a privilegiar o interesse público de continuidade do oferecimento eficiente da atividade. Da diminuição dos riscos pode decorrer, ainda, a possibilidade de ampliação do caráter competitivo do certame. É o que também destaca Talamini, para quem “a predefinição da via arbitral pode servir para incentivar mais e melhores propostas no processo licitatório”.³⁷⁸

O que comumente surge como argumento contrário à estipulação de cláusulas arbitral em contratos públicos é que, em tese, tal atitude esbarraria no princípio da indisponibilidade do interesse público. Bandeira de Mello, para citar um, é enfático ao sustentar que perante a Constituição não é aceitável que particulares possam solver litígios nos quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais, ao seu ver, não se constituem em bens disponíveis. Para o autor,

³⁷⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 91-104, jul./set. 1997,

³⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 335.

³⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e parceria público-privada**, p. 350.

“tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos -, é questão que ultrapassa o âmbito decisório de particulares.”³⁷⁹

Aqui se filia a algumas argumentações essenciais. Em primeiro lugar, como base no que sustenta Eros Roberto Grau, frise-se que não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Fato é que a Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles – porém, para a realização do interesse público, muitas vezes se deve recorrer à disposição de direitos patrimoniais. Enfim, sempre que puder contratar (o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais), poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem, desde que também visando ao alcance daquele interesse.³⁸⁰

É o fundamento do princípio da indisponibilidade do interesse público reside no fato de que se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel prazer, como se estivesse dispondo de um bem particular. Só que se se autoriza contratar (a delegar serviços públicos), está se autorizando a Administração de dispor de determinados interesses, e não do interesse público. Pelo contrário, o interesse público deve ser visado como objeto da disposição de alguns interesses.³⁸¹

A solução amigável para a solução de litígios de ordem econômico-financeira, por exemplo, do cumprimento da obrigação de cunho pecuniário assumida pelo parceiro público, não atenta contra a indisponibilidade do interesse público. Prever a possibilidade da adoção do procedimento arbitral não é sinônimo de dispor do interesse público primário. A Administração apenas abdica do direito de obter do Poder Judiciário a solução para a questão, vez que sua intervenção não se faz indispensável para tanto.³⁸²

³⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 804-805.

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

³⁸¹ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e parceria público-privada**, p. 338.

³⁸² TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e parceria público-privada**, p. 334.

Defendendo a possibilidade da utilização da arbitragem pelo poder público, Luciano Benetti Timm e Thiago Tavares da Silva, indo ao encontro às premissas antes aqui fixadas, sustentam que o Estado deve “descer do seu pedestal” e encarar a relação com a iniciativa privada cada vez mais contratual, comutativa, gerando ganhos para ambas as partes, maior eficiência à execução do ajuste. Essa atitude colaborativa trará maiores incentivos ao investimento privado, sem com isso gerar qualquer prejuízo ao interesse público.³⁸³

Como leciona Gustavo Justino de Oliveira, se é verdade que as PPPs encaixam-se nessa nova fase da contratualização administrativa, e o “novel arsenal legislativo” a elas correspondentes, deve-se refletir o desenvolvimento da atividade negocial administrativa, com a admissão do juízo arbitral para a solução dos litígios público-privados típicos das concessões, também é verdade que há a necessidade de serem realizados ajustes na atual legislação brasileira da arbitragem, com a criação de um procedimento arbitral especial, necessário para conferir maior proteção aos interesses da coletividade presentes nessa relação contratual.³⁸⁴

7.2.5. Risco e responsabilidade civil

Conforme sustentam Frederico Costa Miguel e Cristiana Fortini, o compartilhamento de riscos implica num dever de o concedente “solidarizar-se com o parceiro privado no caso de eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha tido como causa fatos imprevisíveis, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.³⁸⁵ Em outro texto, Cristiana Fortini lembra também que a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público implicam em consequências no regime de repartição de riscos. Dentre elas se destaca aqui a inalterabilidade do regime de responsabilidade civil em razão da partilha de riscos.³⁸⁶

Por isso, affora as colocações já feitas - de que o compartilhamento não é uma obrigação em si, mas uma possibilidade criada pela regra que impõe a clara

³⁸³ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, jan./fev./mar. 2011, p. 45.

³⁸⁴ JUSTINO, Gustavo Henrique. **A Arbitragem e as Parcerias**, p. 28.

³⁸⁵ FORTINI, Cristiana; MIGUEL, Frederico Costa. Parcerias público-privadas: aspectos relevantes. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 40, nov./dez. 2006, p. 164.

³⁸⁶ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**, p. 132.

repartição de riscos -, importa questionar se a partilha de riscos implica em alguma alteração no regime de responsabilidade do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

A noção de solidariedade trazida pelos autores supracitados, em verdade, não pode ser confundida com um trespasse de responsabilidade por danos causados a terceiros, não contratante. Há nas parcerias público-privadas, e o raciocínio pode ser estendido às demais concessões, um incremento do vínculo cooperativo entre os contratantes. Partilhar os riscos, alocando a este ou àquele parceiro, ou mesmo compartilhando-os, significa que se pode contratualmente firmar compromissos de solidarizar ganhos e prejuízos advindos de eventos futuros.

Ressalta-se que a Lei de PPP, em seu art. 5º, inciso III, teve a preocupação de prever expressamente a repartição de riscos nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, diferente do previsto na legislação anterior. Como lembrar Villela Souto, no regime da Lei nº 8.666/1993, conforme os artigos 78, inciso XVII, e 79, § 2º, obrigava-se a Administração a reequilibrar o contrato nestas situações, pelo fato de não haver culpa do contratado. Ainda que se pudesse questionar o dispositivo do ponto de vista da responsabilidade estatal – já que não havia ação ou omissão imputável à Administração – o certo é que se entendia que o princípio da solidariedade resolvia a matéria, obrigando a sociedade a assumir o risco contratado. Num regime de repartição de riscos, para o autor, a situação “se corrige”.³⁸⁷

Todavia, e como Juarez Freitas aponta, a repartição de riscos não implica em qualquer alteração no regime de responsabilidade, consagrado em sede constitucional. Mantém-se, intacta, a responsabilidade objetiva do parceiro privado, se prestador de serviços públicos, bem como a responsabilidade subsidiária do parceiro público, ou solidária a depender do caso, sendo nulo pactuar o contrário.³⁸⁸

Bacellar Filho lembra que a Constituição de 1988 tratou de cingir a responsabilidade da Administração Pública, não mais em dois vértices, mas em três. Isto é: em relação à pessoa jurídica de Direito Público, o regime da responsabilidade estatal é o objetivo; em relação às pessoas jurídicas de Direito Privado, se prestadoras de serviço público, a responsabilidade do Estado, e de quem lhe faz as vezes, é também objetiva (art. 37, § 6º da Constituição). Porém, quando se trata de pessoas

³⁸⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**, p. 36.

³⁸⁸ FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006, p. 156.

jurídicas de Direito Privado, exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, o regime da responsabilidade deve ser regido pela legislação civil (cf. art. 173, §1º, inciso II, da Constituição).³⁸⁹

Não é assim que todos interpretam o alcance da repartição objetiva de riscos, entretanto. Por exemplo, Maurício Portugal Ribeiro, ao esboçar um modelo de matriz de risco, sugere que a concessionária seja responsável por determinados riscos específicos, dentre os quais elenca a

responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes do serviço concedido; prejuízos causados a terceiros, pela Concessionária ou seus administradores, empregadas, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão.³⁹⁰

Mas se deve questionar se a previsão contratual realmente poderia chegar a esses termos. As responsabilidades são fixadas, os riscos são atribuídos, sempre dentro do contrato. O que se tem sustentado é a disciplina contratual dos riscos, com foco nos contratantes, e nas obrigações em relação ao objeto contratado, para que seja sempre uma execução eficiente.

A responsabilidade civil extracontratual, entretanto, jamais poderia ir de encontro ao que prescreve nosso texto constitucional. Lembre-se que no § 6º do artigo 37 da Constituição, acima mencionado, se fixou que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o servidor nos casos de dolo ou de culpa."

Portanto, a responsabilidade objetiva, em se tratando de prestação de serviços públicos, estende-se às pessoas jurídicas de direito privado concessionárias destes serviços, e quanto a isso parece claro: as concessionárias (ressalva feita às concessões administrativas, que nem sempre irão tratar de serviços públicos), respondem objetivamente em razão da existência de um mandamento constitucional, e não de uma previsão contratual.

A isenção da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público somente se verifica se inexistente o

³⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.226-227.

³⁹⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**, p. 98.

nexo de causalidade entre a respectiva atuação e o dano causado. Se a causa do dano tiver origem em álea a que concedente ou concessionário não deram causa, ou que não tenham tido qualquer contribuição para a ocorrência, não há considerar-se essa atuação causa do resultado danoso. Eis o limite do texto constitucional.

E aqui os ensinamentos de Campos França são precisos para vencer esse ponto. Se na concessão, em qualquer de suas modalidades, o parceiro público assumir determinado risco, ainda que não decorrente de álea de sua responsabilidade (o exemplo da autora é o risco da construção causado pela incorreta elaboração de estudos técnicos do solo), tal assunção em nada alterará a regra da responsabilidade civil de natureza objetiva perante terceiros eventualmente prejudicados. Permanecerá o delegatário (parceiro privado) respondendo direta e objetivamente pelo prejuízo causado a terceiros. O parceiro público responderá, solidariamente, caso tenha deixado de realizar o necessário controle da prestação do serviço concedido (responsabilidade por omissão) ou tenha incorrido em falha na escolha do parceiro privado, e responderá subsidiariamente quando o delegatário não possuir patrimônio suficiente para arcar com o prejuízo verificado. Se a atividade que causou o dano não decorreu de sua qualidade de prestador de serviço público, deverá ser comprovada a culpa ou dolo na conduta do concessionário. E ainda, ante sua insolvência, nenhuma responsabilidade terá poder concedente.³⁹¹

De igual forma, se no contrato alocar parceiro privado assumir determinado risco, ainda que não oriundo de álea de sua responsabilidade (o exemplo da autora é a álea econômica extraordinária que o leve o contratado a reduzir a segurança da obra), também em nada alterará a regra da responsabilidade civil de natureza objetiva perante terceiros: o parceiro privado, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, ficará obrigado a responder diretamente pelo prejuízo causado a terceiros, respondendo o parceiro público (i) de forma solidária, se deixou de realizar o necessário controle da prestação do serviço concedido (responsabilidade por omissão) ou se falhou na escolha do parceiro privado, ou (ii) de forma subsidiária diante da insuficiência patrimonial do parceiro privado.

Em síntese: a consequência da regra de repartição de riscos é contratual, e então entre os contratantes, “consistente em permitir venham a ser indenizados, reciprocamente, caso o risco decorrente do evento danoso tenha sido contratualmente

³⁹¹ FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parceria público-privada**, p. 100.

assumido pelo outro que não arcou com a indenização do terceiro prejudicado”,³⁹² sem nenhuma consequência à responsabilidade civil objetiva do Estado e das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público.

7.3. Distribuição de áleas e a nova feição da concessão pública

Por todo o exposto, percebe-se que a concessão é reinterpretada em razão de um mecanismo contratual, a distribuição de riscos, e em razão de um sentido reforçado de parceria – ambos os aspectos destinados a conferir maior eficiência aos empreendimentos por ela viabilizados. A alocação de riscos entre as partes que melhor possam mitigá-los e a sua conseqüente remoção aos agentes que lhes sejam mais avessos ou sensíveis é, em geral, um objetivo considerado economicamente desejável e eficiente.³⁹³ Por essa razão, os riscos devem ser apresentados no contrato de forma clara e precisa, desde o início da parceria (assinatura do contrato), cabendo ao parceiro público realizar a prévia avaliação, de forma objetiva, incluindo a sua descrição, as estratégias e a sua alocação, a fim de gerenciar de forma mais condizente o impacto na economia e no financiamento do projeto. Ao parceiro privado, cabe também avaliar tais riscos e decidir sobre a realização do investimento ou não.

A tarefa de identificação e repartição do risco deverá ser efetuada numa fase muito embrionária do projeto, na medida em que ainda não foram estabelecidos compromissos relevantes. Dito isso, e com base nas colocações feitas por Joana Guedes, para melhor identificar os riscos, é necessário analisá-los em três níveis: macro, meso e micro. O nível macro caracteriza-se por compreender riscos exteriores ao projeto, como condições políticas, legais, econômicas, sociais, e até mesmo meteorológicas; o meso compreende riscos internos ao projeto, como a sua implementação, demanda, localização, construção e tecnologia; o micro representa riscos no âmbito das relações entre os diferentes envolvidos em todo o processo, notadamente porque os interesses dos parceiros são diferentes. Se o setor público orienta-se pela prossecução do bem-estar social, o privado é orientado pelo lucro. Em suma, no caso particular da distribuição do risco, a sua avaliação e alocação é

³⁹² FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Parceria público-privada**, p. 150-152.

³⁹³ MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 31-55, mar. 2011.

componente essencial de qualquer parceria. Essa mesma avaliação e alocação revestem-se de dificuldade e complicação devido às diferentes posições dos contratantes em cada mercado, aos atores intervenientes, à própria complexidade dos projetos, e à imprevisibilidade acentuada de certos riscos, pelo que não existe uma definição clara sobre a distribuição do risco.³⁹⁴

Nisso o papel do contrato é significativamente incrementado, e também passa a ter uma nova feição. A repartição de risco simboliza a nova contratualização pública, que possibilita um incremento qualitativo e quantitativo da atividade negocial entre a Administração e particulares, de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, e mais eficiente. O desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação com a prestação de serviços públicos adequados.³⁹⁵

A regra geral é que haja liberdade entre os contratantes no que se refere à alocação de riscos, porém essa liberdade deverá ganhar forma no edital e no contrato, de modo que fique claro que os contratantes saibam objetivamente que riscos estão assumindo. Não há essa obrigatoriedade de antemão que certos riscos sejam assumidos por este ou aquele concessionário, já que inclusive é possível, mas não obrigação, o compartilhamento de riscos.³⁹⁶

E essas características trazidas, de fato, passam a conformar a concessão pública de uma forma distinta da sua concepção tradicional, onde o concessionário estaria sujeito a uma infinidade de riscos por um lado, e protegido de um rol legal pré-determinado de áleas. Como afirma Justen Filho, somente seria possível atribuir o risco do empreendimento integralmente ao privado se a concessão transformasse o objeto concedido em um serviço privado – assim, o insucesso da empresa seria algo pertinente apenas ao interesse do investidor privado. Como o serviço continua a ser público, deverá ser mantido, o que conduz à impossibilidade de transformar a concessão num instrumento de risco privado apenas. Mais claro ainda: manter economicamente viável a concessão é interesse também do concedente e da

³⁹⁴ GUEDES, Joana. **Parcerias público-privadas e a distribuição do risco**. Porto, 2011. Dissertação (Mestrado de Mestrado) – Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Centro Regional Do Porto, p. 15-17.

³⁹⁵ VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 282.

³⁹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário**, p. 304.

sociedade, e a frustração do empreendimento prejudica a todos e coloca em risco a continuidade do serviço público e/ ou o funcionamento de atividades estatais.³⁹⁷

Essa nova concepção faz com que diversos pontos sejam rediscutidos no âmbito das concessões públicas. À álea econômica, por exemplo, se dão interpretações diversas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹⁸ e Lúcia Valle Figueiredo³⁹⁹, por exemplo, sustentam que a responsabilidade pelos encargos decorrentes de eventos imprevisíveis e alheios à vontade das partes deve ser compartilhada, e não arcada apenas pelo Estado. Autores como Maria Bernardete Chaves chegam a sustentar que o fato do príncipe (álea administrativa extraordinária) traduz um risco que, se concretizado, tem seus prejuízos suportados pelo Poder Público – como sustenta maioria da doutrina – mas, por outro lado, a álea econômica (e exemplifica com plano econômico, desvalorização da moeda) implica na repartição de prejuízos, e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será de “forma parcial”.⁴⁰⁰

Em verdade, nenhum dispositivo do microsistema de concessões público prevê claramente essas questões. Repetidas vezes se disse que a interpretação das leis vigentes não implica na obrigatoriedade de uma repartição equânime, mas sim que deva ser objetiva, clara no contrato, de cada risco identificado previamente.⁴⁰¹

Todavia, por maior que seja o cuidado das partes contratantes em matéria de alocação de riscos, há de se convir que seria impossível antever, com exatidão, a totalidade dos riscos potencialmente envolvidos. Por essa razão, não se pode desconsiderar a hipótese de sobrevir risco sobre o qual não haja solução contratual expressa, o que ensejará, evidentemente, uma discussão em torno da forma pela qual ele será alocado. Para Cesar Guimarães Pereira, em caso de omissão contratual, o risco permanece “sob a responsabilidade da Administração”, pois, em seu entendimento, “não se pode presumir a sua assunção pelo parceiro privado”.⁴⁰²

De certo, esta solução apresentaria a grande vantagem de afastar qualquer questionamento que venha a surgir à luz do caso concreto. Para Bruno Ferreira,

³⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 763-764.

³⁹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração**, p. 104.

³⁹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109.

⁴⁰⁰ CHAVES, Maria Bernardete. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro**, p. 42.

⁴⁰¹ Nesse mesmo sentido: FERREIA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O contrato de parcerias público-privadas e a construção do desenvolvimento nacional**, p. 122.

⁴⁰² PEREIRA, Cesar Guimarães. O processo licitatório das Parcerias Público-Privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, p. 198-239.

entretanto, esta não é a solução que deve ser adotada. Considerando que a repartição de riscos foi eleita, pelo próprio legislador, como diretriz a ser necessariamente observada, não há como se eleger solução diversa para os riscos que, porventura, não tenham sido previstos pelos contratantes. Claro que pode haver um impasse sobre a parcela de risco que cabe a cada parte e, nesse caso, a questão poderá ser dirimida pelo Poder Judiciário ou via arbitragem, como dito. Seja como for, sustenta o autor não ser permitido ao operador do Direito, a pretexto de afastar esse inconveniente, desconsiderar a diretriz estabelecida pelo legislador.⁴⁰³

Quanto a isso se concorda que nessa nova feição das concessões públicas, o ônus pela ocorrência de um fato não previsto em contrato, ou que não era mesmo previsível quando da contratação, ou cujas consequências não poderiam ser dimensionadas e que não decorram da atuação das partes, não pode ser considerada acriticamente assumida por uma só das partes.

E não se olvide que se trata de um jogo duplo: a lógica risco-lucro calha tanto para o concessionário quanto para o concedente. Ou seja, o desequilíbrio econômico produzido por eventos não previstos no contrato pode ser positivo ou negativo, e para ambas as partes. Nessa lógica, o “risco imprevisto” (aquele não constante da matriz contratual), na expressão de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, pode atuar tanto a favor da Administração como a favor do agente privado, a depender se o desbalanceamento da equação tenha sido de aumento ou diminuição dos encargos ou vantagens.⁴⁰⁴ Vale dizer: ao invés da simples consideração de encarar a concessão como atividade de risco para o concessionário, exige-se que ganhos extras advindos de fatos imprevistos possam ser compartilhados e não apenas apropriados pelo concessionário. Assim, a Administração Pública poderia inclusive pleitear o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, caso tenha se tornado excessivamente vantajoso ao agente privado, como forma, por exemplo, de redução das tarifas cobradas.

Claro que não há concessão sem riscos, seja qual a for a modalidade do contrato. Isso implica dizer que não há concessão sem risco para o concessionário ou para a concedente. A assunção de todos os riscos ou de nenhum risco são situações

⁴⁰³ FERREIRA, Bruno Oliveira da Silva. **A definição de riscos nas Parcerias Público-Privadas à luz da segurança jurídica**, p. 17-28.

⁴⁰⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. Ed. Civitas, 2004, p. 757.

meramente imaginárias, que não condizem com o que o ordenamento jurídico estabelece. Hipoteticamente, Marcos Augusto Perez propõe o exercício de imaginar um caso limite: um empreendimento em que “todos” os riscos do projeto e da sua execução fossem transferidos para o concessionário. Ainda assim, o risco do concedente responder, em última instância, pelo próprio serviço público concedido caso o concessionário faltasse com suas obrigações, de responder supletivamente em relação a terceiros prejudicados, e mesmo solidariamente em relação ao concessionário nos casos previstos em lei.⁴⁰⁵ Da mesma forma, por mais que se crie um ambiente atrativo ao concessionário, que se cerque o contrato de garantias, restará pelo menos o risco de quebra por ineficiência empresarial e o risco devido a responsabilidade solidária concessionário-concedente legalmente estabelecida para alguns casos (e.g. a responsabilidade ambiental).⁴⁰⁶

Outro exemplo disso é o tratamento a ser dado pela disciplina contratual às áleas que, segundo a concepção tradicional, são consideradas extraordinárias (exemplificadas pelo caso fortuito, força maior, álea econômica, etc.). Ora, em última análise, “é parte do provável que aconteça o improvável”.⁴⁰⁷

Ainda que desprovida de cunho jurídico, a expressão calha ao que se pretende dizer aqui. Mesmo o que pode ser considerado, em tese, risco extraordinário, é, em maior ou menor medida, previsível, e por isso é chamando aqui de risco, e não de incerteza – vide diferenciação feita nas linhas iniciais do trabalho.

A álea extraordinária é integrada por eventos excepcionais de ocorrência possível, mas mais improvável. A distinção entre ordinary e extraordinariedade do risco reside na plausibilidade da verificação futura de um certo evento, uma avaliação que comporta graus de intensidade. Tem-se a álea extraordinária quando um evento anômalo e implausível se consuma depois de formalizada a avença, produzindo a alteração da relação original entre encargos e vantagens. Quando se alude à excepcionalidade, faz-se referência a um evento que se diferencia dos padrões de previsibilidade por sua configuração qualitativa ou quantitativa.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 130-131.

⁴⁰⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**, p. 131.

⁴⁰⁷ Frase atribuída por Roberto Ricardino a Daniel Myerson. Cf. RICARDINO, Roberto. **Administração de contrato em projetos de construção pesada no Brasil**: um estudo da interface com o processo de análise do risco. São Paulo, 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, p. 31.

⁴⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**, p. 400.

Diz-se isso pra lembrar que após a Lei de PPPs, ficou claro que o contrato disporá sobre a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes aos casos fortuitos, de força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Em poucas palavras: os contratantes, concedente e concessionário, devem ter em mente que aquilo que é improvável, que dificilmente ocorrerá, também faz parte do provável. Isto é, não se pode deixar ao léu aquilo que simplesmente consideram difícil de ocorrer. Todo o risco identificado deve ser analisado e alocado de alguma forma, ou compartilhado, ou a uma das partes. A implausibilidade não pode servir de legitimação da ausência de cobertura contratual quando se trata de projeto que envolve vultuosos investimentos, e cujo resultado interessa diretamente ao Estado (execução eficiente do contrato) e o privado (retorno do investimento).

Claro que o fato de que o parceiro privado passa a assumir parte de um risco extraordinário significa que ele não poderá exigir do Estado a recomposição da equação econômico-financeira quando houver desequilíbrio contratual decorrente, por exemplo, de força maior. Ao menos não poderá fazê-lo até a proporção em que se comprometer, de acordo com o contrato firmado. Ocorrendo essa hipótese, o parceiro público arcará com parte do prejuízo que lhe cabe, ao passo que o privado assumirá sua parte, conforme a disciplina contratual. Contudo, se o evento for de tal ordem que prejudique o empreendimento como um todo, impossibilitando a continuidade do serviço, ocorrerá que o Estado não poderá exigir que o parceiro privado dê continuidade ao cumprimento do contrato, na medida em que o evento derivado de força maior não pode ser imputado a nenhuma das partes.⁴⁰⁹

Enfim, mesmo seguindo os critérios de alocação eficiente de riscos acima delineados, permanece hígido o princípio da intangibilidade da equação contratual, que atua também como redutor de riscos. Somam-se como garantias de estabilidade aos negócios público-privados, e, conseqüentemente, como fator de atração de capitais e de segurança de investimentos, despertando o interesse de potenciais participantes das licitações públicas.⁴¹⁰ Essa função (atração de capitais) reflete diretamente na interpretação das regras inerentes à execução desse tipo de contrato, em especial relacionada aos institutos da modificação unilateral, fato do príncipe, situações em se aplica a teoria da imprevisão, etc.

⁴⁰⁹ NESTER, Alexandre Wagner. O Risco do Empreendimento nas Parcerias Público-Privadas. In: TALAMI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords). **Parcerias público-privadas**, p.189-190

⁴¹⁰ GRAU, Eros. FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, p. 98.

Esses mecanismos podem tornar as concessões mais eficientes e, enquanto viabilizadoras de infraestruturas, impactam direta e positivamente no desenvolvimento econômico, de modo a agregar fatores sociais aos indicadores do país, e incrementar o padrão de vida da sociedade. Segundo Gabardo, a eficiência do aparelho do Estado só poderá ser averiguada tendo como parâmetro esse fundamento, o que exclui de plano a perspectiva da eficiência liberal, à medida que desconsidera os fatores sociais na instituição dos critérios de avaliação do sistema econômico.⁴¹¹ A eficiência é o norte das concessões públicas, e as regras econômicas e jurídicas que conformam o contrato que as implementam (como é a distribuição de riscos) são o ferramental para alcançá-lo.

⁴¹¹ GABARDO, Emerson. **Legitimidade e Eficiência do Estado**, p. 122

CONCLUSÃO

Os projetos de infraestrutura, sob uma perspectiva privada, são vistos como negócios a ser atrativos aos investidores: seus investimentos são considerados por critérios de sustentabilidade econômica, e não sob aquela perspectiva pública já desenvolvida de cumprimento aos desideratos constitucionais e legais. Busca-se retorno econômico direto.⁴¹² Porém, a ideia aqui não era defender o investimento privado, mas demonstrar a sua importância (e da sua proteção) no âmbito do Direito contratual público. Isso porque, ao mesmo tempo, investimentos em projetos de infraestrutura têm também grande importância para o Estado, como condição *sine qua non* ao desenvolvimento socioeconômico, e ao serem feitos pela iniciativa privada, e não diretamente pelo Poder Público, dependem de uma forma contratual, a qual, como visto, ganhou contornos distintos nos últimos anos.

Como traços distintivos desta nova relação contratual, foram enumerados sinteticamente, os seguintes: (i) efetiva participação do setor privado na definição do empreendimento a ser executado, incumbindo-lhe o ônus da elaboração do projeto básico; (ii) efetivo compartilhamento dos riscos do negócio entre a iniciativa privada e o Poder Público; (iii) estabelecimento de uma relação mais horizontal entre parceiro público e privado; e (iv) emprego de técnicas de gestão privada no empreendimento, com a flexibilização das formas contratuais de concessão.⁴¹³ Com isso, o Estado passou a adotar modelos e instituições típicas do direito privado, como é a distribuição contratual de riscos ordinários e extraordinários.⁴¹⁴

De todas essas características identificou-se a partilha contratual dos riscos do negócio entre a iniciativa privada e o Poder Público como uma tecnologia jurídica apta a tornar os ajustes mais eficientes, tanto na própria redução dos riscos, na mitigação de suas consequências, e também implementando maior adequação entre as cláusulas das concessões e o espírito econômico da contratação. Isso implica, por consequência, na tendência de customização dos contratos, em detrimento da sua padronização, sobretudo em matéria de infraestrutura. Matrizes de risco estabelecidas legalmente não acompanham o aumento da complexidade dos ajustes firmados para

⁴¹² CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**, p. 275.

⁴¹³ PEIXOTO, Lílían de Castro. **A proteção aos investimentos das concessionárias**, p. 28-29.

⁴¹⁴ Aprofunda-se nessa discussão em: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contribuindo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

estes fins, e cada cenário econômico, cada setor, tem suas peculiaridades, e não se pode prescindir de contratos que não as reflitam.

Fernando Araújo é perfeito nesse ponto. Curial é se estabelecer um grau ótimo de formalização e explicitação do contrato, de suas condições, seu conteúdo, e não apenas de “acabamento”, para que seja ele um veículo de aprendizagem entre as partes, mutuamente, e também em relação aos termos acordados e suas consequências jurídicas. Isso abriria espaço para o estabelecimento de soluções relacionais, sem perdas de juridicidade do vínculo. E com essa relação de mútuo aprendizado, aperfeiçoa-se a relação e, conseqüentemente, a prestação do serviço nele formalizado.⁴¹⁵ Ou seja, mais que tratar da forma, a alocação de riscos se tornou matéria fundamental no conteúdo dos negócios público-privados, na medida em que influencia diretamente o volume de investimentos, a divisão de responsabilidades, e a própria qualidade dos resultados buscados.

Para além da Lei Federal nº 11.079/04, que positivou o dever de repartição de riscos (uma das características acima elencadas), já se veem outros exemplos repercussão legislativa do tema. Pode-se citar o Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Em seu art. 14, prevê-se que: “Nos contratos de concessão, constarão as cláusulas estabelecidas no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 5º da Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004, no que couber, além de cláusulas relativas: I - ao valor do contrato e sua remuneração; II - à alocação de riscos entre o poder concedente e a concessionária; III - às condições de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; (...)”. De igual forma, a Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou que “Art. 10. A contratação dos serviços de transporte público coletivo será precedida de licitação e deverá observar as seguintes diretrizes: (...) III - alocação dos riscos econômicos e financeiros entre os contratados e o poder concedente.”

O que se defendeu é que a distribuição de riscos pode ser encarada como a principal função dos contratos viabilizadores de investimentos de infraestrutura. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências e ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as

⁴¹⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 187.

partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (as externalidades negativas do risco) ou, pelo menos, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhes são benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.⁴¹⁶

Mas os riscos não podem ser analisados de forma dissociada da adequada prestação dos serviços, “principalmente no que diz respeito à regularidade, à continuidade e à modicidade das tarifas, alguns dos fatores que impactam os resultados dos negócios.” O desenho de gestão de risco deve ser capaz de conferir atratividade ao projeto, garantir a remuneração do capital investido, proporcionar segurança a investidores e financiadores e, sobretudo, “assegurar a melhoria da qualidade dos serviços ofertados aos usuários”⁴¹⁷, isto é, serviços eficientes.

Enfim, o Estado, vendo a necessidade de participação da iniciativa privada na realização de seus fins públicos, chega à conclusão que em determinados contratos, não cabe mais a ele impor uma subordinação irrestrita do ente privado a todos os riscos da concessão. Fica nítida esta mudança de negociação no tocante aos serviços públicos e realização de infraestruturas, elemento essencial para o desenvolvimento socioeconômico do país.

Alinhou-se aqui às percepções constantes no pensamento econômico brasileiro. Em razão déficit de investimentos em infraestrutura no país, não há muitas alternativas senão a combinação entre recursos públicos privados. O mercado para serviços de infraestrutura vem se expandindo rapidamente no país, e seu dinamismo é possivelmente o fator central para atrair o setor privado. Como dito, entretanto, o setor público necessita estar presente neste mercado, sobretudo pela conformação jurídica brasileira (serviços e bens titularizados pelo Estado), seja como investidor direto ou como regulador. Nesse segundo caso, reconhece-se que a regulação do setor de infraestrutura serve ao duplo propósito de atrair investimento privado e de melhorar o desempenho do setor público. O desafio de política pública de incremento de viabilização de infraestruturas será o de estabelecer o modelo mais apropriado para responder as demandas.⁴¹⁸ E este modelo inclui, certamente, a discussão acerca da engenharia contratual das concessões públicas.

⁴¹⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**, p. 117.

⁴¹⁷ CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. **Investimentos em Projetos de Infra-Estrutura**, p. 20.

⁴¹⁸ FRISCHTAK, Cláudio. **Infraestrutura e desenvolvimento no Brasil**, p. 340-341.

As concessões devem passar a internalizar a diretriz da repartição objetiva de riscos entre os parceiros público e privado, eliminando a concepção ilusória da transferência total dos riscos da atividade para o concessionário e, com ela, um foco de ônus indevidos para as partes. Com a partilha de riscos, em que estes são expressamente atribuídos a cada parceiro conforme a sua capacidade de gerenciá-los ou assumi-los a um custo menor, o Direito Administrativo brasileiro moderno aproveita a experiência internacional e dá mais um importante passo na busca por maior eficiência da Administração Pública.

A maior liberdade contratual entre parceiro público e privado, que unidos formarão a Sociedade de Propósito Específico executora do objeto da PPP, tende a dar maior eficiência ao empreendimento, o que se soma à segregação de ativos propiciada pela SPE como característica fundamental para a excelência do projeto. Aliás, como bem pontua Rodrigo Pironti de Castro, um dos exemplos dessa consensualidade é a divisão dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado como instrumento para manutenção da avença. Segundo o autor, os riscos suportados pelos parceiros devem ser sopesados como forma de evitar a própria inviabilização da prestação do serviço e prejudicar os interesses envolvidos. Eficiência econômica aqui é garantida não apenas pelo repasse da prestação do serviço aos particulares, mas principalmente pelo estabelecimento de critérios contratuais concertados, que permitem a conjugação, no caso concreto, da mitigação de fatores de risco e exaltação do serviço prestado com qualidade.⁴¹⁹

Além do dever de a concedente de minutar ajustes mais eficientes, melhor se compreender que a concepção dos contratos públicos impõe uma cooperação maior do que se costumeiramente se afirma, e um consenso em que se passa ao particular

⁴¹⁹ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A eficiência econômica das Parcerias Público-Privadas e do financiamento de projetos (project finance) como mecanismo para o desenvolvimento de infraestrutura estatal. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 117-130, jan./jun. 2013. Aliás, a própria constituição de uma SPE já é uma medida mitigadora de risco. Em que pese não se tenha adentrado no seu estudo, diga-se que com a SPE o contrato de concessão e a saúde financeira da concessionária poderão ser mais bem fiscalizados, em razão da segregação patrimonial, contábil e jurídica entre contratantes e empresa executora. Além disso, os investimentos e receitas concernentes especificamente ao empreendimento público serão separados diante do conjunto de todas as outras atividades eventualmente desenvolvidas pelos sócios da SPE, evitando cenários de nebulosidade. Além disso, trata-se de possibilidade conferida ao Estado de concorrer para adequar a SPE às sucessivas mudanças do cenário em que estiver inserida, em vista, por exemplo, da observância às regras de governança corporativa. Afora ser uma estrutura favorável à reversão futura dos bens afetados à concessão, tal sociedade facilita a obtenção de recursos. Além destes apontados nesse breve ensaio, diversos são os benefícios derivados da exigência de formação de SPEs nos contextos de implantação e gerência dos projetos de parceria.

não simplesmente a execução, por sua conta e risco, de um serviço, mas sim a liberdade para que possa também estipular - aqui sim *por sua conta e risco* - as estratégias de atuação empresarial fundamentais ao cumprimento do ajuste. Trata-se do reconhecimento de ampla parcela de liberdade de escolha de alternativas para o desempenho das atividades objeto do contrato, “com a liberdade e o risco permeando o regime jurídico a si aplicável”.⁴²⁰

Repise-se. O interesse público estampado no projeto concessório é maior que do que a suposta vontade das pessoas de Direito Público e de Direito Privado signatárias do negócio jurídico (e da dimensão a ela atribuída para a efetiva interpretação do pacto). Mais ainda: as circunstâncias da contratação e a base objetiva do negócio atenuarão a tensão entre a vontade das partes e a realidade econômica institucional. Será a perfeita compreensão do projeto e de suas circunstâncias que explicará as minúcias daquele contrato especial, notadamente a forma mais eficiente de se distribuir os riscos inerentes ao projeto.

⁴²⁰ CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**, p. 161.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Coords.). **Direito público em evolução**: estudo em homenagem à professora Odete Medaur. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Contratos administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Maria Eduardo. **As Parcerias Público Privadas**: instrumento de uma nova governação pública. Lisboa, 2008. 661 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 14, p. 77-85, out./dez. 2003.

_____. **Direito administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARATA, Beatriz Perisse; FERREIRA, Fernanda Fabregas; SILVA, João Paulo da Silveira Ribeiro da; SGANZERLA, Rogério Barros. **Coleção Jovem Jurista** - Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Parcerias público-privadas**: comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá. 2008

BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos**: acesso e remuneração. Curitiba, 2007. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BRANDAO, Luiz Eduardo Teixeira; SARAIVA, Eduardo Cesar Gomes. Risco privado em infra-estrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 6, Nov/Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v41n6/03.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2013.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 01, v. 56, p. 7-20, jan/mar. 2005.

BRUNO, Miguel; SILVA, Renaut Michel da. Desenvolvimento econômico e infraestrutura no Brasil: dois padrões recentes e suas implicações. In: **Análises e Propostas**, n. 38. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2009.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum: 2011.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**, 2006, v. 2.

CARVALHO FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 187.

CARVALHO, André Castro. Dinâmica das regras econômicas e jurídicas dos contratos de concessão de serviços públicos. In: **The 14th Annual Meeting of the Latin**

American and Iberian Law and Economics Association, April 26-27, 2010, San Salvador El Salvador. ALACDE Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics.

_____. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento**. São Paulo, 2013. 612 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

_____; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. Aspectos do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para obras de infraestrutura urbana. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 121-145, jul./dez. 2012.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A eficiência econômica das Parcerias Público-Privadas e do financiamento de projetos (project finance) como mecanismo para o desenvolvimento de infraestrutura estatal. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 117-130, jan./jun. 2013.

CHATELUS, Gautier; PERROT, Jean-Yves (Dir.). **Financiamento das Infraestruturas e dos Serviços Coletivos: o Recurso à Parceria Público-Privado - os Exemplos da Experiência Francesa no Mundo**. Paris: DAEI, 1994.

CHAVES, Maria Bernadete. **As parcerias público-privadas: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Orgs.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DROMÍ, Roberto. **Las ecuaciones de los contratos públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard J. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. **Northwestern University Law Review**, v. 95, n. 1, 2000.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNDANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. Ed. Civitas, 2004.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FERREIRA, Alessandro Crego Alcebiades; ANDERY, Paulo Roberto Pereira. Análise de riscos em sistemas de concessão de serviços públicos. In: **Anais do XVIII**

ENEGEP - Encontro Nacional de Engenharia de Produção - Associação Brasileira de Engenharia de Produção. Niterói - RJ, 1998. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP1998_ART432.pdf. Acesso em 16 nov. 2013.

FERREIRA, Bruno Oliveira da Silva. A definição de riscos nas Parcerias Público-Privadas à luz da segurança jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 17-28, out. 2012.

FIEGO, Sandra Vigné Lo. **Parcerias público-privadas no financiamento de transporte urbano: uma proposta para a construção de comparador público.** Rio de Janeiro, 2008. 125 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia). Programa de Pós-graduação em Engenharia de Transportes da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Extinção dos contratos administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; MIGUEL, Frederico Costa. Parcerias público-privadas: aspectos relevantes. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 40, p. 163-178, nov./dez. 2006.

_____; MIRANDA, Iúlian. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 55-78, jul./dez. 2012.

FRADE, Catarina. O direito face ao risco. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 86, p. 53-72, set. 2009.

FRANÇA, Maria Adelaide De Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos.** São Paulo, 2011. 170 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos.** São Paulo: Saraiva, 1981.

FRANCO, Viviane Gil. **Parcerias público-privadas no Brasil: em busca de eficiência por meio da alocação de riscos.** São Paulo, 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado em Economia Política) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 145-177, jan./mar. 2006.

GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 9, n. 37, p. 143-174, jul./set. 2009.

_____. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** - volume IV: Contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Maria da Glória. As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública – reflexões sobre o lugar do Direito no Estado. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Colloquia 7 - Stvdia Ivridica 60, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. **Além da euforia**: riscos e lacunas do modelo brasileiro de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier: 2012.

GONÇALVELS, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo**: tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviços Públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de Regulação Pública, vol. 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAEFF, Fernando; MARTINS, Francisco Giusepe Donato; GARCIA, Leonardo Lopes. Uma análise da alocação de riscos nos contratos de concessão para prestação de serviços públicos de infraestrutura. In: **Transporte em Transformação XVI**: Trabalhos Vencedores do Prêmio CNT: produção acadêmica 2011 / Confederação Nacional do Transporte, Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes. Brasília: Positiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto Grau; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GRILO, Leonardo Melhorato. **Modelo de análise da qualidade do investimento para projetos de parceria público-privada (PPP)**. São Paulo, 2008. 471 f. Tese (Doutorado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUEDES, Joana. **Parcerias público-privadas e a distribuição do risco**. Porto, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Centro Regional Do Porto.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.157-171, out./dez. 2008.

_____. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 121-148, jan./mar. 2008.

_____. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

_____. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HILL, Stephen. Guia sobre a gestão de riscos no serviço público. In: **Cadernos ENAP - Escola Nacional de Administração Pública**, Brasília, n. 30, 2006.

IKENAGA, Ana Lucia. Mutações do conceito de equação econômico-financeira. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 96, p. 17-22, dez. 2009.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro; Infraestrutura Econômica, Social e Urbana; Livro 6. Brasília: Ipea, 2010, v.1.

IRWIN, Timothy (Ed). **Dealing with public risk in private infrastructure**. World Bank Latin American and caribbean studies, [S. l.], 1997.

_____. **Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects**. Washington, D.C: The World Bank, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Dover, 2006.

KUJAWSKI, Fabio Ferreira. **A regulação em favor de investimentos privados em infra-estrutura**. São Paulo, 2007. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LAFER, Celso. **JK e o Programa de Metas (1956-1961)**: processo de planejamento e sistema político do Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 91-104, jul./set. 1997.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. **Controle de preços nos contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 31-55, mar. 2011.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos: a equação econômico financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, Rio de Janeiro, p. 13-29, abr./mai./jun. 2002.

MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-120, jan./jun. 2012.

MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

_____. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**, São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 100-112, 2012.

_____. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/95 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. v. 2.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 81-124, mar./ago. 2012.

_____; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

MOREIRA, Leandro Capergiani; BRESCIANI, Luis Paulo; VIEIRA, Sirlei Tereza Pitteri; QUEIROZ, Geison Cantarelli Muniz de. As parcerias público-privadas no estado de São Paulo: a contribuição ao processo de descentralização da Administração Pública. **Gestão & Regionalidade**, vol. 28, n. 84, p. 33-47, set./dez.2012.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, André Teixeira de Miranda. **Garantias governamentais em projetos de PPP: uma aplicação do modelo LPVR ao caso da BR-116/324**. Rio de Janeiro, 2008.

74 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

JUSTINO, Gustavo Henrique. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

_____. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v.4, n.45, p.6023-6039, set. 2005.

OU DOT, Jean. M. **Risk-allocation: theoretical and empirical evidences. Application to public-private partnerships in the defence sector**. Centre ATOM, University of Paris I Panthéon, Soborne, 2005. Disponível em: <<http://carecon.org.uk/Conferences/Conf2005/Papers/Oudot.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2013.

PAMPLONA, João Batista; FRANCO, Viviane Gil. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza: v.39, n.1, p. 25-45, jan./mar. 2008.

PEIXOTO, Lílian de Castro. **A proteção aos investimentos das concessionárias de serviço público na jurisprudência dos tribunais superiores**. São Paulo, 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 11-13, abr. 2009.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo, Saraiva: 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PESTANA, Márcio. **A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)**. São Paulo: Atlas, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. Momento de definição da infraestrutura brasileira. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Org.). **Parceiras público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

_____. O que trava as concessões de infraestrutura?. **Correio Braziliense**, Brasília, 25 set 2013.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômicas das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº. 2, maio./jun./jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio de 2013.

_____. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v.13, n.25, p.155-182, 2006.

POLTRONIERI, Renato. **Parceria público-privada e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; PAULA, Jean Marlo Pepino de. Considerações sobre a alocação de riscos na concessão do trem de alta velocidade entre Rio De Janeiro, São Paulo e Campinas. In: **TEXTO PARA DISCUSSÃO 1920 - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Rio de Janeiro: IPEA, 2014.

REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 173-200, out/dez. 2008.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RICARDINO, Roberto. **Administração de contrato em projetos de construção pesada no Brasil: um estudo da interface com o processo de análise do risco**. São Paulo, 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Almedina: Coimbra, 2009.

ROUBINI, Nouriel; MIHM, Stephen. **Crisis economics: a crash course in the future of finance**. Nova York: Penguin Books, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMONI, Jorge L. **Teoria General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infraestrutura: a experiência do setor de infra-estrutura de transporte rodoviário. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 49, p. 135-158, maio/jun. 2008.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. **Estrutura de Governança e Universalização de Serviços**: a Eficiência Econômica dos Modelos Contratuais de Parceria Público Privada. Rio de Janeiro, 2006. 170 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SARAIVA, Eduardo Cesar Gomes. **Projetos de Infraestrutura Pública**: Risco, Incerteza e Incentivos. Rio de Janeiro, 2008. 110 f. Tese (Doutorado em Economia) - Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas.

SCHAPIRO, Mário Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do estado na economia**: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. São Paulo, 2009. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

_____. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **A remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Barueri: Manole: 2008.

SILVA, Leonardo Toledo da. (Coord.). **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ricardo Toledo. Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil. In: **DOSSIÊ: Serviços urbanos, cidade e cidadania**. Programa interdisciplinar globalização econômica e direitos do MERCOSUL. Disponível em: <www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo>. Acesso em: 03 nov. 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

_____. **Direito administrativo das parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor**: sistematização e regulação. São Paulo, 2010. 288 f; Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Albano da Silva Pinto. Eficiência do RDC: Contratação Integrada. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 86-105, jul./dez. 2012.

TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59, jan./fev./mar. 2011.

TOLEDO, Gatão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 11-23, out./dez. 2005.

_____. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no art. 4º da Lei n. 11.079/04. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 201-220, jan. / mar. 2005.

VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fabio; PESSÔA, Samuel (Orgs.). **Desenvolvimento econômico**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WALD, Arnaldo. Solução para a infraestrutura não pode partir só do Estado. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 de setembro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/arnoldo-wald-solucao-infraestrutura-nao-partir-estado>. Acesso em 15 set. 2012.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **Direito de parceria e a nova Lei de Concessões**: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP):** risco e incerteza. São Paulo: Quartier Latin, 2012.