



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



LUÍSA ALMEIDA DUBOURCQ SANTANA

**O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A ALOCAÇÃO DE RISCOS
EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Recife
2019

LUÍSA ALMEIDA DUBOURCQ SANTANA

**O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A ALOCAÇÃO DE RISCOS
EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público

Linha de Pesquisa: Estado e Regulação

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife

2019

**Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736**

S232c Santana, Luísa Almeida Dubourcq.
 O controle dos Tribunais de Contas sobre a alocação de riscos em contratos de
 parceria público-privada / Luísa Almeida Dubourcq Santana. – Recife, 2019.
 169 f., il., gráfs., tabs.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega.
 Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de
 Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Direito Administrativo – Brasil. 2. Administração Pública. 3. Parceria
Público-Privada. 4. Tribunal de Contas da União. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios
da (Orientador). II. Título.

LUÍSA ALMEIDA DUBOURCQ SANTANA

**O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A ALOCAÇÃO DE RISCOS
EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 04/12/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof.º Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof.ª Drª. Luciana Grassano Gouvêa Melo (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof.ª Drª. Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega (Examinadora Externa)

Universidade Católica de Pernambuco

“O acaso é apenas a medida da nossa ignorância.”

Jules-Henri Poincaré

AGRADECIMENTOS

A obtenção de um título, sobretudo por uma universidade pública, é sempre um esforço coletivo. Foram inúmeros os que, em maior ou menor grau, contribuíram para que eu chegasse até aqui. A todos eles, meus sinceros agradecimentos.

Agradeço especialmente aos meus pais, Ana Tereza e Luiz, pelo incentivo à leitura e ao estudo desde a infância, pela compreensão nos momentos de reclusão e pelo apoio irrestrito.

A Caio, por caminhar ao meu lado e segurar minha mão, com a certeza de que esse não é um projeto só meu, mas nosso.

A Clarissa Marques, pelo auxílio na revisão do projeto de mestrado e por incentivar meu retorno ao ambiente acadêmico.

Aos amigos da Amaral, Paes de Andrade e Figueirêdo Advogados, e em especial a Edinaldo Amaral, por me disponibilizar a sua biblioteca pessoal e pelo suporte nos momentos em que precisei me ausentar do escritório para me dedicar às atividades acadêmicas.

Ao professor Marcos Nóbrega, meu orientador, pelo apoio e sugestões que tanto enriqueceram este trabalho e pelas brilhantes reflexões que nos proporcionou em sua disciplina, fazendo-nos pensar o Direito com outros olhos.

Aos professores Francisco Cavalcanti e Edilson Nobre, pelas sugestões realizadas no exame de qualificação da dissertação, que certamente contribuíram para o resultado deste trabalho.

Aos professores Edilson Nobre, Luciana Grassano, Sérgio Torres, Artur Stamford, Alexandre da Maia e Pedro Parini, pelo conhecimento compartilhado em suas respectivas disciplinas, que me permitiram alçar novos voos.

Aos colegas e funcionários do PPGD, especialmente a Maria do Carmo Mota de Aquino, por toda a assistência prestada nos dois últimos anos.

RESUMO

A Lei nº 11.079/2004 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a preocupação com a alocação de riscos em contratos administrativos de longo prazo, ao prever a repartição objetiva de riscos entre as partes como diretriz dos contratos celebrados sob a sua égide. Até então, os contratos administrativos se valiam da regra geral contida na Lei nº 8.666/1993, que atribui ao particular o dever de arcar com os riscos ordinários e, ao contratante, a responsabilidade pelos riscos extraordinários aferidos no curso da execução contratual. A partir da Lei nº 11.079/2004, emergiu para a Administração Pública a necessidade de, na fase interna da licitação, promover a distribuição dos riscos entre Poder Concedente e concessionário, de forma a maximizar a eficiência, a atratividade e a longevidade do projeto. Por sua vez, nos termos da Constituição Federal e de suas respectivas leis orgânicas, incumbe aos tribunais de contas a fiscalização de atos e contratos administrativos, em especial quanto a critérios de economicidade, legitimidade e legalidade. Partindo-se destas premissas, este trabalho objetiva investigar a competência dos tribunais de contas quanto ao controle da alocação de riscos em contratos de parceria público-privada, sob o fundamento da economicidade, e a possibilidade de que a matriz de riscos estabelecida pelo Poder Público na fase de licitação seja alterada, no curso do contrato, pelo ente fiscalizador. A partir da pesquisa doutrinária acerca dos institutos das parcerias público-privadas e dos critérios para a alocação de riscos em contratos desta natureza, bem como dos precedentes do Tribunal de Contas da União acerca da fiscalização de contratos de infraestrutura, entendeu-se possível o controle externo da alocação de riscos, sob a forma de recomendações ou determinações, a depender do momento em que realizado o controle.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; Alocação de riscos; Tribunal de contas; Controle externo; Economicidade.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Act 11.079/2004 has introduced in the Brazilian legal order the concern about risk allocation in long term public contracts, by encompassing the previous risk distribution among contracting parties as a guideline of public-private partnership contracts. Up until then, government contracts were guided by the general rule contained in the Federal Act 8.666/1993, which states that the private contracting party is liable for the ordinary risks, while the public contracting party is liable for the extraordinary risks that may occur during contract implementation. From then onwards, there has emerged the need for the public administration to allocate risks among contracting parties before the auction notice is published, in order to maximize the project's efficiency, attractiveness and longevity. In turn, according to the Federal Constitution and their corresponding administrative laws, the courts of auditors are entitled to inspect public acts and contracts, especially regarding economical, legal and legitimacy criteria. Starting from these premises, this work aims to investigate whether the courts of auditors are empowered to control risk allocation in public-private partnership contracts, under economical grounds, and also whether the risk matrix, designed in the bid process, can be altered by the controlling body during contract implementation. After a bibliographic research regarding public-private partnership contracts and the risk allocation criteria in such contracts, as well as Federal Court of Auditors' precedents on this matter, it was found possible for the courts of auditors to intervene in public contracts concerning risk allocation, by recommending or determining certain measures to the public administration depending on when the external control has taken place.

Keywords: Public-private partnerships; Risk allocation; Court of auditors; External control; Cost-effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Art.	artigo
BNB	Banco do Nordeste do Brasil
CF/1988	Constituição Federal de 1988
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PL	Projeto de Lei
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parceria Público-Privada
SPE	Sociedade de Propósito Específico
TCU	Tribunal de Contas da União
TIR	Taxa Interna de Retorno

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 - Classificação dos riscos em projetos de PPP.....	91
Gráfico 1 - Momento do controle	147
Gráfico 2 - Tipo de contrato.....	148
Gráfico 3 - Relator	149
Gráfico 4 - Ente jurisdicionado	150
Gráfico 5 - Indicação do TCU	151
Gráfico 6 - Conduta do TCU no controle prévio	152
Gráfico 7 - Conduta do TCU no controle concomitante	152

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O INSTITUTO JURÍDICO DAS CONCESSÕES COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE ESTADO E INICIATIVA PRIVADA	19
2.1	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES	19
2.1.1	As concessões de serviços públicos em uma perspectiva histórica	23
2.1.2	O histórico brasileiro das concessões.....	27
2.2	O REGIME CONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES	33
2.3	AS CONCESSÕES SOB A PERSPECTIVA DA LEI Nº 8.987/1995.....	38
2.4	AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS REGULADAS PELA LEI Nº 11.079/2004	46
3	A CONCEPÇÃO DE RISCO NA MODERNIDADE E OS SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	54
3.1	O CAMINHO ATÉ A SOCIEDADE DE RISCO	54
3.2	RISCO E INCERTEZA: CONCEITUAÇÃO E PERSPECTIVAS.....	61
3.3	O RISCO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	65
3.3.1	O risco sob a perspectiva da Lei nº 8.666/1993	75
3.3.2	O risco na Lei nº 8.987/1995.....	81
3.3.3	O risco nas parcerias público-privadas	85
3.3.3.1	<i>Alocação e mitigação de riscos nas parcerias público-privadas</i>	90
4	O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	100
4.1	BREVE ANÁLISE DAS FORMAS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PREVISTAS NA LEI Nº 11.079/2004.....	100
4.2	A RELAÇÃO ENTRE A MATRIZ DE RISCOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....	104
4.3	FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	110
4.4	A INADEQUAÇÃO DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ATRAVÉS DO MECANISMO DA TAXA INTERNA DE RETORNO.....	115
5	O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE OS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....	119
5.1	FUNDAMENTOS DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	119
5.2	O DESENHO NORMATIVO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O SEU PAPEL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	124

5.3	PERSPECTIVAS DO CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A MATRIZ DE RISCOS DE CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA ..	133
5.4	O CONTROLE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS SOB OS NOVOS PARADIGMAS DO CONSEQUENCIALISMO	141
5.5	A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COM O CONTROLE DE MATRIZES DE RISCO	145
6	CONCLUSÕES	155
	REFERÊNCIAS.....	161

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, a infraestrutura de um país ocupa papel central em seu desenvolvimento, na medida em que possibilita a expansão da atividade econômica e confere qualidade de vida à população. Nesse sentido, a implantação de portos e aeroportos permite a ampliação de importações e exportações, a qualidade de estradas e rodovias reduz os custos logísticos e facilita a mobilidade de pessoas e produtos pelo território nacional, a adequada gestão e destinação final de resíduos sólidos contribui para a preservação do meio ambiente e para a qualidade da saúde pública, entre tantos outros exemplos que se pode suscitar acerca da importância de obras e projetos de infraestrutura para o desenvolvimento social e econômico de uma determinada localidade.

O grande desafio dos governos ao longo dos anos, sobretudo no passado mais recente, tem sido compatibilizar a crescente demanda social por infraestrutura com a inexorável escassez de recursos capazes de atender aos desígnios da Administração Pública em sua integralidade. Em outros termos, não possuindo o Estado recursos suficientes para satisfazer todas as necessidades dos cidadãos, emerge a necessidade de se buscar fontes alternativas de financiamento da infraestrutura, colocando a iniciativa privada em papel de destaque no apoio à concretização de políticas públicas. A questão ganha ainda mais relevância ao se considerar que a Constituição Federal de 1988 positiva longo rol de direitos, especialmente de caráter social, que demandam do Poder Público atuação forte e presente, sob pena de tornar letra morta a Carta Magna.

Fortalecem-se, com isso, as parcerias entre Estado e iniciativa privada, abrangendo múltiplas formas de contratação e associação, destinadas a assegurar a realização de obras e prestação de serviços à coletividade. São dignos de nota, nesse prisma, instrumentos como permissões, concessões, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração e de fomento, contratos de prestação de serviço, entre outros arcabouços jurídicos que permitem a viabilização de projetos de interesse público. Em comum, as modalidades de parceria (entendidas aqui em sentido amplo) possuem a característica de ajustes regulados por normas de direito público, em que o interesse público se sobressai sobre o particular, e o objetivo de viabilizar a atuação estatal de modo geral, haja vista a inviabilidade de prestação direta de todos os serviços postos à disposição da coletividade pela Administração.

A união de esforços entre Poder Público e iniciativa privada, em detrimento da execução direta das atividades pela Administração, permite ao Estado economizar recursos financeiros e

humanos, ao tempo em que – ao menos em tese – põe à disposição do cidadão serviços com maior qualidade e eficiência, porquanto prestados por quem detém larga expertise na matéria. Ao particular, por sua vez, interessa celebrar parcerias com a Administração Pública, não apenas por questão patrimonial, tendo em vista tratar-se de cliente solvente, mas também comercial, uma vez que lhe possibilita alcançar fatias de mercado e obter expertise para o desenvolvimento de projetos semelhantes em outras localidades. Há, por conseguinte, grande benefício social advindo do fortalecimento das relações entre Estado e iniciativa privada.

As concessões não são novidades da atualidade, nem muito menos estão restritas ao ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que suas origens remontam à antiguidade clássica. No entanto, o instituto foi se adaptando e se transformando ao longo do tempo, e atualmente é largamente utilizado pela Administração Pública no país para a concretização de projetos de interesse público.

Até a edição da Lei nº 11.079/2004, que regulamenta as parcerias público-privadas, o Poder Público dispunha essencialmente de dois diplomas principais para a execução indireta de obras e serviços, quais sejam, as Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995. Sob a égide da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), entretanto, o prazo de duração dos contratos é reduzido, alcançando, em caráter extraordinário, no máximo seis anos em casos de serviços contínuos, e os investimentos devem necessariamente ser custeados pelo Estado, demandando maior desembolso de recursos públicos antes mesmo da disponibilização da obra ou serviço à coletividade. Por sua vez, a Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) impõe que os serviços concedidos sejam remunerados apenas pelo pagamento de tarifas pelo usuário, o que, analisado sob o prisma do princípio da modicidade tarifária, impede a viabilização financeira de alguns projetos relevantes.

A Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas) surgiu para suprir as lacunas existentes nos regimes anteriores, permitindo que os contratos sejam celebrados por prazo mais longo, que os investimentos apenas sejam pagos após a disponibilização da infraestrutura a cargo do particular e que haja complementação pecuniária do Estado às tarifas, viabilizando projetos sem afronta ao princípio da modicidade tarifária. Vislumbra-se, nesse contexto, grande importância dos projetos de parceria público-privada para o fortalecimento da infraestrutura no país, sobretudo em um cenário de instabilidade econômica, em que a Administração Pública, especialmente em entes federativos menores, não possui recursos suficientes para prover a população com as obras e serviços necessários.

Com isso, emerge a importância de se conferir um ambiente de negócios e contratações seguro e robusto, de modo a garantir a atratividade dos projetos de parceria público-privada

para particulares interessados em investir e prestar serviços à Administração Pública. Com efeito, considerando que o Poder Público não detém condições financeiras, técnicas nem disponibilidade de pessoal para a execução direta das atividades postas sob sua responsabilidade, deve assegurar as condições para que a iniciativa privada participe do processo, favorecendo, em última análise, a coletividade usuária e beneficiária das parcerias.

Nesse prisma, mostra-se imperioso garantir aos particulares (i) o fiel cumprimento das cláusulas contratuais pactuadas, ressalvado, naturalmente, o direito à alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro da avença; (ii) a segurança jurídica e a previsibilidade das normas regulatórias incidentes sobre o serviço delegado; e (iii) o cumprimento das condições financeiras e de pagamento pactuadas, sobretudo ao se considerar que as parcerias público-privadas demandam investimentos bastante vultosos e que o particular, salvo na hipótese de aporte de recursos públicos ainda na fase de obras, arcará com todos os custos da implantação da infraestrutura antes de receber qualquer tipo de contraprestação estatal.

Parece natural, assim, buscar a segurança nas contratações públicas, para favorecer o ambiente contratual e de negócios necessário ao bom andamento das parcerias público-privadas. Por outro lado, é inevitável a presença e a influência de riscos, das mais diversas ordens, na sociedade contemporânea, de modo que nem sempre o futuro corresponde àquilo que foi antevisto ou imaginado no momento da celebração do contrato. Em outras palavras, os contratos administrativos – como qualquer outro ato da vida contemporânea – estão sujeitos a interferências externas capazes de comprometer a sua execução nos exatos termos pactuados inicialmente pelas partes, sendo essencial a previsão de mecanismos para que contratante e contratado consigam lidar com as consequências dos eventos indesejados no curso da execução da avença.

Surge, então, a necessidade de se compatibilizar, de um lado, a demanda por segurança jurídica nos contratos administrativos e, de outro, a presença de fatores de risco capazes de desequilibrar, onerar ou interferir na execução do ajuste celebrado. Imagina-se que o segredo para tanto está na previsão de regras claras para a alocação e o tratamento dos riscos em contratos de infraestrutura, porquanto acarreta uma maior previsibilidade no ambiente de negócios, ampliando a segurança jurídica e, por conseguinte, favorecendo a economicidade das contratações.

Sob a ótica da Lei nº 8.666/1993, a preocupação com o risco é deslocada para o momento de sua materialização, dificultando que as partes adotem condutas dirigidas à sua prevenção e, por conseguinte, favorecendo a ocorrência dos eventos danosos. Nesse passo, a

lógica adotada pelo diploma é segmentar os riscos em ordinários, suportados pelo particular, e extraordinários, suportados pela Administração Pública, de sorte a frequentemente existir impasse entre as partes quanto ao enquadramento de determinada situação na categoria de risco ordinário ou extraordinário. Embora se saiba, conforme será detalhado ao longo do presente trabalho, que também na Lei nº 8.666/1993 é possível a alocação preventiva de riscos entre as partes contratantes, o fato é que, na prática, não há preocupação com a distribuição prévia de riscos entre Administração Pública e particular, deslocando-se a matéria para o Poder Judiciário quando da ocorrência, no caso concreto, de evento não antecipado pelas partes.

A Lei nº 8.987/1995 manteve o impasse quanto à gestão dos riscos nos contratos de concessão, ao dispor que seriam executados “por conta e risco” do particular. Assim, sem embargo de incipiente discussão quanto ao alcance da expressão, tende-se a considerar que, também nas concessões comuns, há a segmentação dos riscos em ordinários e extraordinários, sendo os primeiros suportados pelo concessionário e os últimos, pelo Poder Concedente. Falta, portanto, preocupação quanto à prevenção e gestão de riscos nas concessões, uma vez que as partes não sabem, de antemão, a quais intercorrências ficarão sujeitas.

Com o advento da Lei nº 11.079/2004, a questão ganhou novos contornos, haja vista ter sido o diploma legal expresso ao exigir a alocação preventiva de riscos, refletida em matriz própria, nos contratos de parceria público-privada, sendo possível, inclusive, o compartilhamento ou mesmo a atribuição ao particular de riscos costumeiramente impostos ao Poder Público, como caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária. Quer isto dizer que a Lei de PPP inaugurou novos paradigmas quanto à gestão de riscos na Administração Pública, conferindo prevalência à sua prevenção desde o momento da celebração do contrato, e não apenas a preocupação com suas consequências uma vez materializado o evento.

Nesse contexto, mostra-se de suma importância que a Administração Pública, na fase de elaboração do edital de concessão e da minuta do contrato, dedique especial atenção aos riscos potencialmente capazes de atingir o objeto da concessão e impactar na execução do contrato, promovendo a sua devida distribuição conforme critérios previamente estabelecidos, destinados a maximizar o valor do projeto. Em outros termos, a alocação de riscos não pode se dar de maneira aleatória, devendo respeitar a atribuição conforme a parte com as melhores condições de prevenir ou gerir o risco.

Isso significa que a Administração Pública não pode atuar de maneira livre na elaboração dos contratos de parceria público-privada, devendo observância não apenas à necessidade de previsão de uma matriz de riscos, mas, especialmente, aos critérios que norteiam

tal alocação, uma vez que isso impacta diretamente (i) na atratividade do projeto para potenciais interessados em participar do certame licitatório; (ii) no valor das propostas de preço apresentadas, já que riscos alocados ao particular tendem a se converter em custos no certame; e (iii) na longevidade da parceria, já que riscos são capazes de afetar a execução do objeto concedido. Por conseguinte, havendo balizas à atuação estatal, há também espaço para a atividade de controle externo da Administração Pública, destinada a aferir a compatibilidade e adequação dos contratos elaborados com as diretrizes fixadas para a sua modelagem.

As funções de controle externo da Administração Pública, exercidas pelo Poder Judiciário ou pelos tribunais de contas, têm alcançado cada vez mais importância e robustez no cenário contemporâneo, sendo certo que a atividade administrativa não pode correr ao largo das diretrizes traçadas pelos órgãos de controle. Assim, as cortes de contas possuem papel de suma relevância no aparo de arestas em contratos administrativos, prezando pela legalidade, legitimidade e economicidade das contratações e conferindo equilíbrio ao sistema tripartite de poderes.

A dinâmica de riscos, inerente às relações sociais, passa a fazer parte não apenas do dia a dia dos contratos administrativos, mas também, por via de consequência, das atividades dos órgãos de controle, em especial os tribunais de contas. O presente trabalho parte destas premissas e busca investigar se é possível às cortes de contas intervir nas matrizes de risco em contratos de parceria público-privada, sob o fundamento de sua inadequação aos critérios que regem a alocação preventiva de riscos, e quais os limites e consequências da fiscalização exercida sobre a repartição preventiva de riscos em projetos desta natureza.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos, além destas considerações introdutórias e das conclusões. O primeiro deles aborda o papel das concessões como instrumento para a concretização de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, a partir de um breve panorama histórico das concessões no Brasil e em outras localidades. Em seguida, passa-se a destrinchar o regime jurídico das concessões no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal, passando pela Lei Geral de Concessões, até a Lei de Parcerias Público-Privadas, tidas por concessões especiais, com o objetivo de fixar as bases teóricas para a compreensão dos limites e características essenciais do modelo concessório no país.

O segundo capítulo aborda a temática do risco na sociedade contemporânea e, por conseguinte, seus impactos nos contratos administrativos, a partir do conceito de sociedade de risco em Ulrich Beck. Defende-se, assim, que os riscos são inerentes às relações sociais e, portanto, cabe aos indivíduos criar estratégias para lidar com eles, minimizando suas repercussões negativas e ampliando seus impactos positivos. Afunilando-se a discussão para o

risco nos contratos administrativos, o capítulo aborda a evolução da disciplina do risco nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 8.987/1995, até se alcançar os novos paradigmas estabelecidos pela Lei nº 11.079/2004 para as parcerias público-privadas.

Considerando que a matéria da alocação preventiva de riscos está intimamente ligada ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, tendo em vista considerar-se assegurado o equilíbrio quando respeitadas as condições fixadas na matriz anexa à avença, o terceiro capítulo aborda o equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas, tratando das formas de mitigação de riscos e de recomposição da equação econômico-financeira.

Por fim, o quarto e último capítulo trata do controle externo dos contratos de parceria público-privada pelos tribunais de contas, a partir de um panorama geral sobre a atividade de controle da Administração Pública, de suas balizas constitucionais e legais, a fim de investigar a possibilidade de interferência nas matrizes de risco em contratos administrativos. Após o detalhamento do cenário doutrinário acerca da matéria, passa-se ao estudo de precedentes do Tribunal de Contas da União quanto ao controle de matrizes de risco, buscando identificar se a prática das cortes de contas se amolda às análises teóricas traçadas.

A metodologia empregada no presente trabalho consiste em pesquisa e revisão bibliográfica, abrangendo a doutrina nacional e estrangeira acerca das temáticas de concessões e parcerias público-privadas, critérios econômicos e jurídicos para a alocação de riscos em contratos de longo prazo e competências e limites para o poder de fiscalização dos Tribunais de Contas. Foi realizada análise qualitativa da bibliografia pesquisada, com o objetivo de identificar, de um lado, as melhores práticas para a alocação de riscos em contratos de concessão e parceria público-privada e, de outro, os limites para a competência fiscalizatória dos Tribunais de Contas, traçando-se as bases teóricas para os problemas de pesquisa levantados. A metodologia adotada abrange, ademais, a análise do entendimento jurisprudencial de tribunais de contas, através da pesquisa de precedentes proferidos na apreciação contratos de infraestrutura, realizando um cotejo com a pesquisa bibliográfica, com o objetivo de verificar se o entendimento da corte se coaduna com as bases teórico-doutrinárias traçadas, no que toca ao controle da alocação de riscos em contratos administrativos de longo prazo.

Destaca-se, por fim, que o método utilizado no presente trabalho é o dedutivo, partindo-se das conclusões doutrinárias acerca dos critérios para a alocação de riscos em contratos de concessão e parceria público-privada e dos limites para o controle das cortes de contas sobre os referidos critérios e realizando-se um cotejo analítico com as verificações

práticas destes critérios e limites na atuação dos Tribunais de Contas, com o objetivo de verificar se a atuação da corte reflete o entendimento doutrinário.

Espera-se, com o presente trabalho, contribuir com o estudo do risco nos contratos administrativos e com a compreensão dos limites para a atividade de controle da Administração Pública, partindo-se da premissa de que, embora os riscos sejam inexoráveis e os contratos administrativos invariavelmente absorvam a sua dinâmica, as funções de controle externo não são ilimitadas, mormente em face dos ditames da segurança jurídica, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e do consequencialismo no controle. Almeja-se, ainda que de forma diminuta, disseminar a preocupação com a prevenção de riscos nos contratos administrativos, a partir da constatação de que o seu tratamento preventivo é mais eficaz que a mitigação de suas consequências em caso de materialização.

2 O INSTITUTO JURÍDICO DAS CONCESSÕES COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE ESTADO E INICIATIVA PRIVADA

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONCESSÕES

Na esteira do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, constituem objetivos fundamentais da República, entre outros, garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades regionais e promover o bem de todos. Trata-se de carta política ampla e complexa em suas pretensões, impondo ao Estado a necessidade de concretização de uma vasta gama de direitos, com foco na promoção da cidadania e no respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o direito administrativo ganha importância enquanto ramo do estudo jurídico, na medida em que delimita os contornos da atuação do Estado que, direcionado à concretização do interesse público¹, tem por mister a efetivação dos direitos e garantias assegurados pelo constituinte. Deve-se ressaltar, por oportuno, que a ênfase conferida ao Poder Público na promoção de direitos constitucionalmente assegurados não consiste em movimento restrito às terras pátrias, mas, em verdade, reflexo do contexto global da consolidação do modelo jurídico-constitucional de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou Estado Social de Direito.

Com efeito, o fim do século XIX e início do século XX foram palco para a crise do Estado Liberal, cujos valores do liberalismo econômico e da proteção das liberdades individuais acabaram por agigantar as diferenças e desigualdades entre as classes socioeconômicas da sociedade ocidental. Após a Segunda Guerra Mundial, assim, observou-se um movimento de transição para o Estado Social de Direito, aumentando a participação estatal na sociedade e transferindo o foco do governo da proteção das liberdades individuais para a busca por uma maior igualdade.

A partir dessa nova concepção, em que se mostrava essencial a proteção da igualdade, haja vista as graves crises sociais desencadeadas pelo contexto bélico, o Estado alargou-se,

¹ Conquanto a doutrina administrativista em geral faça alusão à expressão “interesse público” ao tratar do papel do Estado em sua concretização, sobretudo ao dispor que o administrador público não atua conforme seus próprios interesses, mas apenas enquanto representante e gestor do interesse público ou interesse geral da coletividade, atualmente há quem aluda a “interesses públicos”, no plural. Com efeito, em uma sociedade diversa e plural como a contemporaneamente observada, não mais há espaço para um único “interesse público”, de titularidade estatal, mas de diversos interesses, relativos aos múltiplos setores da sociedade civil. Por conseguinte, segundo alude Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Poder Público não mais é capaz de prover todos os interesses da sociedade, nascendo a importância de se investir em atividades de fomento estatal, para que restem concretizados – ainda que por particulares, com o apoio do Estado – os diversos interesses da sociedade (DI PIETRO, 2019, p. 23).

passando a ocupar-se da proteção dos direitos sociais e econômicos e não mais apenas da tutela da liberdade (que concretizava uma atuação passiva ou “negativa”, própria dos direitos fundamentais de primeira geração).² Nesse sentido, a atuação estatal no cenário do Estado de Bem-Estar Social passou a compreender a prestação de serviços públicos comerciais, industriais e sociais, inclusive mediante a criação de empresas estatais específicas, atividades de intervenção no domínio econômico, além de fomento de atividades a cargo da iniciativa privada (DI PIETRO, 2019, pp. 10-11).

A consagração do *Welfare State* na Constituição Federal de 1988 redefiniu o papel do Estado na prestação de serviços públicos e na tutela de interesses coletivos, colocando-o como protagonista da efetivação dos direitos sociais. Ao consagrar tais ideais, todavia, o modelo normativo adotado pelo constituinte significou o agigantamento do Estado, trazendo consigo o risco de ineficiência na execução de seu mister. Nesse sentido, surgiu, na década de 1990, a necessidade de se repensar o modelo de Estado adotado no Brasil, com o objetivo – ao menos em tese³ – de assegurar a sua eficiência, o que se denominou de reforma administrativa gerencial.⁴

A reforma administrativa gerencial importou na segmentação do Estado em diversos setores, fortalecendo-se o campo dos serviços públicos não exclusivos ou competitivos, em que o Poder Público passa a atuar em conjunto com a iniciativa privada (DIAS, 2003, pp. 225-226).

² Os direitos fundamentais de primeira geração são oriundos das revoluções americana e francesa e consistem em liberdades individuais, identificadas com uma abstenção do Estado, isto é, obrigações de não fazer ou não intervir, a exemplo da liberdade de culto, a liberdade de consciência e a inviolabilidade de domicílio. Com a crescente desigualdade do Estado Liberal, sobretudo no pós-guerra, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, de cunho prestacional, a exemplo dos direitos à saúde, à educação e ao trabalho. Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos difusos ou coletivos, de que são exemplos os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz e à conservação do patrimônio histórico (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, pp. 267-268).

³ Diz-se “em tese” porque, em verdade, uma reforma administrativa pautada por iniciativas de desestatização reflete muito mais uma ideologia do governante quanto ao papel do Estado e, sobretudo, à sua atuação enquanto agente econômico do que um simples argumento de ampliação de eficiência. Assim, conquanto não se possa descuidar da alegação de que a reforma administrativa gerencial possa, efetivamente, ter trazido eficiência ao modelo de prestação de serviços públicos no Brasil, esta é mais consequência que causa do processo de desestatização. Diz-se também “em tese” porque não é possível estabelecer uma correlação direta e absoluta entre o prestador do serviço (se público ou privado) e a sua eficiência e qualidade. Tanto é assim que, ao redor do mundo, são identificadas algumas iniciativas de reestatização, compreendendo-se que, no caso concreto especificamente considerado (inclusive em razão de fatores alheios à eficiência do serviço propriamente dita), o serviço seria mais adequadamente prestado pelo Poder Público. Parece óbvio, assim, compreender que a eficiência do serviço deverá ser analisada não apenas pela condição de quem o presta, mas, sobretudo, do grau de abrangência e dos indicadores de qualidade da atividade, previamente estabelecidos.

⁴ A reforma administrativa gerencial da Administração Pública foi delineada a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, motivado pela compreensão de que a maciça presença do Poder Público no setor produtivo acarretou a deterioração dos serviços públicos e o agravamento da crise fiscal, com o aumento das taxas inflacionárias. Por intermédio da reforma, buscou-se dotar a Administração Pública de práticas gerenciais, com foco na eficiência, na produtividade e no controle de resultados (BRASIL, 1995, pp. 9-10).

Assim, as privatizações (em sentido amplo) têm por objetivo a redução do tamanho do aparelhamento estatal, seja através da quebra de monopólios, para incrementar a competitividade das atividades originalmente exercidas pelo Estado, seja a partir da delegação da prestação de serviços públicos, por instrumentos jurídicos como as autorizações, permissões e concessões, ou seja através da celebração de consórcios, convênios e contratos de gestão. Fortalece-se, ademais, a função fiscalizadora e regulatória do Estado, que passa de executor de serviços públicos a gestor das atividades delegadas aos entes privados.

Disso decorre que o modelo atual do direito administrativo brasileiro se funda em regime de ampla cooperação e interação entre Estado e iniciativa privada, calcado em modelos de delegação de serviços e de fortalecimento das atividades de regulação.⁵ Em um país de dimensões continentais e com problemas e demandas diretamente proporcionais ao seu tamanho geográfico, é natural que o Poder Público não consiga, de forma isolada, prover todas as necessidades da população, mesmo porque não dispõe de recursos suficientes para tanto. Obviamente, poder-se-ia debater a má utilização de recursos públicos pelo Estado, que prioriza determinadas atividades em detrimento de outras e desperdiça (seja pela ineficiência, má aplicação ou mesmo corrupção) montantes que, certamente, poderiam ser revertidos em prol da coletividade, através da prestação de serviços públicos. A constatação, contudo, não invalida o fato de que, se os recursos são, por natureza, escassos, o Estado não detém condições de satisfazer todas as demandas sociais adequadamente. Daí a se privilegiar a atuação estatal em parceria com a iniciativa privada, como forma de viabilizar serviços e utilidades em prol da coletividade.

Naturalmente, a referida vinculação entre o Poder Público e os agentes privados na execução de serviços públicos não se trata de inovação decorrente da reforma administrativa gerencial brasileira, fazendo-se necessária uma breve digressão histórica a fim de se compreender as bases em que se calca o sistema jurídico-administrativo atual no que tange às concessões de serviços públicos.

Tamanha é a conexão entre o direito administrativo e as concessões que Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, pp. 27-28) as eleva ao patamar de instituto fundamental do

⁵ Segundo Maria Sylvia Di Pietro, a administração pública gerencial se opõe à administração pública burocrática, instituída pelo Estado Liberal com o intuito de combate à corrupção e ao nepotismo, pautando-se por princípios de hierarquia, impessoalidade e formalismo e submetendo-se a controles prévios e formais. Por outro lado, a administração pública gerencial busca combater a rigidez e a ineficiência da administração pública burocrática, atuando com foco na eficiência e no atendimento ao cidadão, a partir da flexibilização de procedimentos, buscando alcançar maior qualidade na prestação dos serviços públicos (DI PIETRO, 2019, p. 38). Carlos Ari Sundfeld, em expressão consagrada pela doutrina administrativista, aduz que o contexto atual é do “Direito Administrativo dos Negócios”, focado na gestão de recursos e na desburocratização, em oposição ao “Direito Administrativo do Clips”, que despreza a gestão de tempo, custos e resultados (2012, pp. 87-88).

direito administrativo contemporâneo, o qual deve ser entendido como palco de cooperação e articulação entre os particulares e o Poder Público. Aduz o autor, nesse passo, que “o direito administrativo foi, ao longo do tempo, reconfigurando o instituto da concessão e sendo reconfigurado por conta dela” (2015, p. 27). Em suas palavras (2015, pp. 36-37):

[...] posso afirmar que a concessão é um instituto jurídico que remonta aos primórdios do direito ocidental, um instrumento que serviu às finalidades e aos modelos de organização de Roma, nos sistemas feudais, nos regimes absolutistas e que, nesse processo de apropriação e requalificação dos institutos jurídicos, vai ressurgir, em novos quadrantes, já no âmbito do direito administrativo oitocentista.

Nesse itinerário, a concessão vai se transformando em termos de finalidades, objeto e contornos jurídicos. Por isso mesmo cumprirá, ao longo do tempo, a função de elo entre o poder político e os privados para a consecução de finalidades gerais (ou próprias do soberano, a depender do período histórico).

Sob o ponto de vista de suas finalidades, ela oscila entre ser um instituto com objetivos fiscais, arrecadatórios, um veículo de conferência de prebendas e privilégios do rei a seus áulicos, até se direcionar para finalidades de interesse geral consistentes no provimento de utilidades públicas de cuja oferta o Estado não queira ou não possa se desincumbir.

Sob o ponto de vista de seu objeto, ou seja, daquilo que pode ser passível de concessão há também uma ampla gama de variações. Da concessão de domínio ou de terras, passando por concessões de bens e obras de infraestrutura, concessões coloniais, concessões da extração de recursos escassos (água, minas, campos de sal, hidrocarbonetos), concessões de serviços públicos, de atividades industriais, enfim, um rol tão amplo quanto variado.

Assim, é certo que as concessões evoluíram e se transformaram com o curso do tempo, adotando regimes jurídicos distintos, porém mantendo sua característica essencial de conexão entre Poder Público e iniciativa privada em prol de um objetivo comum.⁶

No Brasil atual, o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), instituído no governo do presidente Michel Temer através da Lei nº 13.334/2016 e ampliado no governo Bolsonaro, indica entre seus objetivos a ampliação da infraestrutura no país e o fortalecimento da regulação estatal. No entanto, sabe-se que as medidas de desestatização propostas e efetivadas até o momento possuem, tal qual verificado no período absolutista, forte caráter arrecadatório, objetivando equalizar a crise fiscal vivida pelo país. Em outros termos, os recursos obtidos por meio dos processos de desestatização, seja a venda de ativos ou o pagamento de outorgas por concessionários, são de grande relevância para o Poder Público e, arrisca-se dizer, de maior peso na decisão por incluir um projeto no programa do que a pretensão de ampliação da eficiência no serviço ou na infraestrutura disponibilizada.

⁶ Para uma melhor compreensão histórica das concessões, desde a sua origem na Grécia Antiga e na República romana, passando pela Idade Média, período absolutista, até chegar aos dias atuais, recomenda-se a leitura de MARQUES NETO, 2015.

Não se trata, aqui, de condenar iniciativas de desestatização, que, em si mesmas consideradas, não são boas nem ruins, apenas refletindo a orientação ideológica do governante e a definição do modelo de Estado que se entende mais adequado para um determinado contexto. Para além de qualquer juízo de valor, o que se constata é que, no Brasil, para se assegurar a eficiência dos serviços e a qualidade da infraestrutura transferida à iniciativa privada, é preciso um maior esforço no fortalecimento das funções regulatórias do Estado.

Ao longo do tempo, o instituto da concessão nem sempre foi associado ao conceito de serviços públicos. Ainda hoje, em verdade, remanescem as concessões que não abrangem a prestação de serviços públicos à coletividade⁷; por ora, importa reconhecer que a concessão é gênero, do qual a concessão de serviços públicos é a sua espécie mais relevante, a justificar a necessidade de um detalhamento específico da modalidade ao longo do tempo.

2.1.1 As concessões de serviços públicos em uma perspectiva histórica

Para se compreender como se comportam as concessões de serviços públicos, impende considerar, de início, no que consistem os serviços públicos. De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 687):

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 Públco – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Da análise da própria definição se percebe que o conceito de serviço público não é unívoco, uma vez que pode variar de acordo com o papel do Estado no espaço e no tempo, conforme as concepções de interesse público em cada sociedade e a partir dos anseios da coletividade, que, evidentemente, não são estáticos. Desse modo, cada sistema jurídico tem o poder de delimitar os serviços que compreende como públicos e, uma vez delimitados e especificados, incidirá sobre eles um regime especial, com prerrogativas e restrições próprias de sua condição.

⁷ Além das concessões de serviço público, pode-se falar, ao menos no direito brasileiro, em concessões de obra pública, concessões de uso de bem público e concessões urbanísticas. Mesmo as parcerias público-privadas, na modalidade de concessão administrativa, não necessariamente precisam envolver a prestação de serviços públicos ao particular.

Disso decorre que o serviço público se compõe de uma vertente material, “a prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados”, e uma vertente formal, que corresponde ao regime jurídico próprio aplicável a tais prestações (MELLO, 2012, p. 690). No ponto, vale a ressalva de que, quanto utilizável de forma individual ou singular pelos administrados, a comodidade prestada, para que se enquadre no conceito de “serviço público”, deve ter caráter geral, de interesse coletivo, a exemplo de transporte coletivo, energia, telefonia, entre outros. Isto é, não é toda atividade exercida pelo Estado que se enquadra no conceito de serviço público, uma vez que o seu conceito não se associa ao caráter subjetivo, à condição pública do prestador do serviço, mas às dimensões objetivas da utilidade ou comodidade.

A origem dos serviços públicos, segundo Odete Medauar, remonta ao absolutismo, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, quando se estabeleceu distinção entre a atuação pública e a privada, mesmo antes de se conceber qualquer teoria formal acerca do regime jurídico incidente sobre tais serviços (MEDAUAR, 1992, p. 101). Fazendo alusão a Philipe Jourdan, a autora aponta a criação de uma padaria comunitária na cidade francesa de Marignane, em 1665, como o embrião dos princípios da continuidade do serviço público e da igualdade dos usuários, em razão de protestos motivados pelos preços excessivos dos produtos e pela insuficiência em seu fornecimento (MEDAUAR, 1992, p. 101).

Não obstante as menções embrionárias às concessões de serviços públicos ainda no século XVIII, ou mesmo antes disso, a utilização do instituto se ampliou ao longo do século XIX, quando se desvinculou da noção de privilégios do soberano no exercício de determinadas atividades e passou a encampar os ideais de livre iniciativa, assegurando aos particulares a consecução de atividades sob um regime de Estado de Direito (JUSTEN FILHO, 2003, pp. 50-51). É ao longo do século XX, destarte, que as concessões de serviço público ganham corpo e limites em diversos países, com intensas teorizações acerca dos fundamentos e regime jurídico aplicáveis a esta forma de delegação de serviço público do Estado a particulares.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, pp. 56-57) esclarece que, com o advento da modernidade, os movimentos de urbanização e de consolidação da ordem capitalista, calcada em ideais democráticos, fez-se necessário o desenvolvimento de serviços públicos a cargo do Estado, uma vez que (i) havia mais tecnologias disponíveis, a exemplo de ferrovias e eletricidade; e (ii) a sociedade tornou-se marcadamente urbana, o que traz consequências sociais e demanda a organização coletiva. Naquele momento, assim, o Estado passou a se voltar à prestação de serviços públicos, colocando em evidência o instituto das concessões.

O interessante a se considerar quanto às concessões de serviços públicos, em comparação às concessões estatais ocorridas em épocas pretéritas, é a elevação do usuário à

condição de sujeito de direitos dignos de tutela estatal (MARQUES NETO, 2015, p. 60). Com efeito, a partir da modernidade, a concessão não mais é vista estritamente como um vínculo entre Estado e concessionário, passando a abranger também, neste caso, o usuário, que traz consigo direitos próprios, os quais devem ser assegurados por ocasião da prestação do serviço público. Surgem, neste prisma, preocupações com a continuidade do serviço, com a instituição de regras para estabelecimento das tarifas e com a responsabilidade do prestador por falhas no serviço prestado. É o que Marques Neto intitula de “deslocamento do utente da posição súdito-beneficiário para a condição de cliente-consumidor” (2015, p. 61).

Tal preocupação, como se detalhará adiante, remanesce no sistema jurídico brasileiro vigente, a evidenciar que, da modernidade até os dias atuais, pouco se ajustou quanto aos fundamentos do regime jurídico aplicável aos serviços públicos. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, parágrafo único, inciso II, é expressa ao prever que a lei editada para a regulação da prestação dos serviços públicos deverá dispor sobre os direitos dos usuários do serviço, ao passo em que o inciso IV do mesmo dispositivo menciona a obrigação do Poder Público e de eventuais delegatários de manter o serviço público em caráter adequado. Por sua vez, a Lei nº 8.987/1995, que disciplina, em âmbito infraconstitucional, a concessão de serviços públicos, dedica especial atenção aos direitos dos usuários (em especial no art. 7º).

A evolução das concessões na era moderna teve grande participação dos teóricos franceses. Lembra Pedro Dias de Oliveira Netto que a conceituação dos contratos de concessão no período pós-absolutista encontra guarida no julgamento, pelo Conselho de Estado francês, do caso *Gaz de Bordeaux*, em 1916, quando restou estabelecida a necessidade de um ato intitulado “contrato de concessão”, que disciplinaria a relação entre concedente e concessionário, para a gestão, por conta e risco deste, de um serviço público, a ser remunerado mediante tarifa paga pelos usuários (OLIVEIRA NETTO, 2018, p. 9). Tal definição permanece válida até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro, que disciplina, na Lei nº 8.987/1995, as concessões de serviços públicos, estabelecendo, à imagem e semelhança do que determinou o Conselho de Estado francês no aludido julgamento, a necessidade da celebração de instrumento contratual (art. 1º), que delegará ao particular a execução de determinado serviço público, por sua conta e risco (art. 2º, I e II), remunerando-se por intermédio das tarifas (art. 9º).

Evocando a Escola de Bordeaux e seu expoente Léon Duguit, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas relembram que, no início do século XX, a atuação estatal estava vinculada ao dever de prestação de serviços públicos, conferindo evidência não às prerrogativas do Estado e sim ao seu conjunto de deveres (2017, p. 18). Nesse sentido, o

serviço público era compreendido como atividade a ser assegurada pelo Estado, sendo indispensável ao desenvolvimento social, funcionando como limite e imposição aos governantes (MEDAUAR, 1992, p. 103). Isto é, de acordo com esta concepção, o enfoque da teoria do serviço público estava na atividade em si, entendida como obrigação da Administração Pública em prol dos particulares. Naquele momento, portanto, ainda não havia uma preocupação pujante com a definição do regime jurídico aplicável às atividades exercidas pelo Estado.

No entender de Duguit, mereceria ser superada a doutrina administrativista vigente até o fim do século XIX, segundo a qual o marco divisor da atividade pública e privada seria o poderio estatal, materializado pelo monopólio do uso da força. Para aquele doutrinador francês, assim, a atuação do Poder Público não deveria estar associada à violência (em verdade, ao monopólio de seu uso), uma vez que o Estado seria a manifestação da solidariedade humana e, portanto, encontraria fundamento na prestação de serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2003, p. 23).

A partir de Gaston Jèze, também integrante da Escola de Bordeaux, se solidificou a concepção tradicional de serviço público, traçando-se os limites de um regime jurídico específico para ditos serviços, compreendidos agora não como dever ou obrigação, mas especialmente como privilégio estatal (MARQUES NETO; FREITAS, 2017, pp. 18-19). Nesse passo, consoante detalha Odete Medauar (1992, p. 104), para Jèze, o Estado nada mais seria que um conjunto de serviços públicos, prestados através de um procedimento de direito público. Traçam-se, assim, as bases para o regime jurídico-administrativo vigente até os dias atuais, isto é, um conjunto de normas de direito público e prerrogativas destinadas a assegurar a adequada execução dos serviços a cargo do Estado, que atua em prol do interesse público, mas gozando de privilégios não extensíveis aos administrados.

Marques Neto e Freitas (2017, p. 19), firmes nas lições de Jèze, traçam as características do regime jurídico especial conferido aos serviços públicos, quais sejam: a) a titularidade estatal das atividades; b) a necessidade de outorga específica do Poder Público para o exercício de tais serviços pela iniciativa privada; e c) a sujeição das atividades a um regime jurídico específico, regulado e com foco nas prerrogativas de direito público (*publicatio*)⁸.

⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que, atualmente, se observa um movimento de redefinição do papel do Estado por meio de privatizações em sentido amplo. Entre as medidas adotadas com este fito, encontra-se a liberalização de serviços públicos, em tendência oposta à da *publicatio*, de sorte que atividades antes compreendidas como serviços públicos perdem tal qualidade, tornando-se abertas à livre iniciativa (2019, pp. 5-6).

Os marcos históricos das concessões, acima pinçelados, fixam as bases para o regime jurídico atualmente vigente. Ainda que, na atualidade, não se enxergue o Estado como mero prestador de serviços públicos, uma vez que atua também em atividades econômicas e de fomento, além de exercer relevantes funções regulatórias, é certo que os fundamentos traçados no período pós-absolutista para os serviços públicos permanecem vigentes até os tempos hodiernos, em especial no que tange à inserção do usuário na equação do serviço público, a fixação de um regime jurídico de direito público, próprio das atividades, e a titularidade pública dos serviços, ainda que exercidos por particulares por meio de instrumento próprio de delegação.

2.1.2 O histórico brasileiro das concessões

O direito administrativo brasileiro encontra raízes francesas, desenvolvendo-se à semelhança do modelo europeu continental que marcou a evolução do Estado de Direito a partir do século XVIII – o que, entretanto, nem sempre teve repercussões positivas (CAVALCANTI, 2012, pp. 304-305). Nesse sentido, sem descuidar das eventuais críticas que se possa tecer à importação desmedida de conceitos e institutos, sem adaptá-los às realidades locais, é fato que o histórico das concessões no Brasil não diverge muito de sua utilização no outro lado do Atlântico.

A partir de 1808, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, surgiu no país – em especial no Rio de Janeiro, onde se instalou D. João VI e sua larga comitiva – a necessidade de investimento em infraestrutura e serviços públicos, que até aquele momento não se mostrava prioridade da coroa em relação à colônia. A partir de então, o Brasil enxergou crescimento na utilização do instituto das concessões, à semelhança do adotado pelo direito português.

Segundo narra Floriano de Azevedo Marques Neto, ainda em 1808, D. João VI concedeu a particular denominado Luiz de Souza Menezes a concessão da exploração de mineração de ferro em Minas Gerais, o que guarda grande importância histórica na medida em que, mais de dois séculos atrás, já se vislumbrava elementos mantidos até hoje no regime jurídico das concessões (MARQUES NETO, 2015, p. 77). Com efeito, a exploração minerária era compreendida como de titularidade estatal; a concessão foi realizada por prazo determinado (dez anos); e havia a compreensão de que se tratava de um dever delegado ao concessionário, e não de uma benesse a ele concedida.

Relembra Francisco Cavalcanti que, no período imperial, a administração de D. Pedro II foi levada a investir em concessões por razões que não diferem daquelas que levam os gestores públicos hodiernos a fazê-lo: “necessidade de serem poupad os recursos públicos; tradicional má gestão de atividade empresarial pelo Estado; domínio de tecnologia adequada pelo setor privado”. (2013, pp. 237-238). Desse modo, no final do século XIX, o país vivenciou a construção de diversas linhas férreas através da modelagem de concessões, instituto também utilizado para a exploração de telégrafos, iluminação pública, transportes urbanos, energia elétrica, entre outros (CAVALCANTI, 2013, p. 239).

Ainda no período imperial, podem ser mencionados exemplos de concessões de atividades comerciais, associadas à obrigação de prestação de serviços, como o fornecimento de medicamentos, a implantação de presídios e o desassoreamento de rios em épocas de seca, bem como de concessões mais assemelhadas às hodiernamente utilizadas, como a implantação de utilidades públicas, a saber, estradas, navegação e transporte (MARQUES NETO, 2015, pp. 77-78).

Em 1828, conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 79), foi editada lei por D. Pedro I, segundo a qual as obras públicas para a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos deveriam ser executadas preferencialmente pela iniciativa privada, atuando o Poder Público apenas no caso de não acudirem interessados. Naquelas hipóteses, os particulares seriam remunerados mediante a aquisição de terrenos lindeiros às obras ou mesmo pela cobrança de “taxa de uso” das obras por prazo determinado, findo o qual as construções reverteriam ao patrimônio público.

Mostra-se bastante curioso observar que, ainda em 1828, já se vislumbrava o caráter subsidiário da atuação estatal na execução de obras públicas, sendo certo que, em qualquer caso, ainda que explorada por particulares, a operação se reverteria ao patrimônio estatal ao cabo do prazo da concessão. É precisamente o regime adotado atualmente, que parte da premissa de que o Estado, sozinho, é incapaz de prover a infraestrutura necessária ao adequado atendimento das demandas sociais, mas reconhece que, independentemente de eventual construção ou operação pela iniciativa privada, a titularidade do bem e do serviço permanece da Administração Pública.

D. Pedro II representou, na história brasileira, grande expoente da utilização do instituto das concessões em suas diversas vertentes, como descreve Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 80):

Em seu longo período de reinado efetivo, foi D. Pedro II o governante que mais recorreu ao instituto da concessão, fosse para permitir a implantação e a operação de utilidades públicas (*concessão-delegação*), fosse para admitir que particulares

explorassem atividades ou inventos (em modalidades de *concessão-distinção*, bastante aproximadas do instituto da autorização). No que toca às concessões para delegação de utilidades públicas, a par de se continuar a outorgar as concessões para exploração minerária, avultaram-se nesse período as concessões para prestação de serviços públicos e implantação de infraestruturas altamente demandantes de recursos, o que refletiu na introdução, nos atos de outorga, de um conjunto maior de regras de serviço e de proteção aos investimentos. (grifos no original)

Necessário enxergar, sob o prisma da análise de Marques Neto, que as concessões, no império e nos tempos atuais, são manifestações de parceria entre Estado e iniciativa privada. Como tanto, não podem ser entendidas como um favor ou benesse da Administração Pública ao particular, tampouco como um ato de caridade do agente privado em nome do bem comum. Ambos – concedente e concessionário – vislumbram na relação objetivos bem definidos, e que devem ser adequadamente tutelados, sob pena de inviabilização do instituto em si.

Nesse sentido, o particular, ao contratar com o Poder Público, hoje e no passado, almeja obter vantagens patrimoniais e expandir seu âmbito de atuação comercial; a Administração Pública, por sua vez, ao delegar a terceiros a execução de serviços ou obras, tem por fito a concretização do interesse de seus administrados, bem assim assegurar que as obras ou serviços serão executados, ao menos em tese, por quem detém ampla expertise para tanto. Daí a se dizer, atualmente, que os contratos administrativos são sinaligmáticos, uma vez que contemplam direitos e obrigações recíprocas para ambas as partes envolvidas. À época, ainda que não se pudesse cogitar de contrato administrativo propriamente dito, mas de um ato de outorga, é fato que já se poderia vislumbrar direitos e obrigações recíprocas aos atores envolvidos.

Assim, ao entender pela necessidade de se ampliar as regras de serviço para os casos de concessões de grande vulto, o que fez o princípio regente foi instituir, nos atos concessórios, mecanismos para a proteção do usuário – beneficiário das concessões – e do próprio Estado, na medida em que as utilidades públicas seriam, em última análise, de patrimônio estatal, em uma sistemática embrionária de mitigação de riscos. Isso porque, ao se contemplar no ato de concessão, de forma minuciosa, as regras a serem observadas pelo concessionário, o Poder Público se cerca de cautelas para assegurar a qualidade do serviço, deslocando o risco de má prestação ao particular, haja vista que o instrumento de concessão disciplina de forma detalhada os indicadores a observar.

Por outro lado, sob a perspectiva do particular, a introdução de regras de proteção aos investimentos nos atos de outorga assegura a atratividade dos projetos para a iniciativa privada, reduzindo os riscos de inadimplemento das obrigações do Poder Público e permitindo, em última análise, a viabilização do modelo concessório, na medida em que depende essencialmente de financiamento privado para a sua concretização.

É interessante notar, como se viu, que o regime jurídico das concessões atualmente adotado pela legislação brasileira não difere significativamente das normas fixadas ainda no período imperial para a exploração das vias férreas – principal modalidade de concessões no Império – por delegação de D. Pedro II. Com efeito, conforme ensina Francisco Cavalcanti, a modelagem jurídica de tais concessões no império já se comparava à sistemática atual, na medida em que (i) demandavam autorização legislativa; (ii) eram celebradas por prazo longo, porém determinado; (iii) conferiam à concessionária o poder de promover as desapropriações necessárias à implantação do objeto concedido; (iv) eram delegadas de forma exclusiva em determinado raio geográfico; e (v) a concessionária seria remunerada mediante tarifa fixada pelo governo, durante todo o prazo da concessão, havendo, inclusive, preocupação com a modicidade tarifária (CAVALCANTI, 2013, p. 238).

Durante o início do período republicano, o instituto das concessões continuou a ser utilizado para a concretização das atividades estatais. Digno de nota, no período, é o fato de que o Decreto nº 862, de 1890, que regulou o plano de outorga de concessões de ferrovias e rotas de navegação, trouxe minutas de contrato-padrão a serem pactuados com os concessionários dos serviços (MARQUES NETO, 2015, p. 88). Isto representou marco interessante das concessões à época – o caráter contratual dos ajustes firmados entre Administração Pública e particular, ainda que, tal qual ocorre no regime jurídico atual, não houvesse margem de negociação de cláusulas para o particular, uma vez que as minutas eram previamente elaboradas pelo Poder Público.

Até a República, conquanto já pudessem ser enxergadas muitas das características do regime jurídico atual das concessões, ainda não havia um processo seletivo para a escolha dos concessionários, que manifestavam seu interesse e eram atendidos por simples critério de “preferência” do governante. A partir do Decreto nº 2.943, de 06 de janeiro de 1915, passou-se a prever a delegação do serviço a partir de concorrência pública, “a quem mais vantagens oferecer e sem ônus para o Tesouro” (MARQUES NETO, 2015, p. 90).

Após grande utilização das concessões para a prestação de serviços públicos urbanos e de geração de energia, no período Vargas, observou-se tendência centralizadora do Estado, com a consequente redução do prestígio das concessões. De qualquer sorte, o instituto permaneceu sendo utilizado em atividades como a concessão para a exploração de aeroportos, operação de linhas aéreas e extração minerária (MARQUES NETO, 2015, p. 100).

A segunda metade do século XX enxergou um declínio das concessões, haja vista, de um lado, a ausência de manutenção das condições de atratividade dos empreendimentos para a iniciativa privada e, de outro, o movimento de estatização, ou nacionalização, dos serviços

(JUSTEN FILHO, 2003, p. 52). Com efeito, a Constituição de 1934 trouxe forte caráter estatizante (CAVALCANTI, 2013, p. 240), movimento que se seguiu durante a Era Vargas e no regime militar, sendo certo que apenas na ordem jurídica vigente a partir da Constituição Federal de 1988 o instituto das concessões recebeu maior destaque no âmbito da Administração Pública brasileira.

Deve-se notar, ainda, que, muito embora existisse no país, desde as primeiras décadas do século XX, legislação atinente a setores específicos, faltava a edição de um marco regulatório específico para as concessões, o que apenas adveio com a edição da Lei nº 8.987/1995⁹, produto de uma guinada neoliberal que importou nos mecanismos de reforma do Estado em terras pátrias. Naturalmente, tratou-se de um movimento pautado por questões ideológicas, quanto à redefinição do papel do Estado na prestação dos serviços públicos postos à disposição da coletividade; de qualquer sorte, é certo que sem um marco legal robusto, faltariam às concessões os requisitos essenciais da atratividade e da segurança jurídica, para que potenciais investidores e interessados encampassem as oportunidades de desenvolvimento do mercado de concessões.

Nesse sentido, a edição da Lei nº 8.987/1995, que permanece vigente até hoje – conquanto não se possa olvidar das alterações legislativas promovidas ao longo do tempo, bem como da edição de novos marcos regulatórios, como a Lei das Parcerias Público-Privadas –, foi essencial para a definição das bases jurídicas aplicáveis às concessões no país, uma vez que cuidou de disciplinar os aspectos fundamentais para o êxito dos movimentos de desestatização intensificados a partir da década de 1990.

Merece registro, ainda, o fato de que a lei geral de concessões, por si só, não conseguiria regular de maneira adequada o processo de delegação dos serviços públicos, uma vez que tem o condão de disciplinar apenas os fundamentos e a proceduralização das concessões e permissões de serviços públicos, estabelecendo princípios e regras quanto à prestação do serviço, à forma de remuneração dos particulares, o procedimento licitatório prévio à delegação e o trâmite desde a etapa prévia à licitação até a conclusão do objeto concedido. Falta-lhe, portanto, a dimensão regulatória, outro lado da moeda do processo de reforma do Estado.

Com efeito, não bastava a previsão de delegação da prestação de serviços públicos, sendo essencial assegurar ao Estado as funções de fiscalização e regulação das atividades de

⁹ Destaca Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, pp. 99-100) que a Constituição de 1937 trouxe a previsão de uma lei geral de concessões de serviços públicos. Em que pese a referida lei não tenha sido editada, foram realizados estudos valiosos sobre o assunto por uma “comissão de notáveis”, destacando-se o caráter contratual das concessões e a sua condição de atividade típica do Poder Público, exercida pelos particulares mediante delegação.

titularidade estatal exercidas pela iniciativa privada. Forte neste objetivo, o já mencionado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado importou do direito norte-americano a figura das agências reguladoras, cujo objetivo seria promover a regulação das atividades delegadas com foco em resultados e indicadores de qualidade, contando, para isso, com flexibilidade administrativa e autonomia gerencial (1995, p. 55).¹⁰

O estudo das agências reguladoras e de seu papel na nova ordem jurídica brasileira, de tão largo e profundo, escapa ao objeto de análise do presente trabalho. Por ora, basta a compreensão de que as concessões, enquanto instituto destinado à delegação de atividades públicas para a iniciativa privada, demandam a configuração de uma estrutura robusta de fiscalização e regulação pelo Poder Público, na medida em que detém a titularidade do serviço e, em última análise, é também o titular do poder político, incumbido de assegurar o interesse público em razão do princípio democrático.

Isso importa dizer que, ainda que a prestação de determinados serviços seja delegada à iniciativa privada, o Estado não se desincumbe de sua função fiscalizadora, devendo, para tanto, editar normas regulamentares para, com foco na qualidade do serviço prestado à coletividade, disciplinar os limites da atuação do particular no exercício de atividade pública.

Um escorço histórico do instituto das concessões é essencial para que se compreendam os fundamentos da atual regulação legal sobre o tema, na medida em que o direito, conquanto em permanente mudança, volta-se sempre às suas bases históricas, emprestando ou adaptando conceitos e institutos utilizados no passado. No entanto, cumpre aqui ater-se à atual regulação das concessões, para que se permita compreender a sistemática de gestão de riscos nas parcerias público-privadas, escopo central de análise do presente trabalho.

¹⁰ Nesse sentido, discorrendo acerca da edição da Lei Geral de Concessões, Francisco Cavalcanti destaca a importância das agências reguladoras para o novo cenário estatal: “*Considerou-se que, sem uma lei que assegurasse os direitos dos concessionários, em relação a aspectos cruciais, como regime tarifário, extinção dos contratos, direitos e deveres das partes, procedimentos para imposição de sanções, reversão de bens, não haveria possibilidade de êxito no programa. Por outro lado, entendia-se que, com a criação das agências reguladoras, ter-se-ia a disciplina dessas relações decorrentes dos contratos de concessão disciplinadas por entes que se pretendia fossem estruturalmente mais protegidos em relação a fenômenos como a captura política e a captura econômica*” (2013, p. 244). Conquanto não se possa falar em absoluta blindagem das agências reguladoras quanto à captura, havendo ainda um longo caminho a percorrer nesse sentido, é inegável a sua importância para o desenvolvimento do processo de desestatização no país. Com efeito, considerando se tratar o Estado do titular do serviço público, a sua delegação a particulares demanda um rígido sistema de fiscalização, na medida em que, mesmo orientada à obtenção do lucro, a iniciativa privada não pode se descuidar da qualidade nos serviços públicos prestados. Demais disso, às agências reguladoras incumbe, por óbvio, fixar as regulamentações do setor, papel de grande importância para que se encontre um equilíbrio: não engessar a atividade da iniciativa privada com o excesso regulatório, o que seria contraditório com o intuito de promover a eficiência conforme padrões empresariais, nem tampouco flexibilizar ao extremo a atividade, que, não se olvide, permanece na condição de serviço público, devendo atender aos interesses da coletividade e não exclusivamente do particular delegatário. Desse modo, o binômio delegação-regulação deve sempre caminhar em conjunto, encontrando o balanço necessário ao fortalecimento da qualidade do serviço público.

2.2 O REGIME CONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES

Para que se compreenda a regulamentação jurídica das concessões, cujos fundamentos foram estabelecidos na Constituição Federal, cumpre relembrar, de início, que a Carta da República não define serviço público pela condição de quem o presta, razão pela qual nem toda atividade exercida pelo Estado pode se enquadrar no conceito.

Isso é importante na medida em que a CF/1988 segmenta a atividade do Estado em prestação de serviços públicos e exercício de atividade econômica, sendo essencial a distinção entre as atividades para que se possa avançar com o estudo das concessões de serviço público e do regime jurídico a elas aplicável. Com efeito, a depender da natureza da função – serviço público ou atividade econômica –, o Estado se sujeitará a regime jurídico próprio e específico, de direito público puro e simples, ou híbrido, parcialmente derrogado por normas de direito privado, respectivamente. Desse modo, compreender o que é serviço público, que poderá ser objeto de concessão, e o que é atividade econômica a cargo do Estado é essencial para o avanço do tema.

Não se trata, entretanto, de tarefa fácil. A Constituição Federal, em seu artigo 170, parágrafo único, consagra a liberdade econômica e a livre iniciativa, dispondo ser assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos expressamente previstos em lei. Mais adiante, no artigo 173, dispõe a Carta Magna que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado apenas será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, também definidos em lei.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o legislador constituinte atribuiu ao Estado caráter subsidiário no exercício de atividade econômica, na medida em que limitou a sua intervenção para os casos em que necessária à garantia da segurança ou quando presente relevante interesse coletivo. Isso porque, segundo os ideais da subsidiariedade estatal, há uma primazia da atividade privada em detrimento da iniciativa do Poder Público, que se centra nas atividades de fomento, coordenação e fiscalização das atividades econômicas exercidas pelos particulares. Em outros termos, de acordo com o princípio da subsidiariedade, não compete ao Estado prover o bem comum diretamente, mas assegurar os meios para que os particulares o

façam (DI PIETRO, 2019, pp. 16-25), agindo de forma direta unicamente quando a iniciativa privada deixar de exercer determinada atividade considerada relevante.¹¹

No entanto, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 32), na CF/1988, a subsidiariedade é menos marcante que na Carta de 1967, após a Emenda Constitucional nº 01/1969, que trazia dispositivo expresso indicando que a exploração e organização de atividade econômica diretamente pelo Estado deveria ser realizada “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada” (art. 170, parágrafo primeiro). É dizer: enquanto na Constituição de 1969 o Estado exerceria atividade econômica apenas quando a iniciativa privada optasse por não o fazer, na Constituição de 1988 é permitida a atuação estatal mesmo em concorrência com a iniciativa privada, desde que em setores de marcante interesse coletivo ou que sejam indispensáveis à segurança nacional.

Repise-se: a conjugação do artigo 170, parágrafo único, com o artigo 173 da CF/1988 leva à conclusão segundo a qual a regra geral é o exercício livre de atividade econômica pela iniciativa privada, atuando o Estado apenas em casos de “relevante interesse coletivo” ou quando essencial “aos imperativos da segurança nacional”. Surge, todavia, o primeiro problema: como identificar os casos de relevante interesse coletivo ou de necessidade para assegurar a segurança nacional, para que reste justificada a atuação estatal no campo econômico? Quais os limites dos referidos conceitos indeterminados, para que seja possível aos demais poderes controlar a legitimidade da interferência estatal no domínio econômico? A resposta aos questionamentos não pode ser extraída do texto legal, o que evidencia a ausência de segurança jurídica, no particular, haja vista a inexistência de limites objetivamente definidos para que o Estado possa atuar como agente econômico.

A questão é relevante porque, ainda que o artigo 173 da Constituição prescreva que a exploração de atividade econômica pelo Poder Público se dará em regime de direito privado, impedindo, inclusive, a concessão de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, é certo que o poder econômico estatal o coloca em situação de prevalência em relação ao particular, ainda que exerçam a mesma atividade, dentro do mesmo ramo de atuação. O Estado é, ao menos

¹¹ Maria Sylvia Di Pietro defende que a atuação estatal deve se resumir “às atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.” Para a doutrinadora, assim, incumbe ao Estado o exercício das atividades típicas do Poder Público, além das sociais e econômicas não exercidas de forma satisfatória pela iniciativa privada, o que não se confundiria com o conceito de Estado mínimo, quando o Poder Público se cinge a executar as atividades essenciais, ainda que as demais não sejam exercidas a contento pelos particulares (2019, pp. 23-24). Sem embargo da posição doutrinária, na ordem constitucional vigente, há uma subsidiariedade mitigada, na medida em que é facultado ao Estado o exercício de atividades econômicas, ainda que em regime de concorrência com a iniciativa privada.

em teoria, solvente, e os riscos de sua atuação não são assumidos pelos gestores da entidade pública que exerce atividade econômica, mas diluídos com toda a sociedade, que a financia – ainda que indiretamente – por meio de receitas tributárias. Isso, por si só, já afasta a ideia de ampla concorrência entre Estado e iniciativa privada, na medida em que os riscos da atuação não são equivalentes. A adequada delimitação do campo de atuação do Estado nas atividades econômicas é, portanto, primordial para assegurar que as discrepâncias concorrenenciais se limitem ao estritamente permitido pelo texto constitucional.

A disciplina constitucional do exercício de atividades econômicas pelo Estado induz ao segundo problema: se os regimes jurídicos são distintos para as atividades, como definir com clareza o que é atividade econômica e como a diferenciar de serviços públicos? Para Eros Grau, o conceito de serviço público está contido no de atividade econômica (2018, p. 97), funcionando ambos como uma relação de gênero-espécie. Segundo o autor (2018, p. 98),

A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. *Serviço público* – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado. (grifos no original)

Nesse cenário, ainda conforme as lições de Eros Grau, a delimitação dos serviços públicos e das atividades econômicas em sentido estrito são produto do confronto, em determinado tempo e espaço, entre interesses do capital e do trabalho – em outros termos, os detentores do capital pretendem avocar para si, como atividades econômicas em sentido estrito, tudo aquilo que tenha potencial lucrativo; por outro lado, os detentores do trabalho objetivam que caiba ao Estado o maior número de atividades econômicas em sentido amplo, aí abrangidos os serviços públicos. Desse modo, em cada momento histórico, a equação tenderá mais para o lado do capital ou mais para o lado do trabalho, aumentando ou reduzindo o espectro do que se considera serviço público e atividade econômica em sentido estrito (2018, p. 105).

Viu-se, linhas acima, que não há conceito pré-estabelecido – ao menos quanto ao seu conteúdo – para os serviços públicos, que podem variar conforme o tempo e o espaço, e conforme a orientação do governante, sendo certo apenas que se tratam de utilidades fruíveis individualmente, prestadas sob regime jurídico próprio de direito público.¹² Isto é, inexiste um

¹² Deve-se ter o cuidado, entretanto, de não delimitar o conceito de serviço público pelo regime jurídico de direito público a ele aplicável. Uma atividade não é considerada serviço público porque é exercida em regime de direito

rol taxativo, previamente fixado, das atividades que devem se enquadrar no conceito de serviço público, de sorte que ordens jurídicas distintas, vigentes em determinado momento, podem entender a mesma atividade como sendo ou não serviço público.

Para Marçal Justen Filho, ademais, a conceituação de serviço público passa por três aspectos: (i) material, segundo o qual o serviço público representa atividade destinada à satisfação de necessidades de caráter essencial; (ii) subjetivo, isto é, desenvolvido pelo Estado, diretamente ou por quem lhe faça as vezes; e (iii) formal, que sujeita o serviço público a um regime próprio, de direito público, sendo certo, entretanto, que ao Poder Público não é dado atribuir regime de direito público a qualquer atividade por ele exercida sob o argumento de que se trata de serviço público, existindo uma preponderância do aspecto material da prestação (2003, pp. 20-21).

A Constituição Federal de 1988 não definiu o que considera abarcado pelo conceito de serviço público, detalhando apenas alguns aspectos formais do regime jurídico aplicável e delegando à legislação ordinária a disciplina da matéria – e nem faria sentido que houvesse realizado tal definição de forma taxativa, na medida em que se pretende ao texto constitucional uma perenidade maior que aquela trazida pelas trocas de governo, capazes de alterar, em dado momento, o enquadramento de determinada atividade como serviço público ou não. Nesse sentido, a teor do artigo 21, inciso XI, da CF/1988, é de competência da União a exploração dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão.

De igual sorte, conforme o inciso XII do mesmo artigo 21, também compete à União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, de (i) serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (ii) serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água; (iii) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; (iv) serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de determinado Estado; (v) serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e (vi) portos marítimos, fluviais e lacustres.

Segundo o artigo 25, parágrafo segundo, da Carta da República, demais disso, incumbe aos Estados a exploração, de forma direta ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado. Por sua vez, traz a CF/1988, em seu artigo 223, a previsão de que compete ao Poder

público, mas o inverso. Entender de modo distinto seria uma prevalência de aspectos formais em detrimento do conteúdo (GRAU, 2018, p. 112).

Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Os referidos dispositivos, consoante ensina Maria Sylvia Di Pietro (2019, p. 82), são expressão da regulamentação constitucional dos serviços públicos, estabelecendo a CF/1988 alguns exemplos de serviços que devem obrigatoriamente ser prestados pelo Estado, seja diretamente ou mediante concessão ou permissão. Deve-se considerar, entretanto, não se tratar de rol exaustivo dos serviços públicos, fixando o artigo 175 da Constituição a regra geral acerca da exploração de ditos serviços, ao estabelecer que incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, a prestação de serviços públicos, mediante prévio processo licitatório.

Vale dizer, o dispositivo constitucional referido, em que pese não remeta aos artigos 21, 25 e 223 da CF/1988, tampouco traga rol de serviços sujeitos à prestação direta ou mediante concessão ou permissão do Estado, prescreve que a prestação de serviços públicos (i) será de responsabilidade do Poder Público; (ii) poderá ser realizada de forma direta pelo Estado ou mediante delegação a particulares, sob regime de concessão ou permissão; (iii) será precedida de licitação, quando delegada a particulares; e (iv) observará o prescrito em lei, que deverá regular o regime das concessionárias e permissionárias, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manutenção de serviço adequado. A regulamentação do dispositivo veio apenas com a Lei nº 8.987/1995, cujas principais balizas legais serão mencionadas adiante.

Quando se tratarem de serviços de interesse local, inclusive o de transporte coletivo, fixa a Constituição Federal a competência municipal para prestá-los, facultando também neste caso a delegação a terceiros sob o regime de concessão ou permissão (art. 30, V).

Em linhas gerais, portanto, a CF/1988 atribui ao Poder Público a titularidade e o dever de prestação de serviços públicos, fixando a competência federal, estadual ou municipal em alguns casos, mas permite à Administração Pública que delegue a sua prestação a terceiros, mediante processo licitatório próprio, hipótese em que os serviços poderão ser objeto de concessão ou permissão a particulares¹³. O regime jurídico específico das concessões e permissões não foi fixado pelo constituinte, que atribuiu a tarefa ao legislador ordinário.

As principais arestas fixadas pela legislação infraconstitucional para as concessões de serviços públicos serão detalhadas adiante, para que se possa evoluir no estudo dos riscos em

¹³ A concessão de serviço público, segundo indica Dinorá Grotti, pressupõe a concomitância de duas condições essenciais: referir-se a serviço próprio do Estado e não delegar ao particular a titularidade do serviço, mas apenas a sua execução (GROTTI, 2007, p. 90).

contratos de parceria público-privada – que, consoante se detalhará, são espécie do gênero concessão.

2.3 AS CONCESSÕES SOB A PERSPECTIVA DA LEI Nº 8.987/1995

O regime jurídico das concessões, em sua integralidade e no grau de profundidade que o assunto requer, escapa ao objeto de estudo do presente trabalho, que se centra na análise do risco em contratos de concessão e parceria público-privada e no comportamento dos Tribunais de Contas acerca da matéria. Desse modo, o essencial é apenas a compreensão das características gerais da legislação vigente acerca das concessões, bem assim dos princípios jurídicos a elas aplicáveis, para que se possa avançar com o estudo do risco nos contratos administrativos.

Viu-se que, na forma do artigo 175 da CF/1988, prescreve o constituinte incumbir ao Estado a prestação de serviços públicos, de forma direta ou através de concessão ou permissão. Dispõe o texto constitucional, ainda, que a delegação ocorrerá sempre através de licitação e delega a disciplina da matéria à legislação infraconstitucional, que deverá discorrer sobre o regime das concessionárias, o contrato administrativo de concessão, as condições para fiscalização, caducidade e rescisão do contrato, os direitos dos usuários¹⁴, a política tarifária e a obrigação de manutenção de serviço adequado.

A regulamentação das concessões sob a égide da CF/1988 surgiu com a Lei nº 8.987/1995, editada no bojo da Reforma Administrativa Gerencial encampada pelo governo brasileiro na década de 1990, com vistas a transformar o papel do Poder Público, orientada por um cenário neoliberal. Nesse sentido, como visto, os processos de desestatização objetivaram encontrar soluções para o contexto de endividamento e inchaço da máquina pública, que contribuíram para uma prestação deficiente dos serviços públicos, na medida em que a Constituição Federal consagrou diversos direitos sociais – convertidos em obrigações para o Poder Público –, sem que o Estado detivesse a estrutura necessária para assegurá-los a contento.

As reformas administrativas para tornar a gestão pública mais assemelhada à privada não foram uma inovação nacional. Segundo apontam Michael J. Trebilcock e Mariana Mota

¹⁴ Sem embargo da relação contratual fixada entre Poder Concedente e concessionário, as concessões balizam-se pela necessidade de tutela dos interesses dos usuários, destinatários finais do serviço. Por esse motivo, Maria Sylvia Zanella di Pietro alude aos “efeitos trilaterais da concessão”, reconhecendo que o contrato de concessão produz efeitos também perante os usuários, que assume direitos e obrigações no bojo da relação entre concedente e concessionário (DI PIETRO, 2019, pp. 115-118).

Prado (2017, pp. 164-165), desde a década de 1980 até meados dos anos 1990, diversos países desenvolvidos, capitaneados pela Grã-Bretanha, adotaram reformas administrativas buscando conferir um enfoque mais empresarial aos serviços governamentais, o que mais tarde foi denominado “Nova Gestão Pública”. Nesse sentido, os países introduziram na Administração medidas como avaliação de desempenho, estruturas burocráticas mais descentralizadas, licitações públicas pautadas por princípios de mercado e tratamento do usuário dos serviços públicos como clientes.

No Brasil, acompanhando-se uma tendência global à época, buscou-se dotar a Administração Pública de estruturas – jurídicas, ao menos – assemelhadas à iniciativa privada para a prestação de serviços públicos, conforme padrões de eficiência, em oposição ao privilégio da burocracia e da estrutura administrativa estatal, e com foco no usuário, que passou a gozar de diversos direitos.

Dinorá Grotti destaca, no ponto, que a redescoberta das concessões no Brasil se deu em razão da grave crise fiscal e financeira enfrentada, e não porque o Estado buscou, naquele momento, dotar-se de mecanismos aptos a promover a melhora da qualidade do serviço público (2007, p. 81). Isto é, no país, o que teria motivado a ampliação da utilização do instituto seria a falta de recursos financeiros para que o Estado pudesse prestar diretamente os serviços públicos e prover os cidadãos de suas necessidades essenciais, tendo sido, portanto, uma saída pragmática ao cenário de crise fiscal. Independentemente dos motivos que levaram a Administração Pública a se reinventar, é fato que a delegação de serviços públicos aos particulares, em regime de concessão, trouxe significativas mudanças quanto às condições dos serviços postos à disposição da coletividade, o que justifica a necessidade de um marco regulatório específico para o instituto.

A Lei nº 8.987/1995, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”, foi o primeiro grande marco regulatório desse novo perfil da Administração Pública. Nos termos do art. 2º, II, da lei, a concessão de serviço público consiste na delegação, por prazo determinado, de sua prestação a um particular, pessoa jurídica ou consórcio de empresas, com capacidade para o seu desempenho, mediante licitação na modalidade concorrência.

A concessão de serviço público poderá ser precedida da execução de obra pública (art. 2º, III, da Lei nº 8.987/1995), hipótese em que caberá ao concessionário a construção, reforma, ampliação ou melhoramento de obra de interesse público, amortizando o seu investimento através da exploração da própria obra ou de serviços a ela associados. A permissão de serviço público, por sua vez, é entendida como a delegação da prestação de serviços públicos, a título

precário, a um particular que demonstre a necessária capacidade para o seu desempenho (art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/1995).¹⁵

Ainda conforme os dispositivos, a concessão e a permissão importam na prestação do serviço “por conta e risco” do concessionário ou permissionário, conceito que será essencial para o detalhamento trazido no próximo capítulo. Por ora, basta a compreensão de que, na forma dos artigos referidos, quis o legislador atribuir ao particular a responsabilidade pela gestão da concessão, arcando com os riscos de sua operação.

A propósito das concessões, tratam-se de negócios jurídicos bilaterais, de caráter contratual, por meio dos quais a gestão de serviços ou obras públicas é delegada a particulares, em caráter temporário, remunerando-se a partir de tarifas cobradas dos usuários (GUIMARÃES, 2012a, p. 63)¹⁶. É essencial compreender, neste aspecto, que as concessões importam na transferência, ao particular, da gestão do serviço público. Isto é, o particular irá prestar o serviço não conforme os parâmetros organizacionais fixados pela Administração Pública, mas por intermédio de sua própria expertise, responsabilizando-se pelas práticas de gestão adotadas para melhor atender os interesses do usuário. Fixando a lei e o contrato as balizas e os requisitos para a adequação do serviço, portanto, o concessionário terá liberdade gerencial para promover a sua execução¹⁷.

Nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães (2012a, p. 67):

A delegação terá por objeto a gestão de um serviço público. A referência à gestão indica não só a inexistência do trespasso da titularidade sobre o serviço – que permanece nas mãos do Estado –, mas também o cunho organizacional que marca a estruturação da concessão – inconfundível com a maioria dos contratos administrativos gerais, que é desprovida dessa condição.

¹⁵ Originariamente, se entendia que as permissões de serviço público seriam outorgadas não através de contratos, mas de simples atos administrativos (unilaterais, portanto). Em razão da redação do art. 40 da Lei nº 8.987/1995, contudo, que alude à formalização das permissões mediante contrato de adesão, passou-se a compreender as permissões também como atos bilaterais, sem diferenças mais relevantes em relação às concessões. Assim, tanto as concessões como as permissões possuem natureza contratual e dependem de prévio procedimento licitatório, sendo a modalidade concorrência obrigatória para as primeiras. Demais disso, as concessões apenas poderão ser firmadas com pessoas jurídicas, isoladamente ou em consórcio, ao passo em que as permissões também poderão ser outorgadas a pessoas físicas. Ressalte-se, ainda, o caráter precário das permissões, que podem ser revogadas de forma unilateral pelo Poder Público, enquanto as concessões possuem diversas formalidades legais para a sua extinção. Por fim, o serviço público precedido da execução de obra pública apenas pode ser delegado a particulares por meio de concessão (WALD; MORAES; WALD, 2004, pp. 110-111).

¹⁶ De acordo com a definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a concessão de serviço público é “*o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço*” (2019, p. 94).

¹⁷ Naturalmente, a liberdade gerencial do particular não lhe confere poderes gerais para executar o serviço a seu bel-prazer. Destaca Jacintho Arruda Câmara, nesse sentido, que incumbe ao Estado as decisões estratégicas da atividade, ao passo em que cabe ao concessionário a direção da empresa responsável por implementar as diretrizes estatais (CÂMARA, 2017, pp. 82-83).

O mecanismo de remuneração das concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/1995, é marca distintiva do instituto, se comparado às parcerias público-privadas. Com efeito, para que se enquadrem na sistemática da Lei nº 8.987/1995, as concessões serão financiadas pelo usuário, mediante a cobrança de tarifas, sem prejuízo da possibilidade de o edital de licitação prever fontes alternativas de receitas em favor da concessionária, para contribuir com a modicidade tarifária.

Isto é, a sustentabilidade financeira das concessões deve advir essencialmente das tarifas cobradas dos usuários do serviço (como, por exemplo, as passagens de transporte público, as remunerações pela utilização de rodovia pedagiada, as tarifas de energia elétrica, entre outros). O Estado – Poder Concedente – não faz qualquer desembolso para a viabilização do serviço ou para a conclusão da obra, o que se coaduna precisamente com um dos fundamentos para a reforma do Estado e para a delegação da prestação de serviços públicos a particulares: a crise financeira e fiscal que acomete o Poder Público, reduzindo a sua capacidade de investimentos.

Nesse prisma, Flávio Amaral Garcia (2019, pp. 23-24) aduz que a lógica financeira das concessões – remunerar-se mediante a cobrança de tarifas – advém de um ideal de justiça, na medida em que, se é pressuposto um cenário de restrição fiscal do Estado (do contrário, haveria, supostamente, a possibilidade de prestação direta dos serviços), é mais justo que o serviço seja remunerado apenas por aqueles que dele se utilizam, em vez de se financiarem por meio de tributos, recaindo sobre toda a sociedade.

O fato de a concessão necessitar de viabilidade econômico-financeira por intermédio de tarifas cobradas dos usuários não afasta a possibilidade de que o concessionário aufera receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Muito pelo contrário: as receitas alternativas apenas reforçam a modelagem econômica das concessões, uma vez que, se o financiamento do projeto não pode demandar recursos do Poder Público, mas apenas a cobrança de tarifas, e se as tarifas devem observar o princípio da modicidade, a previsão de receitas complementares é de extrema relevância para tutelar o interesse do usuário quanto ao valor da tarifa. A título exemplificativo, é o que ocorre quando uma concessionária da exploração de rodovias utiliza as faixas marginais para a exploração de publicidade, ou quando uma concessionária de aeroportos ou de linha de transporte metropolitano explora espaços comerciais nos saguões ou estações.

Nos termos do parágrafo único do art. 11 da Lei de Concessões, assim, as receitas alternativas previstas no edital de licitação e no contrato de concessão serão contabilizadas para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste, o que importa dizer que

não reverterão ao patrimônio do concessionário na forma de lucro, mas comporão a equação econômico-financeira da avença para fins de definição do valor adequado das tarifas, de forma a assegurar a sua modicidade. É importante frisar, ainda, que a viabilização das receitas acessórias se dará em regime privado, através de ajustes firmados entre a concessionária e terceiros, sem a interferência do Poder Concedente.

No que tange aos princípios aplicados às concessões, merece destaque a previsão do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual a concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários, evidenciando que, na delegação de serviços a particulares, o foco se desloca da relação entre Administração Pública e concessionário e passa ao usuário, destinatário do serviço e a quem interessa, em caráter primordial, o sucesso da prestação dos serviços. Nesse sentido, para que o serviço possa ser considerado adequado aos ditames legais, deve observar as condições de (art. 6º, §1º, da Lei Geral de Concessões)¹⁸:

(i) regularidade – de acordo com o postulado da regularidade, o serviço público deve ser prestado em conformidade com regras previamente estabelecidas, que assegurem a normalidade da prestação. Deve, portanto, se pautar por normas técnicas específicas, pertinentes ao setor, e seguir procedimentos padronizados.

(ii) continuidade – a continuidade do serviço público importa em evitar interrupções desnecessárias ou abruptas em seu funcionamento. Na forma da Lei nº 8.987/1995, assim, a interrupção do serviço só poderá ocorrer em situação de emergência ou após prévio aviso, nas hipóteses de inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade, ou quando necessária por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações. Dizer que o serviço deve ser prestado com continuidade não importa necessariamente em considerá-lo ininterrupto, e sim que a prestação deverá ser uniforme e previamente estabelecida. Isto é, a continuidade em serviços como o de eletricidade possui caráter ininterrupto; por outro lado, os serviços de transporte público poderão respeitar horário de funcionamento pré-estabelecido, sem que isso importe em descontinuidade (MOREIRA, 2010, pp. 253-254). Segundo aponta Maria Sylvia di Pietro (2019, p. 99), o princípio da continuidade do serviço público é fundamento para a inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido em face da Administração Pública de forma mais rigorosa que no bojo da Lei nº 8.666/1993 (segundo a qual a suspensão das obrigações do contratado está autorizada quando a Administração se torna inadimplente por

¹⁸ Para Egon Bockmann Moreira (2010, pp. 252-253), os critérios são exemplificativos. São, assim, o mínimo a ser observado, comportando uma ampliação discricionária pelo Poder Concedente, com fulcro em normas regulamentares e contratuais, de forma a assegurar o interesse do usuário.

mais de 90 dias), bem assim para a atribuição de prerrogativas ao Poder Concedente, como os poderes de encampação e intervenção.¹⁹

(iii) eficiência – prescreve o art. 37, *caput*, da Constituição Federal que a Administração Pública deverá se pautar, entre outros princípios, pelo da eficiência. Na prestação de serviços públicos, ainda que delegados a particulares, a eficiência exige que o serviço atinja seus fins da forma mais adequada possível, em perfeita consonância com a legislação e as normas contratuais, acarretando benefício social e privilegiando o usuário.

(iv) segurança – conquanto não se possa falar em atividade desprovida de riscos (que, como se verá adiante, são a marca da sociedade contemporânea), um serviço público seguro é aquele que não põe o usuário nem terceiros em situação desnecessariamente arriscada ou perigosa, obrigando-se o concessionário a adotar técnicas e medidas para mitigar ou reduzir o risco de prejuízos na prestação dos serviços e responsabilizando-se por eventuais falhas ou danos causados ao usuário ou a terceiros.

(v) atualidade – de acordo com o parágrafo segundo do art. 6º, a atualidade do serviço significa a modernidade das técnicas utilizadas, dos equipamentos e das instalações, a sua conservação, bem assim a melhoria e a expansão do serviço. Como as necessidades do usuário se moldam ao longo do tempo, e como a tecnologia está em constante evolução, a atualidade do serviço requer que o concessionário promova o seu aperfeiçoamento contínuo, de forma a abranger o maior número de usuários possível.

(vi) generalidade – ainda que nem todos os indivíduos em uma dada sociedade se utilizem do serviço público (já que, como visto, tem caráter *uti singuli*, isto é, fruível de forma individual pelo usuário), a generalidade impõe que o serviço esteja posto à disposição da coletividade, acessível a todos sem distinção. Isso não impede a adoção de medidas destinadas a promover a igualdade material, a exemplo de tarifas diferenciadas para pessoas idosas, ou a instituição de subsídios cruzados para viabilizar financeiramente o serviço conforme a capacidade contributiva do usuário, uma vez que a generalidade se identifica com a isonomia e esta pode ser vista de forma distinta a depender do destinatário.

(vii) cortesia – de acordo com o critério da cortesia, o prestador do serviço deve tratar o usuário com urbanidade e gentileza, disponibilizando as informações necessárias para que

¹⁹ Também com vista a assegurar a continuidade do serviço, foi incluído na Lei nº 8.987/1995 o art. 27-A, que permite a assunção de controle ou da administração da concessionária por seus financiadores, para que, em cenário de crise ou instabilidade, seja promovida a reestruturação da concessionária, evitando-se o risco de paralisação dos serviços. É o que se denomina *step-in rights*, também presente na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004).

conheça as condições do serviço e os seus direitos e deveres, promovendo uma relação respeitosa e desprovida de quaisquer discriminações.

(viii) modicidade tarifária – em que pese o concessionário esteja orientado à obtenção de lucro com a concessão, não se pode olvidar que se trata de serviço público, destinado à satisfação de interesse coletivo. Desse modo, ao passo em que tampouco se cogita de serviço gratuito, deve-se buscar a modicidade das tarifas, encontrando um equilíbrio entre os custos do prestador de serviço e as possibilidades financeiras dos usuários. Considerando as condições socioeconômicas da população brasileira, sobretudo aquela que mais necessita dos serviços públicos a cargo do Estado, a modicidade tarifária é condição essencial para que se viabilize o acesso dos usuários ao serviço, concretizando o interesse público que norteia a delegação. A garantia de modicidade tarifária é, portanto, o que rege a previsão de receitas acessórias à concessão, para que o concessionário consiga viabilizar financeiramente o projeto sem onerar demasiadamente o usuário.

No que toca à adequação do serviço público, é interessante perceber que cada contrato de concessão, ainda que em um mesmo setor da economia ou relativo a um mesmo serviço público, é único, na medida em que reflete as condições de um certame específico e de uma proposta individualmente considerada para aquele processo licitatório. Assim, não se cogita de uma fórmula única, universal, para a adequação do serviço, que deve sempre considerar as particularidades do caso concreto.

Justamente por este motivo, Egon Bockmann Moreira defende que o serviço será adequado quando em consonância com a legislação de regência, o edital, a proposta do particular concessionário e o contrato de concessão, registrando que “a adequação do serviço é, portanto, uma constante busca, a ser feita com esforço e persistência” (MOREIRA, 2010, pp. 250-252). Isto é, a Lei Geral de Concessões, por si só, é incapaz de definir os parâmetros para que um serviço público possa ser considerado adequado, uma vez que esta análise dependerá não apenas das balizas legais, mas também do que restou consignado no instrumento convocatório, na proposta vencedora do certame e no contrato de concessão. É possível (ou melhor, é natural) que a noção de adequação se transforme ao longo do tempo, podendo acarretar, inclusive, na celebração de aditivos contratuais para fazer frente à necessidade de ajustar o instrumento ao melhor interesse das partes envolvidas, assegurando-se ao usuário qualidade no serviço prestado.

Dispõe a Lei nº 8.987/1995, ainda, que as concessões de serviço público serão precedidas de processo licitatório adequado, na modalidade concorrência, que seguirá as regras do Capítulo V do diploma. Demais disso, as concessões não serão outorgadas em caráter

exclusivo, salvo exceções devidamente fundamentadas pelo Poder Concedente, de sorte que, ao menos em tese, é viável a competição entre concessionários de um mesmo ramo de atuação. Cuida-se, no ponto, de evolução legislativa em relação à utilização das concessões em momentos anteriores, na medida em que deixam os serviços públicos de ser delegados a terceiros de forma exclusiva e passam a operar em regime de concorrência, partindo-se da premissa de que mercados concorrenenciais são mais eficientes que mercados monopolistas quanto aos preços e à qualidade dos serviços (GROTTI, 2007, p. 82).

O artigo 21 da Lei Geral de Concessões traz previsão, muito utilizada no bojo das parcerias público-privadas, que impacta sensivelmente na alocação de riscos nestas modalidades contratuais. Prescreve o dispositivo que os estudos e projetos utilizados para a viabilização da concessão, realizados de forma direta pelo Poder Concedente ou por particular por ele autorizado, serão disponibilizados a quaisquer interessados em participar da concorrência pública, e, desde que haja tal previsão em edital, serão objeto de ressarcimento pelo vencedor do certame. Trata-se do que se convencionou denominar “procedimento de manifestação de interesse” ou “manifestação de interesse da iniciativa privada”, conforme parta a iniciativa da Administração Pública ou do particular, que permite a elaboração de projetos e estudos prévios à implantação da concessão por um particular, o qual será remunerado pelo vencedor da licitação, desde que (i) os estudos sejam aprovados pelo Poder Concedente e efetivamente utilizados na modelagem da concessão; (ii) os serviços sejam licitados com êxito; e (iii) haja previsão no edital da licitação de que o vencedor do certame promoverá o ressarcimento quanto aos custos dos estudos e projetos.

Com efeito, sobretudo em municípios e estados menores, o Poder Público nem sempre possui equipe técnica capacitada para a elaboração dos estudos prévios à implantação da concessão, uma vez que demandam análises aprofundadas nos campos jurídico, econômico e técnico. Por outro lado, a complexidade dos empreendimentos delegados por meio de concessões exige que as licitações apenas sejam formalizadas quando disponíveis estudos prévios completos, de forma a balizar os potenciais concorrentes quanto às características do serviço e seus aspectos econômico-financeiros essenciais à adequada precificação das propostas, em especial nas concessões de longo prazo, que demandam vultosos investimentos para a sua viabilização.

A questão é interessante sob a ótica da alocação de riscos contratual, uma vez que os estudos prévios normalmente englobam também a elaboração de minutas de edital e contrato de concessão pelo particular. Conquanto a Administração Pública tenha a incumbência de analisar tais minutas e promover as adequações necessárias antes da publicação do instrumento

convocatório do certame, a prática evidencia que, muitas vezes, aproveitando-se da falta de pessoal técnico qualificado do ente público, o particular opta por elaborar minutas de edital que alocam a maior parte dos riscos ao Poder Concedente, na expectativa de vencer o certame e, mais além, promover o reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

A matéria será mais adiante detalhada, no estudo dos riscos em contratos de concessão e parceria público-privada. Neste momento, incumbe compreender apenas que a Lei nº 8.987/1995 permite a elaboração de estudos e projetos necessários à concessão por um particular, que será remunerado pelo trabalho pelo vencedor da licitação.

Em que pese o significativo avanço na legislação brasileira e na qualidade da prestação do serviço público a partir das diretrizes fixadas pela Lei nº 8.987/1995, diante da crescente complexidade das relações jurídicas e das novas demandas da sociedade em face da Administração Pública, a regulamentação das concessões tornou-se insuficiente, demandando do legislador novas amarras para permitir arranjos contratuais não antevistos quando da edição da Lei Geral de Concessões. Surge, assim, a Lei nº 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas, objeto de análise a seguir.

2.4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS REGULADAS PELA LEI N° 11.079/2004

Após cerca de dez anos de vigência da Lei Geral de Concessões, percebeu-se que a regulamentação legal por ela trazida, em conjunto com o restante do arcabouço normativo para as parcerias entre Estado e iniciativa privada, não mais se adequava integralmente às necessidades da Administração para a viabilização de serviços e utilidades. Com isso, e inspirada em modelagens utilizadas em outros países, entre os quais se destacam Portugal, Espanha e Inglaterra, em 30 de dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.079, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” (Lei de PPP).

Acerca do contexto que levou à edição da referida lei em terras brasileiras, destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2007, p. 113) que o Poder Público possuía, à época, dois objetivos principais para a pretendida flexibilização da estruturação de projetos de infraestrutura em conjunto com a iniciativa privada: primeiramente, a viabilização de serviços que não são financeiramente autossustentáveis (como rodovias de baixo movimento) ou que não comportam contraprestação pelos usuários (a exemplo do gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). E, em segundo lugar, a viabilização de serviços prestados diretamente ao Poder

Público que necessitam de prazo mais alargado para a amortização de seus investimentos, tendo em vista que a Lei nº 8.666/1993 fixa o prazo máximo de cinco anos para a duração dos contratos administrativos no caso de serviços contínuos.

Como se vê, a Lei de PPP surgiu para viabilizar juridicamente uma demanda do Poder Público para o provimento de infraestrutura e a oferta de serviços ao Estado e à coletividade, que não se encaixavam nas estruturas jurídicas já existentes no ordenamento. Exemplo de que o Direito, por essência, não é capaz de acompanhar a velocidade das demandas sociais, que exigem do legislador a constante atualização dos institutos e dos arcabouços normativos para que a Administração Pública – pautada pelo princípio da legalidade e, portanto, estritamente dependente do direito positivo para que possa viabilizar sua atuação – consiga atingir seu mister.

Alketa Peci e Filipe Sobral, reconhecendo a inspiração britânica para as parcerias público-privadas no Brasil, ensinam que, na Inglaterra, as justificativas empregadas para a adoção do modelo de PPP a partir dos anos 1990 consistiriam em (2007, pp. 2-3):

- a expectativa de melhoria dos serviços públicos;
- a crença de que as empresas privadas podem ser mais eficientes e melhor geridas do que as empresas públicas;
- a expectativa de melhoria do *value for money* (eficiência) no uso dos recursos públicos, em benefício da sociedade;
- a possibilidade de transferência e de compartilhamento de riscos com o setor privado;
- a expectativa de capacitar-se e adquirir expertise pelo acesso ao setor privado;
- a superação de dilemas fiscais, uma vez que se possibilita o aumento de investimentos públicos por meio da participação de recursos privados;
- o engajamento dos cidadãos e grupos cívicos na governança e monitoramento dos serviços.

Do outro lado do Atlântico, como se verifica da análise feita pelos autores, os fatores que levaram ao destaque conferido às parcerias público-privadas se centram essencialmente no serviço público delegado à iniciativa privada. Assim, são apontadas justificativas como eficiência, incremento de qualidade e expertise da iniciativa privada como razões para a transformação do modelo de execução direta dos serviços para o modelo de delegações. No Brasil, todas as justificativas indicadas por Peci e Sobral para a realidade inglesa são igualmente propagadas, o que leva a uma aproximação entre o cenário que, nos anos 1990, levou a Inglaterra a investir no modelo e aquele vivenciado pelo Brasil a partir de 2004, com a edição da Lei nº 11.079/2004.

Em terras pátrias, deve-se acrescentar, ainda, um fator político-ideológico para o investimento em parcerias público-privadas (bem como em concessões comuns desde o início

do movimento de reforma do aparelho estatal na década de 1990). Nesse sentido, a redefinição do papel do Estado é, em última análise, uma escolha política, que reflete a orientação ideológica dos governantes no poder e seu projeto político submetido ao crivo dos eleitores. No país, assim, quanto sejam aplicáveis todas as justificativas apontadas no modelo inglês, a exemplo da restrição fiscal do Estado, da ampliação de eficiência e da maior expertise da iniciativa privada em determinado ramo de atuação, não se pode olvidar que a transformação do Estado e o consequente investimento em concessões e parcerias público-privadas se deu também em razão da orientação política dos governantes, que optaram por uma guinada privatista dos serviços públicos, em detrimento da prestação direta pela Administração Pública.

Não se trata, aqui, de defender que as concessões e parcerias público-privadas são produto de governos neoliberais, ou de orientação política à direita, uma vez que, de um lado, as complexidades da sociedade atual não mais permitem encaixar os governos em caixas ou rótulos imutáveis; e, de outro, a Lei das Concessões foi editada no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, ao passo em que a Lei das PPP foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Assim, o que se prega é que governos, independentemente de partidos, podem se orientar no sentido de privilegiar a delegação da prestação dos serviços públicos ou no sentido de centralizar a sua execução tanto quanto possível, e a escolha por uma ou outra alternativa nada mais é que uma escolha política a partir da compreensão do papel que deve ocupar o Estado.

De acordo com o art. 2º da lei de regência, as parcerias público-privadas são contratos administrativos de concessão, nas modalidades patrocinada ou administrativa. Isso importa dizer que, para o legislador, a Lei nº 11.079/2004 instituiu duas novas formas de concessão, de sorte que as regidas pela Lei nº 8.987/1995 seriam concessões comuns e aquelas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004 seriam concessões especiais.

Nesse ponto reside a primeira controvérsia das parcerias público-privadas: o seu enquadramento como modalidade de concessão. A Lei de PPP estabelece que a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Significa dizer que há projetos que não se mostram financeiramente viáveis sob o prisma da Lei Geral de Concessões, uma vez que a sua modelagem financeira demandaria tarifas muito elevadas do usuário – seja pelo fato de que o valor do investimento é muito alto, ou pela inviabilidade do concessionário auferir receitas alternativas. Nesses casos, como as concessões são remuneradas essencialmente por tarifas cobradas dos usuários, não haveria como se viabilizar a delegação do serviço, uma vez que, na

forma da Lei nº 8.987/1995, as tarifas devem ser módicas. As concessões patrocinadas surgem, assim, para viabilizar financeiramente projetos que seguem a sistemática das concessões comuns, mas cujas tarifas não poderiam se manter módicas sem o auxílio do Poder Público.

Não se vislumbram maiores problemas quanto ao enquadramento das concessões patrocinadas no instituto das concessões de serviço público, uma vez que, repise-se, mantêm a mesma lógica da Lei nº 8.987/1995, demandando apenas uma contraprestação pecuniária do Poder Concedente para assegurar a modicidade tarifária. A discussão travada em âmbito doutrinário diz respeito à adequação das concessões administrativas ao modelo de concessões vigente no país, não havendo consenso quanto ao acerto ou equívoco do legislador.

O art. 2º, parágrafo segundo, da Lei nº 11.079/2004 conceitua as concessões administrativas como contratos de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Da definição extraída do texto legal, denota-se que as concessões administrativas não se vinculam necessariamente a serviços públicos, podendo ser utilizadas para a prestação de serviços de forma geral, quando a Administração Pública seja a sua usuária direta (por exemplo, a gestão de um centro administrativo) ou indireta (como no caso de parcerias público-privadas para a gestão de escolas ou presídios).

Francisco Cavalcanti destaca, a propósito do assunto, ser um “equívoco científico” a inserção das PPP como espécies de concessão, uma vez que a sua abrangência é significativamente maior, funcionando as parcerias público privadas como um instrumento intermediário entre a delegação, em que o usuário presta o serviço por sua conta e risco, e o exercício direto da atividade pelo Poder Público. Nesse sentido, para o autor, as PPP podem também ser celebradas em áreas em que o Estado não é o titular exclusivo do serviço (como saúde e educação), o que importa em afastar o conceito de concessão, na medida em que não se pode conceder aquilo de que não se é titular (2013, pp. 256-258).

Diante da constatação, poder-se-ia falar em parcerias público-privadas em sentido amplo, como gênero, abrangendo todas as interações entre Estado e iniciativa privada para a consecução de objetivos comuns, de concretização do interesse público. Nesse prisma, uma classificação mais acurada poderia trazer as parcerias público-privadas em sentido estrito (regidas pela Lei nº 11.079/2004) e as concessões como espécies do gênero PPP (em sentido amplo), ao lado de interações como convênios, contratos de gestão, termos de parceria, entre outras.

Resta consagrado, contudo, que as classificações não são certas nem erradas, mas apenas úteis ou inúteis para um pretendido fim. Assim, para o fim ora almejado – compreender a gestão

do risco nas parcerias público-privadas –, não se vislumbra qualquer repercussão prática acerca da inclusão ou não das PPP como espécie de concessão, haja vista a disciplina específica, na Lei nº 11.079/2004, quanto à repartição objetiva de riscos entre as partes.

Do cotejo entre as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004, evidenciam-se algumas distinções essenciais entre as concessões comuns e as especiais, entre as quais se destacam (i) as PPP possuem prazo de vigência fixado entre 5 e 35 anos, enquanto a Lei de Concessões não traz qualquer limitação temporal; (ii) as concessões são exercidas diretamente pelo concessionário, ao passo em que as parcerias público-privadas são executadas por uma sociedade de propósito específico de que é sócio o licitante vencedor da concorrência (e que pode contar também com o parceiro público como cotista ou acionista); (iii) os contratos de PPP devem necessariamente prever a repartição objetiva de riscos entre as partes, como se verá adiante, enquanto as concessões são executadas por conta e risco do concessionário, embora não haja óbice também à alocação preventiva de riscos nesta modalidade contratual; (iv) o Poder Público oferta ao parceiro privado garantia do cumprimento de suas obrigações nas PPP, não havendo tal previsão para as concessões comuns; (v) as concessões comuns viabilizam-se essencialmente pela cobrança de tarifas, ao passo em que as parcerias público-privadas demandam necessariamente o desembolso de valores pelo parceiro público.

Na forma da Lei nº 11.079/2004, com a redação conferida pela Lei nº 13.529/2017, as parcerias público-privadas estão restritas a contratos cujo valor seja igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Em sua redação original, o limite mínimo para a celebração de contratos de PPP era de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o que, considerando a realidade fiscal e financeira da imensa maioria dos entes federativos, acabava por inviabilizar o instituto, sobretudo nos municípios de menor porte.

Deve-se considerar, no ponto, que o art. 10, inciso I, alínea “b”, do diploma condiciona a realização do processo licitatório à demonstração de que as despesas oriundas da PPP não afetarão as metas fiscais fixadas pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), impondo ao Poder Público que os efeitos financeiros da parceria sejam compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Assim, tendo em vista a já deficitária situação fiscal de diversos entes federativos, as exigências legais quanto ao valor do contrato convertiam-se em impeditivo para a celebração de contratos desta natureza, de sorte que a redução do valor mínimo para os contratos de PPP possibilita uma maior penetração do instituto e, por conseguinte, maiores incentivos à ampliação da infraestrutura nestas localidades.

Discute-se, a propósito do limite mínimo para os contratos de PPP, o que o legislador quis dizer com a expressão “valor de contrato”, para fins de determinar quais projetos podem ou não ser viabilizados sob a modelagem jurídica das parcerias público-privadas. Nesse sentido, apontam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, p. 78) três possibilidades distintas de interpretação: em primeiro lugar, pode-se compreender o valor do contrato como o valor total de investimento a cargo do parceiro privado; sob outra ótica, é possível associar o valor do contrato à soma das contraprestações pecuniárias do parceiro público ao longo do prazo da concessão; por fim, a expressão pode ser compreendida como a soma das receitas da concessionária em toda a execução contratual. Para os autores, a interpretação mais adequada é aquela que associa o valor do contrato ao valor mínimo de investimento, uma vez que reflete a dimensão do empreendimento de forma mais precisa, além de ser menos sujeita a distorções (2010, pp. 78-79).

Em igual sentido, Fernando Vernalha Guimarães também advoga pela necessidade de se compreender o limite mínimo para as parcerias público-privadas a partir do conjunto dos investimentos a cargo do parceiro privado. Com efeito, conforme aponta o autor, o desvirtuamento desta concepção, com o cálculo do valor do contrato de acordo com o montante de valores pagos pela Administração Pública, poderia induzir à manipulação do instituto, autorizando a Administração a se valer da modelagem das PPP para projetos de prestação de serviço mais adequados à sistemática da Lei nº 8.666/1993 (2012b, pp. 338-339).

Há sentido na alegação dos autores. De um lado, é importante que as parcerias público-privadas tenham valor mínimo para que possam ser viabilizadas, uma vez que demandam altos valores de investimento, com relevante comprometimento financeiro da Administração, que arca não apenas com as contraprestações devidas pelo projeto, mas também com garantias estatais às obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público (que, em última análise, são assumidas pela coletividade de modo geral, através do pagamento de tributos). Desse modo, ao fixar um limite mínimo para que os projetos possam se revestir da modelagem de parcerias público-privadas, o que faz o legislador é proteger o interesse público, impedindo que contratações que poderiam ser viabilizadas sob a ótica da Lei nº 8.666/1993 sejam travestidas de parcerias público-privadas na modalidade de concessão administrativa, impactando os cofres públicos de forma desnecessária. Isto é, sob a ótica do particular que contrata com o Poder Público, a modelagem das PPP é mais atrativa, uma vez que há o compartilhamento de riscos com a Administração, que, além disso, presta garantias ao parceiro privado que seriam impensáveis no bojo da Lei nº 8.666/1993. Fixar um valor mínimo de investimento para que o

contrato possa ser firmado sob a égide da Lei nº 11.079/2004, portanto, confere segurança e robustez à Administração Pública.

De outra banda, a instituição de um valor mínimo para os contratos de PPP tem também por objetivo compensar os altos custos de transação associados à modelagem, uma vez que os estudos prévios de viabilidade da parceria são bastante vultosos e não costumam variar conforme o porte do empreendimento, razão pela qual se pode cogitar de um ganho de “economia de escala” ao se permitir a celebração de parcerias público-privadas apenas a partir de um valor mínimo contratual (GUIMARÃES, 2012b, pp. 332-336).

Aspecto crucial do regime jurídico das parcerias público-privadas, sobretudo se comparado às concessões comuns e aos contratos sob a égide da Lei nº 8.666/1993, é a previsão legal quanto à “repartição objetiva de riscos” entre Poder Concedente e concessionário, o que será objeto de análise mais aprofundada adiante. No momento, vale apenas o registro de que os contratos de PPP deverão vir acompanhados de matriz de risco específica, que contemplará, inclusive, os riscos decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária.

Em 2012, com o advento da Lei nº 12.766, foi incluída na Lei de PPP a possibilidade de que o contrato preveja o pagamento de remuneração variável ao parceiro privado, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade estabelecidas pelo próprio instrumento contratual. Trata-se de importante inovação legislativa com vistas a assegurar a eficiência do parceiro privado na execução do serviço que lhe foi delegado, o que se coaduna com a intenção primordial que levou à transferência a particulares de serviços originalmente prestados diretamente pelo Estado. Com efeito, em uma modelagem jurídica que assegura ao particular um regime jurídico bastante privilegiado, especialmente no que toca às garantias públicas ao pagamento da contraprestação estatal e à repartição de riscos entre as partes, a previsão de remuneração variável surge como interessante ponto de equilíbrio para o instituto, impondo ao parceiro privado uma maior preocupação com a qualidade do serviço prestado.

Nesse sentido, não se pode olvidar que as parcerias público-privadas são, em última análise, contratos administrativos e, como tais, se pautam pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Naturalmente, é legítima a pretensão patrimonial da iniciativa privada ao contratar com o Poder Público e seu papel tem sido essencial para a ampliação e o melhoramento da infraestrutura no país. Deve-se ter em mente, contudo, que as PPP existem para a viabilização de serviços públicos ou, se não se restringem a eles, demandam necessariamente a prestação de serviços à coletividade ou à Administração Pública, em prol

dos administrados. Por esse motivo, o foco é e sempre deve ser a disponibilização de serviços de qualidade ao Poder Público e aos usuários, razão pela qual a previsão de remuneração variável ao desempenho da concessionária é chave para motivar o parceiro privado (já que é orientado pelo lucro) e, ao mesmo tempo, promover o incremento da qualidade dos serviços, conforme padrões fixados antecipadamente pelo Poder Público no instrumento convocatório do certame.

Ainda sobre o tema, é essencial que o edital da concorrência e o contrato de concessão (cuja minuta integra o instrumento convocatório da disputa) prevejam de forma bastante detalhada os indicadores de qualidade a serem adotados para o cálculo da remuneração variável da concessionária, uma vez que os índices de desempenho e as medidas que o parceiro privado deve adotar para atingi-los impactam diretamente na formulação das propostas de preço dos licitantes e, portanto, devem estar disponibilizados, de forma a reduzir as incompletudes contratuais.

Compreendidas as diretrizes gerais das parcerias público-privadas e o seu papel para a ampliação da infraestrutura no país, passa-se adiante a analisar como os contratos de PPP se comportam diante dos riscos, inerentes às relações modernas entre Estado e iniciativa privada, e que podem comprometer a adequada execução do objeto contratual delegado aos particulares.

3 A CONCEPÇÃO DE RISCO NA MODERNIDADE E OS SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 O CAMINHO ATÉ A SOCIEDADE DE RISCO

Conquanto seja o risco indissociável da existência humana, a forma como ele é percebido se transformou ao longo do tempo. Em verdade, é mais correto afirmar que a percepção do risco não é fixa e nem tampouco se altera simplesmente conforme o passar do tempo para as pessoas de modo geral; trata-se de fator mutável conforme a cultura, as vivências e a personalidade de cada indivíduo, que interpretam determinado fator de risco de acordo com suas próprias concepções. Por isso, uma mesma conduta – realizar uma ultrapassagem em uma estrada, por exemplo – pode ser analisada por dois indivíduos de forma amplamente distinta, chegando-se a duas conclusões diferentes quanto à percepção do risco inerente à atividade.

O fato de possuir o risco um fator pessoal não afasta a sua dimensão cultural, sendo certo que, com a marcha da história, alterou-se a perspectiva a ele conferida. Por este motivo, Peter L. Bernstein (2018, pp. 1-3) defende que a fronteira entre a modernidade e o passado é exatamente o domínio do risco, isto é, a ideia de que o futuro vai além de simples vontade divina ou natural, colocando o ser humano em papel de destaque na definição do porvir. Neste cenário, para o autor, o ato de correr riscos (e, naturalmente, o gerenciamento destes) é catalisador da sociedade moderna e essencial para o seu progresso econômico e tecnológico.

A compreensão do risco como fator propulsor do desenvolvimento é importante porque confere racionalidade à atuação humana. Quando se acredita que o futuro é uma decisão dos deuses, sobre a qual não se possui qualquer ingerência, a humanidade não age conforme padrões racionais, porque crê que o futuro é incognoscível à mente humana. Ou seja, se não se tem qualquer papel na definição do que irá acontecer, não faz sentido a gestão do risco, já que as consequências da atuação humana se devem à vontade de um ser “externo”. Sob esta perspectiva, assim, é irrelevante a teorização dos possíveis cenários advindos de uma determinada conduta, e a ponderação entre eles para o atingimento de um dado objetivo, na medida em que, independentemente do que se faça ou do que se planeje fazer, o futuro é preestabelecido por uma entidade sobre a qual não se possui controle.

A partir do momento em que se confere um fator de racionalidade ao futuro, o risco assume papel de destaque. Com efeito, se o desenrolar dos acontecimentos depende, ao menos em parte, das decisões tomadas por um indivíduo, este terá estímulos para arriscar, porque existirá um nexo causal entre a sua conduta e o resultado ocorrido no futuro. Dito de outro

modo, o ser humano passa a capitanejar a definição dos acontecimentos futuros, de sorte que a tomada de decisões racionais, assumindo e gerenciando riscos, é determinante para o porvir.

Nem sempre, entretanto, as decisões humanas foram tomadas de maneira racional. Os jogos de azar, praticados desde que se tem registro histórico, são essencialmente um ato de correr riscos; no entanto, em um momento inicial, os indivíduos realizavam apostas sem qualquer análise de probabilidade nem qualquer cuidado quanto à administração do risco que estavam a correr. Nesse sentido, até o período do Renascimento, o futuro era tido como aleatório, colocando os indivíduos à mercê da sorte (BERNSTEIN, 2018, pp. 11-19).

Narra Peter L. Bernstein (2018, pp. 19-23) que a disseminação do cristianismo no Ocidente trouxe novas perspectivas para a análise de risco. Nesse sentido, o futuro permanecia nas mãos de entidades divinas, mas o caminho para alcançá-lo passou a ser estabelecido pela religião, a partir de padrões divulgados a todos – isto é, aos que observassem os padrões morais e de fé ditados, seria reservado um futuro próspero. Posteriormente, com a Reforma Protestante e a eliminação da confissão, passou-se à compreensão de que o futuro era responsabilidade das decisões racionalmente tomadas pelos indivíduos, o que ampliou o espectro de condutas a serem tomadas – e, consequentemente, de riscos a serem administrados. Nessa época, enxergou-se o desenvolvimento do comércio, que associa a assunção de riscos à obtenção de riqueza, e, por conseguinte, do sistema capitalista, tido por Bernstein como “a epítome de correr riscos” (2018, p. 22).

Denota-se, nesse prisma, que, para que se desenvolva a gestão do risco, deve-se partir da premissa de que os seres humanos são, ao menos em parte, livres em suas escolhas e decisões. Do contrário, não há o que ser gerenciado, seja porque o futuro é produto da sorte e da aleatoriedade, ou porque a decisão sobre o que virá a ocorrer não cabe ao indivíduo, mas a uma entidade divina.

Constatação interessante acerca do processo de administração de riscos é perceber que a realidade não é linear nem contínua, e o que ocorre no futuro não necessariamente é um reflexo do ocorrido no passado. Isto é, quanto se tenha, no passado, partido do que ocorre no presente para se tentar determinar o que virá a suceder no futuro, o fato é que a realidade é muito mais complexa do que o que se consegue prever, e a tentativa de se regredir à média dos acontecimentos pretéritos para se projetar o porvir não é capaz de efetivamente antever o futuro (BERNSTEIN, 2018, p. 190). Assim, deve-se compreender que, no processo de gerenciamento de riscos, analisar o que ocorreu no passado é importante para se conjecturar cenários e compreender possibilidades em um contexto de ação e reação, mas não tem utilidade para a

previsão de eventos futuros, uma vez que a realidade é muito mais complexa do que qualquer sistema de previsões é capaz de alcançar.

Se assim não fosse – é dizer, se fosse possível se antever o futuro com fulcro unicamente em eventos ocorridos no passado, a partir da concepção de que a história se repete –, não haveria de se cogitar de erros na tomada de decisões, uma vez que a ponderação entre risco e benefício esperado seria sempre conhecida do agente antes mesmo de sua conduta. A realidade evidencia, entretanto, que há um fator de aleatoriedade e de ignorância na atuação humana, mesmo aquela pautada por racionalidade; é aí que se encaixa a necessidade de administração do risco, fornecendo ao indivíduo ferramentas para lidar com aquilo sobre o que não conhece e não se tem controle absoluto.

Conferindo ênfase à informação no processo de tomada de decisões, Peter L. Bernstein (2018, pp. 205-206) explica que

Enquanto não conseguirmos distinguir um acontecimento realmente aleatório de outro resultante de causa e efeito, jamais saberemos se o que vemos é o que obteremos, nem como obtivemos aquilo que obtivemos. Quando corremos um risco, apostamos em um resultado que será consequência de uma decisão que tomamos, embora não saibamos ao certo qual será o resultado. A essência da administração do risco está em maximizar as áreas onde temos certo controle do resultado, enquanto minimizamos as áreas onde não temos absolutamente nenhum controle sobre o resultado e onde o vínculo entre efeito e causa está oculto de nós.

Quanto mais conhecimento e informação se detém sobre um determinado assunto, mais acurada será a tomada de decisões e mais restrito o espaço para o acaso, reduzindo o campo do risco. Isso não significa, todavia, que o aumento no grau de informação de um determinado indivíduo acarretará a redução dos riscos por ele assumidos. Nesse passo, a crença na gestão de riscos pode levar o indivíduo a assumir riscos que normalmente não assumiria, a exemplo do motorista que dirige de forma mais imprudente porque está utilizando cinto de segurança (BERNSTEIN, 2018, p. 352). Nesse sentido, um maior nível informacional quanto a um determinado cenário pode, de fato, levar um indivíduo a assumir novos riscos, o que não necessariamente é visto de forma negativa, já que a tomada de decisões, ainda que arriscadas, tem por fito propiciar benefícios aos seus agentes. Assumir riscos, portanto, é mola propulsora do desenvolvimento.

Na modernidade tardia, defende Ulrich Beck (2011, pp. 23-25) que a produção de riqueza é indissociável da produção de riscos, de sorte a falar-se em uma “sociedade de risco”, em substituição à sociedade industrial ou de classes. Assim, o paradigma da sociedade industrial (a legitimação da distribuição desigual da riqueza) é deslocado, na sociedade de risco, para a

teorização acerca do gerenciamento dos riscos inevitavelmente produzidos, de forma a evitá-los, minimizá-los e redistribuí-los para que não comprometam o funcionamento social e o processo de modernização²⁰.

Para o autor, a sociedade de risco tem potencial catastrófico²¹, na medida em que as ameaças não são se limitam apenas a quem as produz, mas possuem alcance global, criando um cenário de “autoameaça civilizatória”. Desta forma, riscos trazem consigo efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos muitas vezes irreversíveis (2011, pp. 27-28). Demais disso, segundo destaca Beck (2011, pp. 38-39), não é possível isolar atores, causas e efeitos dos riscos produzidos pela modernidade, uma vez que existe uma “interdependência sistêmica” dos atores sociais em seus diversos ramos de atuação, o que contribui para a ampliação dos riscos, tendo em vista que não é possível isolar um único responsável por determinado evento. Com efeito, cogita-se de um “efeito bumerangue” dos riscos, que passam a atingir não apenas terceiros, mas também aqueles responsáveis por sua produção ou que eventualmente deles se beneficiem (BECK, 2011, pp. 44-45).

Como todo teórico, Beck é influenciado por seu meio, e sua obra, pelo contexto histórico em que foi produzida, em que se destacam tragédias ambientais e sociais como o acidente nuclear em Chernobyl. Não se pretende, com isso, defender que sua análise é viciada ou adstrita a um dado momento histórico, mas apenas que a sociedade de riscos, enquanto possua, de fato, certo potencial catastrófico, não precisa ser enxergada de forma negativa; nesse passo, o risco pode ser entendido também como estímulo à ampliação do conhecimento e à tomada de decisões capazes de impulsionar o processo produtivo e o desenvolvimento social, haja vista que, quanto mais arriscada determinada atividade, maior o benefício esperado pelo agente que a pratica.

²⁰ Algumas transformações na transição entre a pré-modernidade e a modernidade foram essenciais para a mudança de paradigma quanto ao perfil dos riscos, que culminaram com o cenário traçado por Beck na modernidade tardia. Em primeiro lugar, a primeira revolução industrial, quando o capital e o método de produção industrial passam ao protagonismo do modelo econômico; em segundo lugar, o movimento iluminista, que trouxe os novos parâmetros ideológicos da modernidade; por fim, a prevalência da burguesia em detrimento do absolutismo monárquico a partir das revoluções liberais (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 31-32). A soma destes fatores fincou as bases da sociedade industrial moderna, em que se enxergou grande avanço tecnológico, especialmente no setor produtivo, trazendo consigo riscos e ameaças não antevistas pelas sociedades anteriores, no processo que Beck passou a denominar de sociedade de risco.

²¹ Dizer que a sociedade de risco é catastrófica não significa que catástrofes aconteçam a todo momento, ou que desastres advindos dos riscos se materializem frequentemente. A sociedade de risco é uma sociedade em que a vida social é permeada de riscos, que podem ou não acarretar consequências nefastas ou mesmo catastróficas. Riscos se deslocam e se alteram a todo tempo, e novos fatos geram novos riscos de forma contínua. O papel da sociedade, portanto, é encontrar mecanismos para lidar com estes riscos, sem comprometer o processo produtivo e o desenvolvimento social.

A constatação de que se vive, atualmente, em uma sociedade de risco não significa que os riscos sejam produto apenas da modernidade tardia. Em verdade, como se viu, riscos são inerentes à atuação humana; o que muda com o passar do tempo é a forma como estes são percebidos pelas sociedades e as consequências desta percepção para a atuação humana. Ao se compreender que a produção de riscos é inerente à modernidade, o que se intenta afirmar, portanto, é que a sociedade moderna passou a enxergar o risco como um protagonista de sua atividade, desenvolvendo mecanismos de prevenção, detecção e mitigação.

Enquanto no passado os riscos mais relevantes eram aqueles relacionados à ação da natureza, na contemporaneidade os riscos são essencialmente decorrentes da ação humana. Obviamente, a humanidade não detém controle absoluto sobre as forças da natureza, de sorte que acidentes naturais continuam a ocorrer nos tempos atuais, com reflexos gravíssimos sobre a população. O que se afirma, entretanto, é que, no presente, os riscos passam a ter um componente humano em sua definição, na medida em que são produzidos em decorrência do processo de desenvolvimento econômico e de avanço tecnológico.

Sem embargo da influência humana sobre os riscos produzidos na contemporaneidade, é característica dos novos riscos a sua imperceptibilidade pelos sentidos humanos, diferentemente do que ocorria no passado (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 37-38). Assim, a título exemplificativo, são imperceptíveis pelos sentidos riscos como a contaminação nuclear, cujas consequências atingem a sociedade atual e as futuras de forma intensa, sem que se tenha a real dimensão de seu impacto ou periculosidade. Diferentemente de uma enchente, por exemplo, cujos efeitos são facilmente perceptíveis – a destruição de imóveis, a queda de energia em uma dada localidade, a morte de pessoas que se encontravam no local, entre outros –, em situações como as de acidentes nucleares não há como se perceber, “a olho nu”, quais as repercussões práticas da materialização daquele risco.

O atributo da imperceptibilidade como característica dos riscos na modernidade é questionado por John Adams (2009, p. 236), para quem também no passado havia riscos não perceptíveis aos sentidos humanos. Nesse prisma, para o autor, são notáveis os exemplos de doenças como febre tifoide, varíola, tuberculose e peste bubônica, que, no século XIX, foram responsáveis pela morte de milhares de pessoas e cujos agentes causadores eram invisíveis a olho nu. De fato, como reconhece Adams, não se pode ter a imperceptibilidade como característica exclusiva dos riscos na sociedade moderna, mesmo porque, atualmente, se dispõe de tecnologias e mecanismos de detecção de riscos muito mais avançados do que se tinha no passado, a evidenciar que a imperceptibilidade talvez fosse ainda maior em épocas pretéritas. De qualquer sorte, não perde relevância a análise de Beck, na medida em que, ainda no presente,

mesmo com todo o avanço tecnológico e informacional, remanescem riscos cujas causas e consequências não podem ser facilmente percebidas – e, portanto, evitadas –, ampliando-se o potencial destrutivo das ameaças.

Ainda quanto aos atributos dos riscos modernos, destaca-se a sua acesoriedade, no sentido de que a sua produção é decorrência do processo de modernização social (ALBUQUERQUE, 2018, p. 38); ou seja, os benefícios do progresso tecnológico e produtivo vêm acompanhados de riscos como subprodutos, a exemplo do que ocorre com a contaminação de águas em decorrência da instalação de fábricas em suas redondezas. Se a modernização é meta a ser atingida, os riscos vêm a reboque deste processo, como uma faceta negativa, porém imperativa, do progresso técnico e econômico. Vale dizer, os riscos não existem de forma autônoma na sociedade contemporânea, mas apenas enquanto resultado da atividade humana, no intuito de produzir riqueza ou alcançar progresso econômico ou tecnológico.

Fala-se, ainda, em atemporalidade dos riscos, porque as suas consequências não se limitam a um espaço de tempo, possuindo reflexos que podem perdurar por gerações, como o que se verifica em decorrência de acidentes nucleares (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 38-39). Desse modo, os riscos produzidos em um dado momento repercutem não apenas no contexto social em que foram inicialmente verificados, possuindo efeitos que se protraem no tempo. A instalação de uma nova indústria, portanto, pode ter repercussões no meio ambiente que apenas consigam ser verificadas após o passar de algumas décadas. De igual sorte, desastres nucleares impactam a saúde da população da localidade por gerações, com efeitos que, em um primeiro momento, sequer poderiam ser antevistos ou imaginados.

Os riscos modernos são também globais (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 39-40), na medida em que não ficam adstritos ao local em que produzidos, seja porque a sociedade contemporânea é globalizada, seja porque o meio ambiente não enxerga fronteiras. É fato, assim, que a economia mundial não mais é segmentada entre países, havendo um sem-número de empresas multi e transnacionais, cuja atuação ultrapassa as fronteiras do país de sua sede ou mesmo dos países em que possui filiais ou representantes. A economia mundial é interconectada, de sorte que a atuação de um agente tem reflexos em múltiplas localidades; por conseguinte, os riscos decorrentes desta atuação econômica e tecnológica global também possuem alcance amplo. Deve-se notar, ademais, que, para os riscos de natureza ambiental, faz menos sentido ainda se cogitar de fronteiras, uma vez que os recursos naturais e os danos ambientais são compartilhados pelos indivíduos independentemente de sua localidade.

Para Adams (2009, p. 236), a escala global dos riscos também não é produto da modernidade, tendo em vista que as perspectivas destrutivas globais, associadas à ação humana,

estão presentes desde Noé e o dilúvio. Assim, mesmo em tempos remotos, a atuação humana tinha impactos globais, sendo certo, contudo, que na atualidade as distâncias se encurtaram cada vez mais, colocando em evidência o atributo da globalidade dos riscos.

É atributo dos riscos na modernidade, ainda, a seletividade, que impõe aos menos favorecidos uma carga maior de riscos (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 39-40). Isso não significa, naturalmente, que existam classes sociais ou indivíduos imunes à materialização de riscos, mesmo porque, como se viu, há um “efeito bumerangue” que impõe ao criador do risco as consequências de sua ocorrência. Nesse contexto, dizer que riscos são seletivos equivale a considerar que o poderio econômico protege alguns indivíduos ou alguns países dos efeitos de parcela dos riscos produzidos em sociedade, que são deslocados para nações ou indivíduos menos favorecidos. É o que ocorre, a título exemplificativo, com indústrias pertencentes a empresas de um determinado país instaladas em nações pobres e distantes, o que transfere – ainda que não integralmente – grande parte dos riscos ambientais decorrentes daquela atividade para estas localidades.

Fala-se, ademais, na não-compensabilidade dos riscos na modernidade (ALBUQUERQUE, 2018, p. 41), isto é, a impossibilidade de que consequências danosas de uma determinada atividade sejam compensadas com benefícios dela advindos. Na sociedade contemporânea, os riscos se materializam sem que se possa cogitar de efeitos capazes de anular as suas consequências; nada impede, por outro lado, que se adotem técnicas e mecanismos de mitigação de riscos, não para que se anulem, mas para que seus impactos sejam observados de forma menos gravosa por aqueles invariavelmente atingidos pela concretização da situação danosa.

Por fim, é marcante nos riscos modernos o atributo da incalculabilidade (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 41-42), ou seja, a impossibilidade de que se preveja a chance de materialização de um determinado risco e, no caso de sua ocorrência, as suas exatas consequências. Com efeito, há um grau de incerteza que não pode ser transposto, mesmo pelo mais preparado dos indivíduos, do que decorre a inviabilidade de se calcular, de antemão, todos os cenários possíveis em razão de uma ameaça considerada.

Diante de um cenário em que a cognição é limitada e, portanto, os riscos são constantes, é esperado que surjam conflitos decorrentes de sua produção, definição e distribuição entre a sociedade. Com efeito, conforme alude Bernstein (2018, p. 215), certo grau de ignorância é pressuposto da atuação humana, de modo que atingir um grau de completude informacional é impossível; resta então a necessidade de se trabalhar diante de um cenário de incerteza e

desconhecimento, com foco não na conduta (porque pautada por incertezas), mas em suas consequências²².

3.2 RISCO E INCERTEZA: CONCEITUAÇÃO E PERSPECTIVAS

Segundo John Maynard Keynes – que teorizou acerca da economia, mas em lição aplicável à atuação humana de modo geral –, há um manto de incerteza que domina o mundo, sem que se possa fazer muito para reduzir tal constatação, uma vez que não há como se criar bases científicas para o cálculo de probabilidades de acontecimentos futuros (BERNSTEIN, 2018, pp. 236-240). Da premissa de que o futuro não pode ser precisamente calculado, decorre a necessidade de se conferir ênfase à atuação humana e ao processo de tomada de decisões.

Compreende-se, então, que o risco e a incerteza são indissociáveis da atuação humana. Mas em que precisamente consistem os conceitos e como compreendê-los no bojo da sociedade moderna, em especial no estudo dos contratos administrativos? Kleber Luiz Zanchim destaca, de antemão, ser necessária a distinção entre risco e incerteza, sendo ambos os conceitos importantes no estudo dos contratos administrativos (2012, pp. 22-26). Nesse sentido, o risco compreenderia aquilo que pode ser previsto, ao passo em que a incerteza abrange o imprevisível para o ser humano.

Sem embargo do avanço tecnológico e da ampliação do conhecimento, que permitem, hoje, identificar diversos riscos que não se detectava no passado, não se pode olvidar que a complexidade exponencial da sociedade contemporânea a sujeita a ocorrências amplamente imprevisíveis, de sorte a falar-se em uma predominância da incerteza em relação ao risco. Há, assim, um espectro desconhecido quanto às consequências da atuação humana, isto é, um

²² Ao passo em que constata a inevitabilidade dos riscos na sociedade atual, Sérgio Guerra defende a regulação estatal como mecanismo para se lidar com as transformações sociais e com a incerteza decorrente da produção indiscriminada de riscos, em razão da tendência destrutiva do processo de modernização (GUERRA, 2017, pp. 86-91). A regulação, assim, seria o remédio possível para se lidar com a imprevisibilidade das ameaças do desenvolvimento técnico e industrial, conferindo equilíbrio a um sistema naturalmente assimétrico. As funções da regulação e os seus efeitos na sociedade regulada escapam ao objeto de estudo do presente trabalho. De qualquer forma, pode-se entender a regulação, sob certo viés, como um mecanismo de mitigação de riscos, na medida em que possui o condão de reduzir os efeitos da assimetria de informações. Não por outro motivo, Alceu Maurício Júnior (2017, p. 163) defende que riscos são vivenciados como poder e, na sociedade atual, o poder industrial e tecnológico é visto como um hiperpoder – é o que evidencia o domínio de dados e informações pessoais por empresas de tecnologia, ou o poder de alterar alimentos pelas empresas de biotecnologia. Assim, para o autor, os riscos trazem consigo uma relação assimétrica entre indivíduos, o que demanda o poder regulatório do Estado em prol de uma solidariedade entre indivíduos, que não seria atingida por um mercado racional. O grande paradoxo da regulação como remédio para a sociedade de risco é que a regulação, por si só, é também fonte de novos riscos, porque cria assimetria informacional em favor do Estado, gera custos de transação para a implantação das regulamentações pelos setores regulados e cria um risco de não conformidade.

campo de incerteza em constante transformação – seja porque parte de seu conteúdo se tornou risco, pois conhecido pelo ser humano, seja porque as mudanças sociais criam e destroem incertezas de forma incessante, a partir da complexidade das novas relações que se formam e se transformam.

Obviamente, se determinada situação não pode ser antevista – enquadrando-se, portanto, como incerteza –, suas repercussões não podem ser contempladas por um dado instrumento contratual ou mesmo pela lei, afinal, não há como se regular o que se desconhece. Por tal razão, Zanchim aponta que, no campo do risco, as crises são menores, já que as partes, ao menos em tese, estariam preparadas para lidar com a ocorrência dos eventos; na incerteza, por outro lado, há mais espaço para conflitos, na medida em que não é possível estipular, de antemão, critérios e condutas para o imponderável (2012, p. 22).

Não se está a afirmar, com isso, que riscos não geram conflitos; muito ao contrário, mesmo nos casos em que se pode antecipar as consequências danosas de determinado evento, se está sujeito a intercorrências decorrentes de sua materialização, porque o fato de um risco ser previsível não retira os efeitos negativos que dele podem advir. Nesse sentido, mesmo nas hipóteses de riscos conhecidos, e ainda que a lei ou os contratos prevejam detalhada regulamentação para o caso de vir a se concretizar o evento, é certo que sempre haverá uma parte prejudicada que poderá questionar a adequação da norma regulatória ou a interpretação que a ela se confere. É possível se cogitar, por exemplo, de situação em que a lei imponha às empresas mineradoras a obrigatoriedade de avaliação periódica de riscos e de implantação de métodos de segurança do trabalho. Não obstante, pode-se vislumbrar o caso de um acidente, seja porque a empresa não respeitou as normas que lhe eram impostas, seja porque, mesmo com a adoção de todas as cautelas previstas em lei, sua conduta gerou um dano a terceiro. Nesse caso, se tratava de risco conhecido, tanto que havia norma regulamentar sobre o assunto, mas que gerou um potencial conflito em razão do acidente ocorrido. O cerne da questão está em compreender que, neste caso, o conflito terá ao menos algumas bases para ser solucionado, porquanto se tratava de uma situação previsível pelas partes mesmo antes de sua ocorrência. Desse modo, quanto mais se conhece sobre uma determinada situação, de mais informação disporá o indivíduo para que decida sobre assumir ou não o risco, direcionando-o sobre suas possíveis condutas em caso de materialização do evento.

A grande questão reside, portanto, na busca pela maximização do risco e minimização da incerteza, com a clareza de que certo grau de incerteza e imprevisibilidade é pressuposto. Parte-se, então, do que é conhecido ou do que pode ser previsto, para que, a partir daí, se consiga lidar com as imprevisibilidades e incertezas; vale dizer, risco e incerteza atuam como faces de

uma mesma moeda no cenário do gerenciamento de riscos, uma vez que é a partir do tratamento conferido àquele que se consegue criar ferramentas para lidar com esta.

Não por outra razão, John Adams (2009, p. 36) defende que correr riscos é um ato de equilíbrio – ponderar as recompensas possíveis ou esperadas de uma ação em face de suas prováveis consequências indesejadas. Nesta ótica, toda decisão envolve, em última análise, uma ponderação de riscos e uma avaliação de cenários, podendo-se definir o gerenciamento de riscos, portanto, como o ato de equilibrar riscos e recompensas de uma determinada conduta.

De acordo com Padiyar, Shankar e Varma (2004, p. 1), o termo “risco” pode ser utilizado em diferentes acepções. A depender do contexto, pode ser entendido como oportunidade, de maneira que quanto maior for o risco, maior será o retorno (ou perda); por outro lado, pode ser visto como ameaça, no sentido de eventos potenciais de resultado negativo, afetando a performance do contrato; e, ainda, pode ser compreendido como incerteza ou volatilidade de determinado resultado. Para os autores, sendo o risco enxergado como oportunidade, o seu potencial de perda e de retorno serão diretamente proporcionais ao tamanho do risco, de sorte que o gerenciamento do risco terá por objetivo maximizar as vantagens e minimizar as desvantagens da situação. Por outro lado, caso se observe o risco como ameaça, a administração deste risco terá por fito a redução da probabilidade de sua materialização ao menor custo possível. Por fim, caso se vislumbre o risco como incerteza, a gestão do risco buscará reduzir a variação entre os resultados esperados e os efetivamente verificados (PADIYAR, SHANKAR, VARMA, 2004, p. 3).

Independentemente da acepção adotada para a sua conceituação, conforme aponta Marcos Nóbrega (2010b, p. 3), em uma dada situação, a materialização do risco dependerá de três fatores essenciais, quais sejam, o evento (a ocorrência eventual e futura de situação capaz de alterar o atingimento de um determinado objetivo), a probabilidade (chance de que o evento se materialize em determinado período) e o impacto (valor financeiro resultante da concretização do evento).

Como se vê, há uma multiplicidade de facetas na análise dos riscos e incertezas, que não necessariamente devem ser enxergadas como ameaças, possuindo também um caráter de oportunidade. A definição é relevante uma vez que, como aponta Kleber Luiz Zanchim (2012, pp. 24-25), há uma tendência dos operadores do direito a associar risco a perdas, já que o ordenamento jurídico, de forma geral, tem foco no conflito e não na solução. É certo, entretanto, que tal concepção é limitada e não consegue enxergar a multiplicidade de relações advindas do risco; em verdade, sendo o risco a condição para se maximizar ganhos – de ordem financeira, moral, pessoal, ou de qualquer outra natureza –, é forçoso concluir que há uma dualidade na

materialização do risco: a sua ocorrência pode ser boa para uns e ruim para outros, de maneira que um mesmo risco é visto de forma positiva ou negativa a depender do ponto de vista em que seja considerado.

Há, portanto, uma carga subjetiva no risco, que não existe de forma autônoma, mas apenas conforme a percepção que determinado agente possui sobre ele. Precisamente por este motivo, defende Adams que “as pessoas, em variados graus, modificam tanto seus níveis de vigilância quanto sua exposição ao perigo em resposta a suas percepções subjetivas do risco” (2009, p. 47). Desenvolve-se, assim, uma teoria de compensação do risco (ADAMS, 2009, p. 48), que parte dos seguintes postulados:

- todos têm propensão a correr riscos;
- essa propensão varia de um indivíduo para outro;
- essa propensão é influenciada pelas possíveis recompensas obtidas quando se corre um risco;
- as percepções do risco são influenciadas pela experiência de perda em acidentes – perdas próprias e das pessoas próximas;
- as decisões individuais relativas a correr riscos representam um ato de equilíbrio no qual as percepções do risco são ponderadas em relação à propensão de correr riscos;
- as perdas por acidentes são, por definição, consequência da atitude de correr riscos, pois, quanto mais riscos um indivíduo corre, maior, em média, serão as recompensas e também as perdas em que ele incorre.

Em maior ou menor grau, e em caráter espontâneo, todos correm riscos. Diante de tal constatação, não pode ser outra a conclusão senão a de que riscos interagem entre si, colocando em rota de colisão os diversos indivíduos e seus respectivos processos de tomada de decisão e assunção de riscos. Muitas vezes, portanto, o risco assumido por determinado indivíduo ou determinada sociedade tem reflexos em terceiros e nos riscos por eles assumidos, desvirtuando o cenário de equilíbrio em que uma pessoa pondera recompensas e perdas potenciais em face de sua própria atuação; passa-se, com isso, a um cenário em que o equilíbrio é enxergado de forma sistêmica, global, e não em relação a uma única pessoa individualmente considerada. Em outros termos, as interações entre indivíduos ou entre grupos sociais acarretam interações também quanto aos riscos assumidos por cada um dos agentes, de sorte que as repercussões de um cenário de risco encarado por um agente têm reflexos igualmente perante terceiros.

E se há um componente social no risco – uma vez que influenciado pelas interações entre indivíduos –, certamente há também um componente cultural, na medida em que as concepções prévias de cada agente são levadas em consideração no processo de tomada de decisões. Isso não significa que algumas pessoas ou culturas sejam mais racionais que outras, mas apenas que a decisão no sentido de assumir ou não determinado risco passa por um

processo interno, intelectual e psicológico, que pondera, a partir de experiências prévias, qual o curso de atuação desejado para uma dada situação – afinal, cada indivíduo é produto de seu meio, e isso repercute na forma como interage em sociedade. Por exemplo, abstratamente falando – uma vez que se desconhecem estudos científicos que façam tais associações – um indivíduo cujo pai faleceu em um acidente automobilístico teria uma tendência a dirigir de forma mais cautelosa; de igual sorte, um cidadão de personalidade arrojada tenderia a arriscar mais no mercado financeiro; uma corporação já autuada por crime ambiental no passado e condenada ao pagamento de multas milionárias teria maior possibilidade de evitar condutas danosas ao meio ambiente no futuro.

É fato que a sociedade moderna está imersa em incertezas e riscos, e não se pode construir formas integralmente capazes de impedir a sua concretização ou a materialização de suas consequências adversas. No âmbito do Direito Administrativo, a questão ganha contornos relevantes no estudo dos contratos administrativos, em especial os de longo prazo, na medida em que, se os riscos são imprevisíveis ou, ao menos, inevitáveis, a sua adequada alocação entre as partes contratantes é essencial para a atratividade, a eficiência e a longevidade do projeto.

Isto é, embora seja possível, em alguns casos, prevenir a sua materialização ou mitigar as consequências de sua ocorrência, riscos são inerentes às relações jurídicas contratuais, de sorte que a sua acertada distribuição contribui para o sucesso das avenças celebradas entre o ente público e o particular. Parte-se da premissa, portanto, de que não existe certeza absoluta na sociedade e na economia, o que reflete na relação entre a Administração Pública e o particular na celebração de contratos administrativos, os quais invariavelmente absorverão a dinâmica de riscos da sociedade atual.

3.3 O RISCO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em cenário de relativa estabilidade macroeconômica, com o fim das astronômicas taxas de inflação vivenciadas no passado, o Brasil se vê, já há algum tempo, diante da necessidade de maciço investimento em infraestrutura, para que possa alavancar seu crescimento econômico e, em última análise, promover o incremento da qualidade de vida da população, através da ampliação de acesso aos serviços públicos. No entanto, considerando as graves restrições orçamentárias que acometem o país, impera a necessidade de se viabilizar investimentos e projetos financeiramente sustentáveis, para que não se imponha um forte endividamento estatal sem retorno. Somem-se a isso as limitações fiscais e de disponibilidade de investimento pelo

Poder Público, bem como as restrições de pessoal técnico qualificado em número suficiente na Administração, e chega-se a um cenário em que, apesar de essenciais, o Estado não é capaz de prover investimentos de maneira satisfatória sem o auxílio da iniciativa privada.

Fortalecem-se, com isso, as premissas para a promoção de parcerias entre a Administração Pública e particulares, de forma a viabilizar os investimentos em infraestrutura necessários ao desenvolvimento nacional. Trata-se de uma situação com vantagens para todas as partes envolvidas: a Administração Pública se beneficia da capacidade de investimento e da expertise da iniciativa privada, viabilizando projetos e empreendimentos necessários com menor comprometimento das finanças públicas (sendo o caso de concessões comuns, o comprometimento direto é nulo, haja vista que o projeto se remunera por meio de tarifas). A iniciativa privada se beneficia na medida em que aufera lucro pelos serviços prestados ao Poder Público, além de alcançar fatia de mercado e de obter expertise que poderá ser replicada em novos projetos. A coletividade, de modo geral, e os usuários dos serviços, de forma mais específica, se beneficiam da relação, uma vez que têm disponíveis utilidades e serviços, os quais são prestados – ao menos em tese – com fundamento em padrões de eficiência previamente fixados, ampliando seu nível de qualidade. Naturalmente, conflitos de interesse podem advir das interações entre Estado, iniciativa privada e usuário, o que não tem, contudo, o condão de afastar os benefícios decorrentes da delegação de serviços e obras de infraestrutura aos particulares.

É certo, entretanto, que o investimento não se desvincula do risco, sobretudo em projetos de longo prazo e em sociedades complexas como a atual, nas quais se mostra impossível prever as repercussões da ação humana e de eventos da natureza sobre um determinado empreendimento. Diante da constatação de que o risco é inerente à vida humana, sobretudo em sociedade, impõe-se à Administração Pública, ao particular e aos usuários, tríade protagonista dos serviços e projetos delegados à iniciativa privada, a adoção de mecanismos destinados à detecção, prevenção e mitigação dos riscos, buscando reduzir a sua influência e repercussão na continuidade das parcerias celebradas.

Como qualquer ajuste que se protrai no tempo, os contratos administrativos estão sujeitos às mais diversas interferências, que, em menor ou maior grau, são capazes de alterar as premissas do negócio. É o caso, por exemplo, de uma chuva que atrasa o cronograma de construção de determinada obra pública, da desvalorização cambial em uma avenida que demanda a importação de insumos estrangeiros, da greve dos trabalhadores alocados na execução dos serviços ou do aumento de tributos relacionados ao objeto do contrato. Em meio

a tantos exemplos, resta claro que, no mundo dos fatos, nem sempre os contratos administrativos são capazes de reproduzir o contexto que motivou a sua assinatura.

A sujeição a riscos acomete todo e qualquer contrato celebrado entre a Administração Pública e o particular, independentemente do prazo de duração da avença. No entanto, partindo-se da premissa de que os riscos são, ao menos em parte, inevitáveis, a questão ganha contornos ainda mais salientes nos contratos de longo prazo, que demandam maior robustez para assegurar sua longevidade e eficiência.

A presença de riscos é, portanto, um pressuposto dos contratos administrativos, e a forma como estes se materializam no futuro tem relevante impacto no comportamento das partes ao longo da execução da avença. Prever no instrumento contratual, de forma antecipada, as obrigações de cada parte no caso da ocorrência de eventos futuros incertos é essencial para a redução de conflitos e para a segurança jurídica do empreendimento, sobretudo nos contratos firmados por prazo alargado. Com efeito, quanto maior o prazo de duração do contrato, mais sujeitas estarão as partes à alteração das condições inicialmente pactuadas, pelas mais distintas razões.

Apenas a título ilustrativo, tomando-se o exemplo de uma concessão administrativa para a construção e operação de arena esportiva pelo prazo de trinta anos, como tantas edificadas no país no passado próximo, uma série de intercorrências podem ser imaginadas para o contrato: a desvalorização abrupta da moeda nacional, implicando em aumento de custo dos insumos trazidos do exterior para a construção do complexo; o rebaixamento do clube de futebol designado para atuar no estádio, repercutindo na demanda de público prevista; a dificuldade de viabilização de eventos de grande porte para a localidade, como shows de bandas internacionais, em razão de crise econômica; a alteração na legislação que regula a meia entrada em eventos de entretenimento, que reflete em seu público médio; a aprovação de legislação que impede a comercialização de bebida alcoólica em eventos esportivos ou musicais; a construção de um centro de convenções em localidade próxima à do estádio, com estrutura mais moderna para o recebimento de eventos; a desativação de estação de metrô situada próxima à arena; a interdição da rodovia de acesso ao estádio em razão de um deslizamento de barreira ou de uma enchente, entre tantas outras possibilidades.

O exemplo evidencia serem inúmeros os riscos a que se sujeita um contrato administrativo, sendo inviável, em alguns casos, até mesmo mensurar as repercuções de um dado evento negativo – como estimar, por exemplo, em quanto a receita da concessionária será impactada caso o time de futebol que atua na arena seja rebaixado de divisão? Qual o percentual dos torcedores que deixará de frequentar os jogos do clube? É impossível se quantificar, na fase

de elaboração do contrato, os reflexos advindos da materialização de um risco, de sorte que apenas no curso da execução da avença, na hipótese de vir o evento a se concretizar, é que as partes terão os subsídios necessários para avaliar o efetivo impacto do risco sobre o contrato.

Especificamente para o exemplo narrado, como se verá adiante, por se tratar de parceria público-privada na modalidade concessão administrativa, o contrato de concessão poderá (deverá, em verdade) prever a quem caberá a responsabilidade por cada um dos riscos identificados. Nesse sentido, poderá estipular, por exemplo, que o risco de demanda (a redução do público médio esperado para a arena) caberá ao concessionário, que suportará eventuais ônus decorrentes da materialização do risco; poderá, ainda de forma exemplificativa, dispor que o risco de edição de uma norma que impeça a venda de bebidas alcoólicas no estádio será de responsabilidade do Poder Concedente, que deverá ressarcir o concessionário pela perda de receita correspondente.

Tentar antecipar, na fase de elaboração do contrato, a ocorrência de situações futuras capazes de impactar na avença é essencial, mas sempre remanescerá algum grau de incompletude no ajuste, tanto porque há um campo de incerteza que acomete as relações humanas, impedindo a previsão de eventos futuros, quanto porque há custos de transação na estipulação de um instrumento contratual.²³

À luz do teorema de Coase²⁴, em uma situação ideal, onde os custos de transação são nulos e as partes são racionais, os contratos internalizam todos os riscos, preveem todas as contingências e não há lacunas a serem preenchidas pelos tribunais (COASE, 2017). Isto é, partindo-se do pressuposto de que os direitos de propriedade são garantidos e de que há a possibilidade de negociação sem custos de transação, as externalidades de uma determinada transação são internalizadas pelas partes, no respectivo instrumento contratual, sem a necessidade de intervenção de terceiro (Estado ou tribunais) para a solução de controvérsias. A propósito do referido teorema, elucidam Cooter e Ulen (2016, pp. 291-292):

De acordo com o Teorema de Coase, assumindo-se zero custos de transação, partes racionais irão alocar direitos legais de forma eficiente. Essa proposição se aplica aos contratos. Quando os custos de transação são nulos, o contrato é um instrumento perfeito para trocas. Toda contingência é prevista; todo risco é internalizado; toda informação relevante é comunicada; não remanescem lacunas para os tribunais preencherem; ninguém necessita da proteção das cortes contra fraude ou abuso; nada pode dar errado. Contratos perfeitos não representam dilemas de interpretação. As

²³ Fernando Vernalha Guimarães (2015, p. 241) destaca, neste aspecto, que o detalhamento avançado de riscos em contratos de concessão possui custos altíssimos, na medida em que os estudos de risco elaborados por consultorias especializadas são, normalmente, bastante custosos, acarretando significativos custos de transação.

²⁴ A denominação de “teorema de Coase” não foi dada pelo próprio Coase, e sim por George Stigler (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 203).

partes necessitam do Estado para fazer cumprir um contrato perfeito de acordo com seu sentido natural, mas nada mais é exigido. (tradução livre da autora)²⁵

A situação ideal criada por Coase, em que não há custos de transação e em que todos os riscos podem ser antecipados e previstos pelas partes no contrato é, naturalmente, uma ficção, criada para fins doutrinários e científicos. Desse modo, diferentemente do que ocorre com os contratos ideais, os firmados cotidianamente pelos indivíduos alocam seus riscos de maneira imperfeita. Isto é, a depender do contexto, as partes podem optar por, deliberadamente, deixar lacunas nos contratos, buscando minimizar custos de transação quando o custo de negociar cláusulas for superior ao custo de sua redação. Isto é, as partes, na negociação contratual, se veem compelidas a escolher entre alocar previamente os riscos envolvidos na transação ou lidar com os prejuízos decorrentes da incompletude contratual (COOTER, ULEN, 2016, p. 293).

Precisamente neste sentido é o que dispõem Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse (2014, p. 168):

Provavelmente, os maiores custos esperados são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas. As partes precisam ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, negociar alterações, redigir o contrato, submetê-lo ao escrutínio de advogados etc. Portanto, o custo de redação de cláusulas contratuais será sempre superior a zero, de forma que os contratos nunca serão completos. Somente algumas cláusulas serão escritas – justamente aquelas cujo benefício esperado seja superior ao seu custo esperado.

Merece ressalva, no ponto, faltar aos contratos administrativos, de modo geral, o atributo da negociação entre as partes. Como é cediço, em razão dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os contratos administrativos não possuem caráter negocial, no sentido de que não cabe ao particular tentar a alteração das cláusulas propostas pela Administração Pública para melhor adequar o ajuste às suas expectativas. Tanto é assim que a Lei nº 8.666/1993 obriga o ente licitante a incluir, entre os anexos do edital do certame, a minuta do contrato a ser firmado com o licitante vencedor (art. 40, §2º, III)²⁶. Cabe ao particular, portanto, apenas optar entre participar ou não da licitação; caso decida ingressar na

²⁵ No original: “According to the Coase Theorem, given zero transaction costs, rational parties will allocate legal entitlements efficiently. This proposition applies to contracts. When transaction costs are zero, the contract is a perfect instrument for exchange. Every contingency is anticipated; every risk is internalized; all relevant information is communicated; no gaps remain for courts to fill; no one needs the court’s protection from deceit or abuse; nothing can go wrong. Perfect contracts pose no conundrums of interpretation. The parties need the state to enforce a perfect contract according to its plain meaning, but nothing more is required.”

²⁶ Art. 40. O edital conterá 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: (...) § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (...) III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

disputa, deverá anuir com as cláusulas estabelecidas no edital e na minuta do contrato a ele anexa (desde que, naturalmente, em consonância com a legislação vigente, cabendo-lhe o direito de impugnar o instrumento convocatório em caso de qualquer ilegalidade). Daí a dizer-se que contratos administrativos ostentam natureza de contratos de adesão, à semelhança do que ocorre com ajustes pactuados no âmbito do direito do consumidor.

Por esta razão, há quem defenda que, em verdade, contratos administrativos não seriam propriamente contratos, mas meros atos administrativos, uma vez que lhes faltaria a característica essencial da igualdade entre as partes (NIEBUHR, 2013, p. 707). Joel de Menezes Niebuhr se opõe a esta corrente, entendendo que a igualdade não é marca dos contratos, podendo-se identificar, mesmo no campo do direito privado, situações de desigualdade; as cláusulas exorbitantes e a supremacia do interesse público, que distinguem os ajustes pactuados pela Administração Pública daqueles celebrados em âmbito privado, conferem especificidade aos contratos administrativos, daí porque são adjetivados de “administrativos” (2013, pp. 707-709)²⁷.

Na esteira do posicionamento de Niebuhr, que não entende a igualdade entre as partes como marco definidor dos contratos administrativos, é importante frisar, ademais, que a ausência do caráter negocial das avenças públicas é mitigada quando se trata de projetos de concessão ou parceria público-privada estruturados através de procedimento de manifestação de interesse (PMI). Com efeito, de acordo com o art. 21 da Lei nº 8.987/1995²⁸, é possível que particulares, após provação da Administração Pública ou mesmo por iniciativa própria²⁹,

²⁷ Cumpre registrar que nem todo contrato celebrado pela Administração Pública será enquadrado como contrato administrativo, mas apenas nos casos em que o Poder Público figura em posição de supremacia. Fala-se, assim, em contratos privados da Administração Pública para os casos em que o ente público está em pé de igualdade com o particular, a exemplo de contratos de locação de imóveis. Sobre o tema, recomenda-se a leitura da tese de doutorado de Eduardo Hayden Carvalhaes Neto, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada “Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável”.

²⁸ Aplicável não só às concessões comuns, mas também às parcerias público-privadas, tanto na modalidade concessão administrativa quanto na modalidade concessão patrocinada, por força do art. 3º, caput, combinado com o art. 3º, parágrafo primeiro, da Lei nº 11.079/2004.

²⁹ Quando a iniciativa para a apresentação dos projetos e estudos couber ao particular, convencionou denominar-se “manifestação de interesse da iniciativa privada”, ficando o termo “procedimento de manifestação de interesse” destinado às hipóteses em que a Administração Pública, por sua própria iniciativa, lança edital para o recebimento de estudos e projetos. De qualquer sorte, é possível também utilizar a terminologia “procedimento de manifestação de interesse” como gênero, abrangendo tanto os casos em que a iniciativa parte do Poder Público, quanto aqueles em que cabe ao particular o primeiro movimento para a apresentação do projeto. Flávio Amaral Garcia destaca, no ponto, que a Administração Pública brasileira sofre com déficit na atividade de planejamento, o que compromete as contratações públicas no país. Nesse sentido, a estruturação de projetos através de procedimento de manifestação de interesse tem sido tendência, porque o Poder Público pode se valer da expertise técnica do setor privado, que tem incentivos para a elaboração de um projeto bem estruturado, na expectativa de vir a sagrar-se vencedor da licitação (GARCIA, 2019, pp. 116-118). Por meio do processo de PMI, assim, o papel dos particulares se desloca de destinatário da decisão tomada pelo Poder Público para efetivo colaborador nos processos decisórios da Administração (SUNDFELD, PALMA, 2017, pp. 37-38), evidenciando um mecanismo de cooperação administrativa. Para o aprofundamento acerca do tema do procedimento de manifestação de

apresentem projetos e estudos prévios para a implantação de um determinado empreendimento através de concessão pública.

Parte-se da premissa que o Poder Público não dispõe dos recursos financeiros e humanos necessários à elaboração dos estudos necessários a um projeto tão complexo como uma concessão, não possui disponibilidade orçamentária para contratar a um terceiro a tarefa ou mesmo, em alguns casos, nem sequer vislumbra a oportunidade de se investir em um determinado empreendimento. Por outro lado, dada a complexidade dos projetos delegados à iniciativa privada por meio de concessões ou parcerias público-privadas, não se pode prescindir de um estudo aprofundado quanto aos aspectos técnicos, jurídicos e econômico-financeiros da concessão, para que potenciais licitantes tenham reais condições de precisar sua capacidade para a execução do projeto, além de viabilizar a adequada precificação de suas propostas.

Nestas hipóteses, a lei permite que um particular realize, por sua conta e risco, os estudos e projetos necessários à concessão. Caso os estudos sejam aprovados pelo Poder Público, e o projeto seja efetivamente licitado, o particular será resarcido pelo vencedor da licitação, de maneira que a realização dos projetos e estudos prévios não terá impacto financeiro direto para o Poder Público (embora, naturalmente, seus custos componham a equação econômico-financeira do contrato).

Desse modo, em alguns casos de concessões estruturadas a partir de procedimento de manifestação de interesse, perde-se um pouco do caráter negocial do contrato administrativo, uma vez que se incluem entre os produtos entregues à Administração Pública as minutas de edital de licitação e de contrato de concessão. Nessas hipóteses, a prática evidencia que, algumas vezes, os particulares redigem o instrumento de forma a torná-lo mais benéfico para o concessionário, na esperança de vencerem o certame e tornarem-se contratados³⁰, sem que a Administração Pública consiga readequar as minutas em benefício do interesse público (o que se deve à falta de expertise técnica do Poder Público, sobretudo em entes federativos menores, para julgar acuradamente os projetos e estudos que lhe são entregues, bem como à assimetria

interesse, recomenda-se a leitura de (i) LIMA, Mário Marcio Saadi. *O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Fórum, 2009; (ii) PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; e (iii) GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. SAADI, Mário. O procedimento de manifestação de interesse. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁰ Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que impede o autor do projeto de participar da licitação dele decorrente (art. 9º, I e II), as concessões comuns e patrocinadas não trazem tal restrição, a teor do art. 31 da Lei nº 9.074/1995.

de informações em benefício do particular, que, por ter elaborado os projetos preliminares, detém muito mais informações acerca das condições do serviço a ser concedido).

Com ainda mais propriedade nos casos de concessões e parcerias público-privadas viabilizadas a partir de PMI, portanto, os contratos administrativos estão sujeitos a custos de transação em sua elaboração, o que contribui para a sua incompletude intrínseca. Por conseguinte, admitindo-se impossível atingir o grau de máxima completude contratual, em razão de fatores como a racionalidade limitada e os custos de transação, ganha força a necessidade de se otimizar a alocação dos riscos que puderam ser antevistos na relação contratual, de modo a maximizar a eficiência da contratação³¹.

Entre os fatores que levam à incompletude contratual, três merecem destaque: a racionalidade limitada, a assimetria de informações e os custos de transação, emprestados da análise econômica do direito³². Dizer que a racionalidade limitada afeta os contratos administrativos é reconhecer a existência de limites para o processamento de informações pela mente humana, bem como dificuldades de linguagem para a sua transmissão (NÓBREGA, 2014, pp. 406-407). Desse modo, a complexidade das relações, aliada à limitação da cognição humana, leva a contratos menos completos e menos claros, incapazes de antever todos os conflitos e riscos que dele podem advir.

³¹ Esclarece Marcos Nóbrega (2010b, p. 2) que o cenário é de incertezas que não podem ser evitadas. Não obstante, foram criadas estratégias para guiar a atuação humana em meio à incerteza, a exemplo da teoria dos jogos. Desenvolvida por John von Neumann, a teoria dos jogos esclarece que, na tomada de decisões, importam não apenas as intenções do agente, mas também as de seu oponente (ou com quem quer que se interaja), de sorte a concluir-se que as decisões tomadas em um determinado ambiente econômico dependem de uma multiplicidade de fatores, não necessariamente controláveis pelo agente que decide. Assim, conforme a teoria, “*a verdadeira fonte de incerteza reside nas intenções dos outros*” (BERNSTEIN, 2018, p. 242). De acordo com a definição de Ronald O. Hilbrecht (2014, p. 115), “teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, o que significa que: (i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; (ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e (iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência entre os agentes”. Exemplo da aplicação da teoria dos jogos é o chamado dilema do prisioneiro, cuja conclusão é a de que a cooperação é o resultado que propicia o equilíbrio entre os interesses das partes (HILBRECHT, 2014, pp. 119-120). Trazendo-se a análise para o bojo dos contratos administrativos, verifica-se a importância da cooperação entre as partes na definição dos riscos que incumbirão a cada uma delas, de modo a se atingir o equilíbrio da avença, afastando-se o cenário em que uma das partes busca maximizar seus resultados, em detrimento dos resultados da parte adversa. Não se pode olvidar, no ponto, que um contrato – mesmo o administrativo, em que não há equivalência entre as partes – é uma junção de interesses, devendo as partes agir em conjunto para o atingimento dos fins a que se propõe a avença.

³² Análise Econômica do Direito, Direito e Economia ou *Law and Economics* são termos utilizados para designar o ramo do conhecimento que aplica o “instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JR., 2014, p. 14).

A assimetria de informações, por sua vez, é uma falha de mercado que se manifesta quando uma das partes em uma determinada transação possui mais informações que a outra acerca do objeto pactuado (TIMM, GUARISSE, 2014, pp. 166-167). Nesses casos, é comum emergirem duas consequências da assimetria de informações – de um lado, a seleção adversa, compreendida como a assimetria prévia à assinatura do contrato, quando o contratado possui informações privilegiadas antes da assinatura da avença e o contratante tem conhecimento da situação, e, de outro, o risco moral.

O exemplo clássico da seleção adversa se dá no mercado securitário, em que a seguradora não tem como conhecer, antes da contratação, o tipo de consumidor com quem está lidando, de modo que lhe oferece uma gama de opções contratuais para que o consumidor escolha a que se mostrar mais adequada ao seu perfil. Nas contratações públicas, a oferta de um plexo de contratos aos licitantes não é viável; consequentemente, ocorrem situações em que, desde antes da assinatura da avença, o contratado já sabe que não terá condições de cumprir com todas as exigências contratuais, incorrendo, inclusive, em jogo de planilha (NÓBREGA, 2014, pp. 407-411).

O risco moral (*moral hazard*) ocorre quando a assimetria informacional é posterior à assinatura do contrato, a exemplo do que ocorre quando o contratado executa o serviço de forma distinta do pactuado, buscando reduzir seus custos, ou quando se promovem aditivos contratuais desnecessários (NÓBREGA, 2014, pp. 411-412). Também nestas hipóteses há um desequilíbrio de informações entre as partes, ficando a Administração Pública, muitas vezes, refém de renegociações com os particulares, para que o serviço continue a ser executado.

Custos de transação, como antecipado, são aqueles incidentes na negociação contratual, isto é, os custos associados à celebração do negócio. De acordo com Timm e Guarisse (2014, p. 168)³³, os custos de transação podem se manifestar de três formas: “(i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; e (iii) custos para garantir a execução do contrato”.

Vale dizer, para a concretização de um negócio, desde a fase de modelagem até a sua conclusão, as partes arcarão com custos de diversas ordens: apenas para citar alguns, pode-se nomear a contratação de profissionais especializados para a elaboração do projeto, os custos de litigar no Poder Judiciário para a solução de controvérsias decorrentes das falhas de interpretação do contrato e a contratação de advogados para a negociação das cláusulas contratuais e para a assessoria jurídica das partes contratantes. Desse modo, os contratos não

³³ No mesmo sentido: COOTER, ULEN, 2016, p. 88.

apenas se tornarão mais onerosos para as partes contratantes, mas, essencialmente, menos eficientes, na medida em que as partes deverão sempre ponderar os custos de transação em face dos benefícios esperados com a contratação.

Cooter e Ulen (2016, p. 91) listam dez fatores que contribuem para o incremento dos custos de transação em uma negociação, a saber: (i) bem ou serviço de natureza singular ou exclusiva; (ii) direitos incertos ou complexos; (iii) multiplicidade de atores envolvidos; (iv) partes hostis; (v) partes não familiares entre si; (vi) comportamento pouco razoável das partes; (vii) atrasos na troca de informações; (viii) contingências numerosas; (ix) alto custo de monitoramento do contrato; e (x) sanções custosas. Desse modo, quanto maior a presença dos elementos listados, maiores os custos de transação incidentes sobre o contrato em análise, contribuindo para a sua incompletude.

Imiscui-se a Economia em campo tradicionalmente próprio do Direito, incumbindo ao seu operador que o observe e o aplique não apenas conforme as regras do próprio sistema jurídico, mas também de acordo com parâmetros econômicos. O estudo do risco nos contratos administrativos, assim, deve se nortear pela concepção de interação entre a lógica jurídica e a lógica econômica, o que Fernando Vernalha Guimarães intitula de “racionalidade jurídico-econômica” (2017b, p. 2).

Conquanto as contratações públicas, como parte da dinâmica social moderna, pressuponham risco, nem sempre a disciplina legal dos contratos administrativos mostrou-se interessada em regular a sua alocação. Com efeito, inexistindo alocação preventiva, *ex ante*, de riscos, a matéria era deslocada para a distribuição *ex post*, pelo Poder Judiciário, orientado pela tutela da equação econômico-financeira dos contratos. Nesse sentido é o que defende Fernando Vernalha Guimarães (2017a, p. 90):

[...] o exame da problemática da equação econômico-financeira na atualidade está estreitamente relacionado ao exame da matriz de riscos do contrato. A temática do equilíbrio contratual adquiriu novos contornos, quando a preocupação com a tutela dos riscos extracontratuais passa a ser substituída pela preocupação com alocação dos riscos contratuais. Com isso, reduziu-se o espaço para a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se a sua “tutela” econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos, o que promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico *corretivo* da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação *preventiva* de riscos. (grifos no original)

O caminho evolutivo da alocação posterior à alocação prévia de riscos em contratos administrativos será abordado adiante, a partir da análise da regulamentação dos riscos nas avenças regidas pela Lei nº 8.666/1993 e 8.987/1995, até que se culmine com a Lei de Parcerias

Público-Privadas, que destinou especial atenção à distribuição de riscos em projetos de infraestrutura.

3.3.1 O risco sob a perspectiva da Lei nº 8.666/1993

Editada em 1993 para regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal, a Lei nº 8.666/1993, ao instituir normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública direta e indireta, em todos os entes da federação, não trouxe disciplina extensa quanto à alocação de riscos contratuais entre as partes, o que apenas veio a ser objeto de apreciação do legislador quando da edição da Lei nº 11.079/2004.

A regulamentação dos riscos em avenças celebradas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, assim, é realizada a partir de seu art. 65, II, alínea “d”, segundo o qual os contratos poderão ser alterados, justificadamente, por acordo das partes, para restabelecer a relação inicialmente pactuada entre encargos e remuneração, de forma a manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, quando sobrevirem (i) fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do contratado; (ii) força maior; (iii) caso fortuito; ou (iv) fato do princípio, no que a lei denominou de “álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Percebe-se, de logo, que, na sistemática da Lei nº 8.666/1993, inexiste a preocupação com a alocação contratual de riscos, deixando a tarefa a cargo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para a compensação das partes afetadas com a materialização de um determinado risco, em razão de, segundo Marcos Nóbrega, “o sistema não estar apto a dispor sobre parâmetros de eficiência econômica” (2011a, p. 143).

A relação entre equilíbrio econômico-financeiro e o risco nos contratos administrativos será analisada com mais profundidade no capítulo seguinte. Por ora, importa compreender que, de acordo com a Lei Geral de Licitações, não há preocupação com a alocação preventiva de riscos, uma vez que a sua materialização, se for enquadrada como álea econômica extraordinária e extracontratual, demandará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Daí a se dizer, como visto, que a análise de riscos contratuais na Lei nº 8.666/1993 é comumente feita pelos tribunais, no curso de disputas judiciais para arbitrar, de forma corretiva, os riscos (GUIMARÃES, 2017a, p. 90).

Em outros termos, como não existe, a rigor, uma alocação preventiva dos riscos incidentes sobre os contratos pactuados de acordo com a Lei nº 8.666/1993, abre-se campo para

a discussão judicial da matéria quando da ocorrência de evento danoso a uma das partes, em que se buscará enquadrar ou desenquadrar (a depender da ótica observada, se da Administração Pública ou do particular) o fato como álea econômica extraordinária e extracontratual.

A exata compreensão do disposto no art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 – dispositivo que, apesar de curto, é bastante complexo – requer, de antemão, que se esclareça no que consistem as áleas, haja vista que, reforce-se, o texto legal dispõe ser devida a recomposição do ajuste em caso de álea econômica, extraordinária e extracontratual.

De acordo com Maria Adelaide de Campos França (2011, p. 75), risco é “a probabilidade da ocorrência de uma álea durante a execução de um contrato administrativo, que poderá trazer dificuldades para a sua concretização”. Por sua vez, ainda conforme a autora (2011, p. 76), álea consiste no “fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação, cuja possibilidade de ocorrência é circunstância geradora de um risco”. Mais especificamente, esclarece Joel de Menezes Niebuhr (2013, p. 936) que “a palavra álea provém do latim alea, que significa ‘dado de jogar’, ou melhor, a probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro”. A despeito da distinção técnica entre os conceitos (em que a álea abrange o risco), costuma-se empregá-los de forma indiscriminada no âmbito dos contratos administrativos, para significar riscos que interferem na execução de um contrato administrativo.

As áleas podem ser classificadas como ordinárias ou extraordinárias. As áleas ordinárias (ou empresariais) são aqueles riscos inerentes à atividade empresarial, considerados comuns ou previsíveis, próprios da flutuação de mercado (DI PIETRO, 2010, pp. 277-278). É o caso, por exemplo, de uma leve oscilação no valor dos insumos contratados para a execução de uma avença, que não podem ser repassados ao Poder Público, em razão de integrarem o campo do risco empresarial. Estes riscos, em que pese consideráveis do ponto de vista do empresário que deseja contratar com o Poder Público, não possuem maiores repercussões no estudo dos contratos administrativos, haja vista que não podem ser objeto de alteração contratual. São, portanto, riscos alocados, por força de lei, ao particular.

De outra banda, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010, pp. 277-278), as áleas extraordinárias se dividem em duas subcategorias: áleas administrativas e econômicas. As áleas administrativas podem se manifestar sob a forma de:

(i) fato do princípio: ocorre quando, por meio de ato lícito, regular, a Administração Pública atua de forma a interferir no contrato administrativo. Não se trata de uma atuação específica e direcionada a atingir aquele vínculo específico, mas de um ato administrativo, muitas vezes editado por ente distinto do contratante, que possui efeitos negativos sobre a

avença pactuada, demandando a sua alteração. O clássico exemplo de fato do princípio é a majoração de carga tributária superveniente à assinatura do contrato, onerando a prestação do serviço, a execução da obra ou o fornecimento de bens pelo contratado, cujo preço inicialmente pactuado considerou tributação mais favorecida. Nesses casos, é devida a alteração contratual para a recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que se trata de risco atribuível ao contratante³⁴.

(ii) fato da Administração: à semelhança do que ocorre com o fato do princípio, o fato da Administração também consiste em uma ação específica do Poder Público que incide sobre o contrato administrativo, violando direitos do contratado, mas, neste caso, se trata de ato do próprio ente contratante, direcionado para o ajuste celebrado. É o que ocorre, por exemplo, com o atraso de pagamento da contraprestação devida pelo Poder Público, o atraso na desapropriação da área onde se implantará a obra pública ou a não disponibilização do local necessário à execução dos serviços, retardando o seu início.

(iii) alteração unilateral do contrato: o poder de alteração unilateral dos contratos administrativos é uma das prerrogativas conferidas à Administração Pública, ao lado de poderes de rescisão unilateral, aplicação de penalidades ao contratado, fiscalização, restrição ao princípio da exceção do contrato não cumprido, entre outros. Nesse sentido, para satisfazer o interesse público, o contratante pode promover alterações qualitativas e quantitativas no ajuste, respeitados os limites legais, sem que o contratado possa se opor a elas. As alterações unilaterais, assim, também configuram áleas administrativas, haja vista que não podiam ser antecipadas antes da celebração do contrato, e repercutem em sua equação econômico-financeira.

Por sua vez, as áleas econômicas consistem em circunstâncias externas ao contrato e alheias à vontade das partes, “imprevisíveis, excepcionais e inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão” (DI PIETRO, 2010, p. 278). Maria Sylvia di Pietro (2010, p. 282) enquadra a álea econômica nos casos em que o contrato se torna muito oneroso ao contratado. Iúlian Miranda e David de Oliveira Lima Rocha (2016, p. 64) criticam, contudo, o posicionamento doutrinário, sustentando ser também o caso de álea econômica quando o contrato se torna excessivamente oneroso para a parte contratante.

Parece ser o caso de se configurar álea econômica também nos casos em que o desequilíbrio causado na avença é prejudicial ao Poder Público contratante. Com efeito, se a

³⁴ Importante mencionar que a equação econômico-financeira do contrato, como se detalhará em capítulo próprio, é garantia de ambas as partes, e não apenas do particular contratado.

lógica da Lei nº 8.666/1993 é associar a alocação de riscos à manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo, há sentido em se permitir a sua recomposição nas hipóteses em que se tornar excessivamente oneroso para a Administração Pública, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro aproveita a ambas as partes, não sendo apenas uma garantia do particular.

A ocorrência de álea econômica traz a necessidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, cujo surgimento se reporta ao Conselho de Estado francês, no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, em 1916, no qual se discutiu acerca da majoração excessiva do valor do carvão, utilizado na fabricação de gás, em razão da ocupação das regiões produtoras pela Alemanha. Na época, o Conselho de Estado se valeu da teoria da imprevisão para decidir em favor da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que “o comprometimento da economia do contrato por evento que não podia ser previsto pelas partes não pode prejudicar a continuidade do serviço público ou significar ônus exagerado ao particular” (MIRANDA, ROCHA, 2016, p. 64).

Embora não expressamente previstas pelo texto do art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, Marçal Justen Filho (2012, p. 895) alude também às sujeições imprevistas como fundamento para o reequilíbrio contratual, haja vista tratar-se de circunstâncias imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. Nesses casos – em que o exemplo clássico é a existência de dificuldade geológica em um terreno que impede a realização de uma obra tal qual prevista anteriormente –, embora não se trate de um fato superveniente, apenas foi conhecido no curso da execução da avença, que inviabiliza o cumprimento das condições contratuais inicialmente pactuadas.

Vê-se, assim, que, sob o modelo tradicional da Lei nº 8.666/1993, compete à Administração arcar com os prejuízos oriundos das áleas extraordinárias e ao particular, com aqueles decorrentes de áleas ordinárias, inexistindo preocupação com a distribuição preventiva de riscos. Torna-se o Estado, assim, o principal gerenciador de riscos nos contratos celebrados sob a égide da Lei Geral de Licitações, uma vez que, quando se tratar a hipótese de riscos extraordinários, é o responsável por administrar as consequências de sua materialização. É importante frisar, no ponto, que inexiste um limite pré-estabelecido, fixado por lei, pela doutrina ou pela construção jurisprudencial, para que se considere determinado evento como álea ordinária ou extraordinária. Assim, cada contrato deverá ser analisado conforme suas próprias particularidades, a partir de parâmetros como a razoabilidade, a boa-fé, o dever de cooperação entre as partes e, ainda, a supremacia do interesse público sobre o particular, para que se verifique, caso a caso, o enquadramento de situações limítrofes.

Há, ainda, um aspecto relevante – e, por vezes, negligenciado – quanto à materialização de riscos em contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993. O art. 65, II, alínea “d”, do diploma alude à “álea econômica extraordinária e extracontratual”. Quer isso dizer que a distribuição dos riscos se dará conforme o prescrito pelo dispositivo – atribuindo-se à Administração Pública o dever de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando da ocorrência de áleas extraordinárias – quando se tratar de álea extracontratual, isto é, não contemplada pelo instrumento da avença pactuada entre as partes.

Nada impede, portanto, que, mesmo nos contratos celebrados com fulcro na Lei Geral de Licitações, haja uma alocação preventiva de riscos entre as partes. A confusão entre distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 8.666/1993 levou ao entendimento no sentido de que, diante do comando do referido art. 65, II, “d”, o contrato não poderia dispor de forma distinta. Dita interpretação ignora, como se vê, a menção às áleas extracontratuais, de sorte a admitir-se, portanto, a distribuição prévia e objetiva de riscos entre as partes contratantes.

Por esse motivo, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, p. 122) defendem a possibilidade de que, mesmo nas hipóteses de caso fortuito e força maior, os contratos disciplinem fórmula para a alocação de riscos contratuais, escapando à sistemática do art. 65, II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993.³⁵ Vale dizer, a legislação em vigor autoriza a distribuição preventiva de riscos entre as partes contratantes, sendo possível se imaginar, por exemplo, um contrato administrativo comum, celebrado sob a égide da Lei Geral de Licitações, que disponha incumbir ao contratado eventuais riscos decorrentes de sujeições imprevistas, ou de alterações legislativas que majorem o valor dos tributos incidentes sobre a operação.

Deve-se considerar, entretanto, que, como a regra geral (fixada pelo art. 65, II, “d”, da Lei Geral de Licitações) é a assunção, pelo contratante, das áleas extraordinárias, e como o licitante não tem poder de negociação da minuta do contrato administrativo, caso opte o Poder Público por deslocar, no instrumento contratual, parte destes riscos para o particular, possivelmente isto se reverterá em incremento de custos na proposta, tornando a contratação mais onerosa para o Poder Público, que pagará por aquele risco independentemente de sua materialização no curso da avença³⁶. Por outro lado, caso se opte pela manutenção da sistemática da Lei nº 8.666/1993, sem a distribuição prévia de riscos entre contratante e

³⁵ No mesmo sentido: MIRANDA, ROCHA, 2016, pp. 66-67.

³⁶ De acordo com Marcos Nóbrega (2010b, p. 5), contudo, não necessariamente há uma correlação direta entre a atribuição de risco ao particular e o aumento do valor da proposta, uma vez que “alocar risco não é a mesma coisa que alocar valor porque a alocação de risco para uma parte não necessariamente significa reduzir o interesse da parte sobre o valor do projeto.”

contratado, a Administração apenas arcará com os custos da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso o evento danoso configurado como álea extraordinária se concretize.

O projeto da nova lei de licitações (PL nº 1292/95), que, caso aprovado, importará na revogação da Lei nº 8.666/1993, confere outra perspectiva ao estudo dos riscos no contrato administrativo, em muito se assemelhando à atual sistemática conferida às parcerias público-privadas. De acordo com o projeto, a matriz de riscos poderá ser utilizada em qualquer regime licitatório, alocando entre as partes contratantes os riscos de forma eficiente e prevendo, inclusive, mecanismos de prevenção e mitigação. Sendo a hipótese de obras e serviços de grande vulto ou nos casos de contratação integrada e semi-integrada, a alocação preventiva de riscos foi tornada obrigatória pelo projeto.

A alteração do marco regulatório, na hipótese de vir a ser aprovado, tem o potencial de alterar significativamente o paradigma do risco no contrato administrativo, evoluindo-se para uma cultura de prevenção e não para a sua judicialização, como sói ocorrer nos contratos atualmente celebrados. Não se intenta alegar, com isso, que as legislações representem necessariamente uma mudança de cultura, mesmo porque o Poder Legislativo não é capaz de acompanhar as transformações sociais na velocidade em que acontecem. Defende-se apenas que o projeto de lei, no que toca à disciplina do risco, em muito se coaduna com os novos paradigmas de consensualidade e de parceria na Administração Pública, na medida em que as partes, para a consecução dos objetivos definidos no contrato administrativo, deverão envidar seus maiores esforços na prevenção e mitigação dos riscos que lhes compete.

Atualmente, em sentido inverso, o que se observa é um caráter de confronto muito marcante nos contratos administrativos, que envolvem partes adversas, com interesses contrapostos, que invariavelmente assumem caráter belicoso quando da ocorrência de um evento adverso, buscando construir o entendimento – no mais das vezes, para o Poder Judiciário – de que a responsabilidade pelo dano causado foi da parte contrária, em vez de atuar no campo da prevenção. Por outro lado, ao inserir uma preocupação com a alocação preventiva de riscos na sistemática das contratações públicas como um todo, o projeto da nova lei de licitações fixa as bases para uma tendência de que contratante e contratado passem a enxergar o ajuste como um instrumento de construção mútua, em que ambos os lados possuem seu papel na adequada concretização do objeto licitado.

3.3.2 O risco na Lei nº 8.987/1995

Viu-se que a Lei nº 8.666/1993 não se preocupou, de forma explícita, com a alocação de riscos contratuais, tratando-a em função do mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença. A Lei nº 8.987/1995, diploma destinado a regular as concessões e permissões de serviço público, estabelece, em seu art. 2º, incisos II, III e IV, que as concessões e permissões são executadas pelo particular “por sua conta e risco”, o que motiva debate quanto às distinções entre o mecanismo de alocação de riscos nas concessões, se comparado à sistemática traçada pela Lei Geral de Licitações.

Com efeito, enquanto a Lei nº 8.666/1993 aloca as áleas extraordinárias ao Poder Público (ressalvada a possibilidade de estipulação contratual em contrário, na linha do exposto acima), a Lei de Concessões passou a dispor que a execução dos serviços se daria “por conta e risco” do concessionário, o que, em uma leitura apressada, poderia indicar que o legislador pretendeu atribuir todos os riscos do negócio ao particular, eximindo a Administração Pública de arcar com eventuais consequências da materialização de um risco que recaia sobre a concessão.

Compreender a dinâmica dos riscos nos contratos de concessão é de extrema relevância, sobretudo ao se considerar o prazo alargado dos contratos desta natureza. Diferentemente das parcerias público-privadas, em que a lei estabelece o prazo de vigência de cinco a trinta e cinco anos, a Lei nº 8.987/1995 não fixa prazo mínimo nem máximo para a duração dos seus contratos. No entanto, as concessões costumam ser pactuadas por largo interregno, uma vez que se deve possibilitar ao concessionário a adequada amortização dos investimentos necessários à operação do objeto concedido. Em concessões de natureza complexa, sobretudo aquelas precedidas de obra pública, é natural que o contrato preveja prazo de vigência duradouro. Some-se a isto a necessidade de continuidade do serviço público, de modo que não interessa à Administração Pública (e à coletividade dos usuários, em última análise) a constante substituição de concessionários, e chega-se à inevitável conclusão de que os contratos de concessão não apenas podem, mas devem ser firmados por prazo mais alargado.

Diante disto, conclui-se que as concessões se sujeitam a riscos de diversas naturezas, na medida em que demandam maciços investimentos, inserem na relação jurídica estabelecida entre Poder Concedente e concessionário um terceiro – os usuários – com direitos e obrigações a serem asseguradas³⁷, além de conviver com “os riscos e as incertezas inerentes a

³⁷ É o que Maria Sylvia Zanella di Pietro denomina de “efeitos trilaterais da concessão” (DI PIETRO, 2019, pp. 115-118).

empreendimentos com forte carga socioeconômica” (MOREIRA, 2010, p. 114). Com efeito, por cuidarem de serviços públicos, e sobretudo ao se considerar que os contratos perduram por diversos governos, convivendo, muitas vezes, com guinadas ideológicas da Administração Pública, as concessões sofrem grande interferência política em sua condução. Em um país como o Brasil, em que as contingências orçamentárias obrigam os gestores públicos a priorizar determinados serviços em detrimento de outros, trocas de gestão podem levar a mudanças em prioridades no desenvolvimento de determinado serviço público. Demais disso, serviços públicos e projetos de infraestrutura são comumente enxergados, no país, como vitrines eleitoreiras, de modo a se admitir que o objeto de uma concessão pode ser priorizado por um governante e desprezado pelo seguinte³⁸. Desse modo, apenas para citar alguns, as concessões estão fortemente suscetíveis a riscos políticos, regulatórios e até mesmo de encampação do serviço pelo Poder Concedente.

Note-se, ademais, que o longo prazo de vigência da concessão, aliado ao montante dos investimentos exigidos para a sua viabilização, por si só, já sujeita o concessionário a mais riscos identificados como áleas ordinárias que em contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, uma vez que decorrentes da exploração natural do negócio (FRANÇA, 2011, pp. 97-98). É essencial, portanto, analisar de que forma os riscos contratuais devem ser alocados entre as partes contratantes em contratos desta natureza.

Fernando Vernalha Guimarães (2017b, p. 2) defende que o alcance da expressão “por conta e risco”, cunhada na Lei nº 8.987/1995 para aludir à execução da concessão, se refere à liberdade de gestão conferida ao concessionário, não havendo que se falar em alocação prévia e abstrata de todo e qualquer risco ao particular. Isto é, de acordo com o autor, afirmar que a concessão será executada pelo particular por sua conta e risco implica em considerar que caberá ao particular o gerenciamento da execução do serviço, com os riscos a ela inerentes – escolha de métodos gerenciais, de insumos aplicáveis ao serviço, de práticas de gestão para se alcançar o resultado e os indicadores de qualidade do serviço fixados pelo instrumento contratual. Não se trata, portanto, de uma irrestrita alocação legal de riscos ao concessionário, mas apenas a chancela de sua liberdade de gestão na operação do negócio.

³⁸ Nesse contexto, Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de la Rocque Almeida (2008, p. 354) defendem que as concessões e parcerias público-privadas sejam enxergadas como política de Estado, e não como uma política de determinado governo, de sorte a conferir-lhes a estabilidade necessária e compatível com o alargado prazo de vigência destes contratos, selecionando projetos alinhados com o interesse da coletividade e não com o interesse pontual de um determinado governante. Em outros termos, a validação social do objeto das parcerias é de suma importância para o sucesso da avença.

A seu turno, sustenta Maria Adelaide de Campos França (2011, p. 98) que, como a titularidade do serviço pertence ao Poder Concedente, a este caberá a responsabilidade pelos riscos relacionados à oferta, à operação e à expansão do serviço concedido, ao passo em que, ao particular, competirá a responsabilidade pelos riscos decorrentes da implantação das decisões do Poder Público, isto é, os riscos relativos à execução do objeto da concessão. É dizer, em decorrência das especificidades no modo de operação da concessão, com maior liberdade de gestão pelo particular, incumbe ao concessionário a responsabilidade pela álea ordinária (FRANÇA, 2011, p. 100).

Marçal Justen Filho (2003, pp. 76-77) chama atenção ao fato de que, diferentemente das concessões em tempos anteriores, nas quais não se compreendia a natureza pública do serviço concedido, no regime jurídico trazido pela Lei nº 8.987/1995, não há uma privatização do serviço, mas apenas a transferência de sua execução ao particular, de sorte a manter-se sob a égide do Estado a titularidade do serviço. Por esse motivo, afirmar que a concessão é executada “por conta e risco” do concessionário não implica em transferir ao particular o protagonismo na delegação, uma vez que se trata de projeto de comunhão de interesses entre Estado e iniciativa privada. Por outro lado, a assunção de encargos e riscos pelo Poder Concedente, mantendo em sua esfera jurídica a responsabilidade pelo serviço prestado, retiraria do projeto a característica de concessão, o que também não se pode admitir. Disto decorre que, para Marçal Justen Filho, atribuir o risco ao concessionário implica em desvincular a sua atuação de qualquer contraprestação pública (JUSTEN FILHO, 2003, p. 77). Isto é, a transferência de riscos ao particular ocorre na medida em que depende apenas de sua própria atuação, viabilizada essencialmente (porquanto admitidas também as receitas acessórias à concessão) mediante o pagamento de tarifas pelos usuários, para se financiar, não se atrelando a qualquer contraprestação pública.

Ainda quanto ao alcance da expressão “por conta e risco”, Egon Bockmann Moreira a destrincha em duas partes: em primeiro lugar, impor a prestação do serviço por conta do concessionário importa em atribuir-lhe o dever de empregar os recursos necessários e de prestar o serviço adequado aos usuários, responsabilizando-se por sua atuação e pelos métodos de gestão empregados; em segundo lugar, dizer que o serviço é executado por risco do concessionário significa atribuir-lhe as áleas ordinárias decorrentes da operação da concessão (MOREIRA, 2010, pp. 108-111).

Conquanto a Lei nº 8.987/1995 não aluda expressamente à inclusão de uma matriz de riscos explícita no contrato – o que só foi positivado por ocasião da Lei nº 11.079/2004 –, é de bom alvitre que se desenvolva, na etapa de modelagem contratual, uma matriz robusta,

contemplando os riscos incidentes sobre a execução do serviço delegado e a quem incumbirá a responsabilidade por sua neutralização.³⁹ A previsão de uma matriz de riscos detalhada no contrato de concessão é importante não apenas para reduzir a incompletude contratual e a insegurança jurídica decorrente da necessidade de arbitramento judicial do risco em caso de conflito entre as partes, mas, essencialmente, na medida em que o art. 10 da Lei Geral de Concessões prevê considerar-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro da avença “sempre que forem atendidas as condições do contrato”. Disso decorre, de um lado, que nem todo risco é motivo para o reequilíbrio do ajuste; de outro, que a Lei nº 8.987/1995, tal qual faz a Lei nº 8.666/1993, permite a alocação contratual de riscos⁴⁰.

A reforçar a possibilidade de estabelecimento de uma matriz de riscos em contratos de concessão comum, sustenta Marcos Augusto Perez (2006, p. 130):

O que defendemos, nesse sentido, é que ‘por sua conta e risco’ não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir.

Do exposto verifica-se que, nas concessões comuns, incumbe ao concessionário a gestão da álea ordinária, passando ao Poder Concedente os riscos oriundos de álea extracontratual, na medida em que a lei permite a alocação preventiva de riscos entre as partes contratantes. Esta concepção – a possibilidade de distribuição *ex ante* de riscos – aproxima a sistemática da Lei nº 8.987/1995 daquela fixada pela Lei nº 11.079/2004, de sorte a falar-se em coesão no sistema jurídico de concessões no país; é dizer, interessa à uniformidade do sistema jurídico que as concessões – comuns e especiais – possuam dinâmica de riscos assemelhada.

É verdade, entretanto, que a Lei nº 8.987/1995 não foi capaz de conferir segurança jurídica quanto à alocação de riscos em contratos de concessão; há certa divergência doutrinária quanto ao alcance da expressão “por sua conta e risco”, não se cogitando, ademais, de qualquer disciplina legislativa quanto à álea extraordinária e extracontratual (embora possa se entender pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 – em especial do seu art. 65, II, “d” –, uma vez que consigna normas gerais de licitações e contratos, no que não se choca com a Lei Geral de

³⁹ Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 79) registra que, em verdade, todo contrato veicula, de forma implícita ou explícita, uma matriz de riscos, sendo implícita quando não consigna distribuição clara de riscos, mostrando-se necessário recorrer à lei ou a outras fontes normativas para se alcançar a exata medida da distribuição de riscos entre as partes.

⁴⁰ Ressalva-se, no ponto, a possibilidade de alocação legal de riscos – caso em que o contrato não poderá dispor de forma distinta –, a teor da previsão do art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual o risco de alteração na carga tributária incidente sobre a operação é de responsabilidade do Poder Concedente, exceto no que toca aos impostos sobre a renda.

Concessões). Apenas com a Lei nº 11.079/2004, o legislador concretizou a preocupação com a gestão dos contratos administrativos em uma sociedade de risco, fixando como premissa a repartição objetiva dos riscos entre as partes contratantes.

3.3.3 O risco nas parcerias público-privadas

A necessidade de ampliação de investimentos em infraestrutura no Brasil, somada à baixa capacidade de investimento e às limitações orçamentárias da Administração Pública, além das restrições técnicas e de capital humano para o desenvolvimento de projetos diretamente pelo Poder Público, como se viu, fortaleceram as relações entre Estado e iniciativa privada, através do mercado de concessões, para a viabilização de projetos da agenda governamental. Diante de um cenário de restrição orçamentária da Administração, entretanto, faz-se necessário, para a atração do investimento privado, que o Poder Público assegure um ambiente de negócios robusto e seguro ao investidor, que, do contrário, certamente alocará seu capital em projetos de maior rentabilidade ou menor insegurança. Trata-se, assim, de uma mudança de paradigma na Administração, em que o Estado passa a recorrer aos particulares não mais como súditos, mas sim como sócios para a consecução dos fins estatais e para garantir o abastecimento de bens e serviços (MENDIETA, 2014, p. 300).

A constatação de que a sociedade de risco não propicia a estabilidade necessária à economia e às relações sociais desloca para a Administração Pública a necessidade de preocupação com a gestão do risco em contratos administrativos, uma vez que, quanto maior a segurança a eles conferida, maior a atratividade do projeto para a iniciativa privada e, por conseguinte, menor o seu custo para o Poder Público (e, em última análise, para o contribuinte), tendo em vista que a ampliação da competitividade do empreendimento tende a favorecer a redução do valor das propostas apresentadas no certame.

Em verdade, um projeto de PPP será invariavelmente considerado como de alto risco, em razão do elevado volume de recursos necessários à sua implantação, além de incertezas de ordem regulatória e política (BORGES, 2005, p. 160). Nesse cenário, a atratividade de um projeto de concessão passa, obrigatoriamente, por uma robusta matriz de riscos que, na medida do possível – haja vista sempre existirem custos de transação na elaboração contratual, bem como um campo de incerteza inalcançável à racionalidade humana –, confira amarras e previsibilidade ao desenvolvimento do objeto delegado à iniciativa privada. Não por outra razão, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, p. 117) defendem que

A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, as suas consequências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, 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.

Vale dizer, em um projeto complexo, de longo prazo, sujeito às mais diversas interferências, a adequada alocação de riscos entre as partes contratantes consiste em mecanismo de cooperação⁴¹, incentivando-as a envidar os melhores esforços para a adequada consecução de suas obrigações e, por conseguinte, para o sucesso do empreendimento, em benefício da coletividade que dele usufrui. É salutar, pois, a preocupação manifestada pelo legislador quando da edição da Lei nº 11.079/2004, no sentido de promover a estruturação das concessões patrocinadas e administrativas conforme uma matriz de riscos previamente estabelecida, de acordo com a realidade das partes e do serviço concedido à iniciativa privada⁴².

Com efeito, a Lei nº 11.079/2004, de forma inovadora no ordenamento jurídico pátrio, previu a repartição objetiva de riscos entre as partes como diretriz dos contratos de parceria público-privada (art. 4º, VI), além de configurar cláusula essencial dos contratos celebrados sob a égide do diploma (art. 5º, III). Incumbe não ao legislador, portanto, mas ao gestor público, na fase de elaboração do contrato, a distribuição de riscos entre contratante e contratado, com vistas à maximização da eficiência da relação jurídica. A inovação trazida pelo diploma não consiste propriamente em permitir a alocação preventiva de riscos entre as partes – porque, como se viu, isto já era possível na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 8.987/1995 –, mas em torná-la diretriz do contrato de PPP.

Assim, somente a partir de 2004, com a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas, que refere expressamente à repartição objetiva de riscos contratuais, ampliou-se a liberdade para que gestor público e particular – admitindo-se a hipótese de projetos viabilizados através

⁴¹ Nesse sentido, Alexandre Wagner Nester (2005, p. 191) defende a necessidade de participação de potenciais interessados, além da sociedade civil para a discussão da modelagem jurídica dos projetos de parceria público-privada, haja vista a multiplicidade de interesses envolvidos. Não se pode olvidar, no ponto, que o art. 10, VI, da Lei de PPP determina a necessidade de submissão da minuta do edital e do contrato – que incluirão, entre seus anexos, a matriz de riscos – à consulta pública, para que a sociedade civil e os órgãos de controle forneçam sugestões destinadas a conferir maior robustez ao projeto.

⁴² Maria Eduarda Azevedo (2008, p. 337), tratando da realidade portuguesa, mas em lição transponível ao caso brasileiro, indica que a transferência de riscos do Poder Público ao particular é o elemento característico fundamental das parcerias público-privadas. Vale dizer, entre todas as peculiaridades do regime jurídico das PPPs, é precisamente a necessidade de alocação preventiva de riscos que confere ao instituto a sua condição mais marcante e diferenciada em relação às demais espécies contratuais na Administração Pública.

de Procedimento de Manifestação de Interesse – promovam a distribuição preventiva de riscos. A Lei nº 11.079/2004, portanto, representou marco relevante na busca por mecanismos de se lidar com o risco contratual, o que se coaduna com o princípio da eficiência, a que se submete a Administração Pública por força do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, mais especificamente, em razão do art. 4º, I, da Lei de PPP.

Significa dizer que o contrato de parceria público-privada existe enquanto instrumento para a adequada gestão dos riscos que naturalmente acometem uma relação de longo prazo. É essencial que esta gestão ocorra de forma casuística – conforme a realidade das partes contratantes e a natureza do objeto delegado –, não cabendo ao legislador a indicação prévia de como deve se dar a distribuição dos riscos, uma vez que cada contrato reflete cenário distinto, com sua própria complexidade, incapaz de ser encaixada pelo legislador em modelos pré-estabelecidos de gestão.

Prever, ainda na fase interna da licitação (quando se elabora a minuta do contrato), todos os riscos a que um projeto de longo prazo está sujeito, entretanto, é tarefa hercúlea, uma vez que contratos administrativos estão suscetíveis a instabilidades econômicas, mudanças de governo, obsolescência tecnológica, enfim, riscos de consequências incalculáveis e impossíveis de serem antevistas. Além disso, contratos administrativos são, por natureza, incompletos, consistindo tarefa complexa e custosa a análise de todos os riscos envolvidos em um dado projeto, de forma que, como antecipado, sempre existirá uma incompletude a refletir os parâmetros de custo-benefício, isto é, que equilibre o custo de redação e negociação da avença em relação ao benefício advindo da previsão contratual (NÓBREGA, 2011a, p. 135; TIMM, GUARISSE, 2014, p. 168; GUIMARÃES, 2017a, p. 92).

De qualquer sorte, determina o art. 5º, III, da Lei nº 11.079/2004 que os contratos de parceria público-privada deverão prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária”. Interpreta-se do dispositivo que ao instrumento contratual é conferida ampla liberdade para a alocação de riscos entre as partes, independentemente de se tratar de áleas ordinárias ou extraordinárias, ou ainda áleas administrativas ou econômicas. Parte-se da premissa de que o legislador não detém as melhores condições para determinar, com a generalidade que demanda um texto legal, a quem incumbirá a gestão de um determinado risco, mormente ao se considerar que a Lei de PPP pode ser aplicada a projetos de natureza bastante diversa.

Compreende-se, portanto, que o gestor público encarregado de gerir o projeto de parceria público-privada é mais abalizado para identificar, em um dado contexto, que parte possui melhores condições para assumir cada risco identificado na fase de elaboração do

projeto. A liberdade conferida pelo legislador abrange, inclusive, as áreas administrativas, tradicionalmente alocadas ao Poder Público, e as áreas econômicas, tradicionalmente alocadas ao setor privado. Desse modo, o crucial para a distribuição de riscos em uma parceria público-privada é se compreender a realidade do projeto especificamente considerado, em uma análise casuística.

Ver-se-á adiante que existem critérios desenvolvidos para a distribuição de riscos em projetos de infraestrutura, e é salutar que estes sejam observados, uma vez que tendem a maximizar a atratividade e a eficiência do empreendimento⁴³. Vale dizer, não é porque a lei confere ampla liberdade ao gestor público que a alocação de riscos deva ser feita de forma aleatória ou descuidada; o que pretende a Lei nº 11.079/2004 é, apenas, não atribuir amarras ao gestor público, por compreender que o detentor de mais informações sobre a realidade do projeto é o mais capacitado para definir de que forma deve ser feita a alocação de riscos do empreendimento.

Não se ignora, entretanto, posicionamento doutrinário entendendo que, a despeito da previsão normativa, os riscos decorrentes de fato da administração e fato do princípio não podem ser repartidos entre as partes contratantes. Com efeito, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, apenas podem ser repartidos os riscos que causem desequilíbrio por fator alheio à vontade das partes, a exemplo do que sucede nos casos de força maior e álea econômica extraordinária. Para as hipóteses de fato do princípio e fato da administração, assim, seria inviável a repartição de riscos, uma vez que importaria em imputar ao contratado ônus de arcar com prejuízos causados pelo Poder Concedente. Demais disso, ainda segundo a autora, a responsabilização da Administração Pública por fato do princípio decorre da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, de sorte que não poderia ser afastada por lei ordinária (DI PIETRO, 2019, pp. 202-203).

De acordo com o referido artigo da Constituição, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, resguardado, naturalmente, o direito de regresso contra o responsável nos casos de conduta dolosa ou culposa. Parece haver, portanto, de fato, um impeditivo de ordem jurídica para que riscos decorrentes de fato da Administração ou fato do princípio sejam alocados ao particular em contratos de parceria público-privada, uma vez que a

⁴³ Nesse sentido é o que defende Marcelo Pereira dos Santos (2014, p. 183), para quem o Estado deve propiciar ambiente contratual confiável e seguro, mediante o aumento das garantias e a diminuição dos riscos das contratações estatais, de sorte a atrair investimentos privados nacionais e estrangeiros para o fornecimento de bens e serviços.

autonomia das partes e a legislação ordinária não poderiam se sobrepor a uma regra constitucional acerca da responsabilização objetiva do Poder Público, sobretudo ao se considerar a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade.

No entanto, a discussão jurídica acerca da constitucionalidade do art. 5º, III, da Lei nº 11.079/2004 parece não ter muita repercussão prática (isto é, reflexos no processo de distribuição preventiva de riscos na fase de modelagem dos projetos de PPP), haja vista que a alocação de riscos em contratos de parceria público-privada não deve obedecer a critérios jurídicos, mas de ordem econômica. Vale dizer, a alocação dos riscos de fato da Administração e fato do princípio à Administração Pública não ocorre precipuamente porque o mencionado dispositivo constitucional assim exige, mas porque, do ponto de vista da eficiência, faz sentido que assim o seja.

Não por outra razão, dispõem Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado que “a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não axiológica” (2010, p. 122). Detalhar-se-á adiante no que consiste a priorização de critérios econômicos na alocação de riscos em contratos de PPP, mas, por ora, impende considerar que alocar riscos oriundos de fato da Administração ou fato do princípio ao particular não guarda razão de ser, uma vez que não se permite ao parceiro privado adotar meios para prevenir ou mitigar as consequências do risco.

Nesse passo, defendem Viviane Gil Franco e João Batista Pamplona (2008, p. 26) que a utilização das parcerias público-privadas deve ser motivada pelo ganho de eficiência do instrumento, o que necessariamente passa pela possibilidade de transferência de riscos ao parceiro privado, na medida em que isto funciona como incentivo para a minimização da probabilidade de sua ocorrência. De qualquer sorte, a previsão da Lei nº 11.079/2004 é inovadora no sentido de exigir do gestor público atenção específica à matriz de riscos contratual, permitindo às partes não só que dividam riscos, mas que os compartilhem: é possível, portanto, que, ao invés de alocar um determinado risco integralmente ao parceiro público ou ao parceiro privado, o contrato estipule que as consequências de sua materialização serão rateadas entre as partes contratantes.

A sistemática da Lei nº 11.079/2004, assim, concretiza o real sentido do termo “parceria”, uma vez que os contratos de PPP representam uma conjugação de esforços da iniciativa privada e da Administração Pública em prol de um objetivo comum, conferindo especialmente ao parceiro privado – tradicionalmente acobertado pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro – a necessidade de empreender esforços para que aqueles riscos que lhe foram imputados não venham a acontecer. O caráter de comunhão de esforços em prol de objetivos comuns é reforçado, inclusive, pelo fato de a PPP ser gerida por uma sociedade de

propósito específico, cuja composição societária abrange não apenas o licitante vencedor do certame, mas também o ente público titular do objeto concedido.

A dinâmica contemporânea, na qual está inserida a Administração Pública, demanda foco em eficiência e resultados, para o que se exige a adequada distribuição de riscos contratuais. De todo modo, é certo que há grau de discricionariedade na formatação contratual pelo gestor público; no entanto, esta atuação pode – e deve – ser limitada por princípios – tendo em vista que o Estado Democrático de Direito hodierno é fortemente pautado por normas de caráter principiológico – e, em especial, por diretrizes de natureza econômica, positivadas no ordenamento por intermédio do princípio da eficiência (GUIMARÃES, 2017, p. 97).

A matriz de riscos contratual deve se basear em critérios objetivos, além de assegurar clareza e detalhamento. Naturalmente, em razão da racionalidade limitada e dos custos de transação, atingir completude absoluta é inviável, porém se deve ter em mente que, quanto mais incompleta a matriz de riscos, maior a insegurança para os licitantes e, por conseguinte, maior a tendência de que provisionem custos em suas propostas para lidar com a incerteza da relação contratual. Além disso, o detalhamento da matriz de riscos contribui para evitar que a discussão seja deslocada para o Poder Judiciário, que, além de, em regra, não deter o mesmo conhecimento sobre as particularidades do objeto contratual, não está adequadamente preparado para lidar com premissas econômicas.

3.3.3.1 Alocação e mitigação de riscos nas parcerias público-privadas

De acordo com a classificação trazida por Bing *et al.* (2005, pp. 27-28), os fatores de risco em projetos de parceria público-privada podem ser segmentados em três níveis: (i) o nível macro se refere aos riscos exógenos ao projeto, a exemplo de riscos políticos, jurídicos, econômicos, sociais e ambientais; (ii) por sua vez, o nível meso compreende riscos endógenos ao projeto, abrangendo riscos de falha no projeto, demanda, tecnológico, construção e design do empreendimento de infraestrutura delegado à iniciativa privada; (iii) finalmente, há o nível micro, que também são endógenos ao projeto, mas se referem à relação entre as partes

envolvidas e não ao projeto em si⁴⁴. A partir desta classificação, é possível realizar a categorização dos riscos, conforme detalhado na tabela abaixo⁴⁵:

Tabela 1 - Classificação dos riscos em projetos de PPP

NÍVEL DE RISCO	CATEGORIA DO FATOR DE RISCO	FATOR DE RISCO
Macro	Político e governamental	Governo instável
		Expropriação ou nacionalização de ativos
		Falha no processo decisório da Administração
		Hostilidade política
	Macroeconômico	Instabilidade do mercado financeiro
		Volatilidade da taxa de inflação
		Volatilidade da taxa de juros
	Legal/jurídico	Alterações legislativas
		Alterações regulatórias
	Social	Falta de tradição na prestação de serviços públicos por agentes privados
		Oposição pública ao projeto
		Força maior
Meso	Seleção do projeto	Condições geotécnicas
		Problemas climáticos ou ambientais
		Disponibilidade de área para a implantação do projeto
	Financiamento	Nível de demanda pelo projeto
		Disponibilidade de financiamento
		Atratividade do projeto para os investidores
	Design/projeto	Alto custo de financiamento
		Atraso na disponibilização de licenças e autorizações
		Deficiências no projeto
	Construção	Técnicas de engenharia não testadas
		Aumento/superfaturamento do custo de construção
		Atraso no prazo de entrega
		Disponibilidade de materiais
		Alterações supervenientes no projeto ou contrato
		Qualidade da mão de obra
	Operação	Insolvência dos fornecedores
		Aumento/superfaturamento do custo de operação
		Receitas operacionais abaixo do esperado

⁴⁴ Em lição semelhante, Egon Bockmann Moreira (2010, pp. 128-130) alude a variáveis “endógenas” e “exógenas” aos contratos.

⁴⁵ Para um estudo aprofundado quanto à alocação de riscos, recomenda-se a leitura de RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos da Lei de PPP, 20 anos da Lei de Concessões: viabilizando a participação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico e social*. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-pps-20anos-lei-concessoes.pdf>. Acesso em: 27/05/2019.

		Baixa produtividade na operação
		Aumento de custos ou frequência de manutenção
Micro	Relacionamento	Risco de organização e coordenação do projeto
		Experiência inadequada em projetos de PPP
		Inadequação da distribuição de riscos e responsabilidades
		Diferenças de métodos e habilidades entre os parceiros ou sócios
		Falta de comprometimento
	Terceiros	Responsabilidade civil
		Crises entre funcionários

Fonte: adaptada pela autora a partir de BING *et al.*, 2005, p. 28

Não se pretende, com a classificação trazida, esgotar o tema dos riscos em contratos de parceria público-privada, mesmo porque, como se viu, cada projeto é único – é dizer, mesmo em empreendimentos de uma mesma natureza, há riscos distintos capazes de comprometer a adequada execução do objeto da parceria. Demais disso, há fatores de risco que, de forma geral, incidem sobre projetos de parceria público-privada, independentemente de qual seja o seu objeto; alguns tipos de projeto, por sua vez, estão mais sujeitos a determinadas categorias de risco que outros, o que não significa dizer que tais fatores não possam ou não devam ser incluídos no instrumento contratual para a adequada distribuição entre as partes, na medida em que a completude contratual contribui para a sua eficiência.

A título exemplificativo, pode-se mencionar que o risco de vandalismo e furto é maior em projetos de parceria público-privada para a modernização e gestão de parques de iluminação pública que em concessões de rodovia, porque os ativos associados à iluminação, em especial fios e cabos elétricos, possuem importante valor comercial. O risco de falha ou de alto custo no financiamento, por sua vez, é mais reduzido em contratos de PPP no setor de iluminação pública do que em projetos *greenfield*⁴⁶ como a construção e operação de arenas esportivas, por exemplo, porque a iluminação pública possui fonte de custeio destacada e específica (a contribuição de iluminação pública, tributo de competência municipal). O risco de protestos que impeçam a operação da infraestrutura é mais comum em concessões de rodovias, por exemplo, em que uma manifestação impede por completo a circulação de passageiros e motoristas, que em uma concessão para a exploração de arena esportiva. Além disso, o risco de deficiências que comprometam o projeto é maior em mercados imaturos que em mercados

⁴⁶ Diz-se que um determinado projeto é *greenfield* quando não há instalações pré-existentes, implantando-se a infraestrutura concedida “do zero”. Em oposição, são considerados projetos *brownfield* aqueles que envolvem um ativo já existente, que será expandido ou aperfeiçoado.

maduros, em que as partes relacionadas possuem vasta experiência no setor concedido. De igual sorte, imagina-se que projetos de concessão para a operação de sistemas de saneamento básico estão mais sujeitos a riscos ambientais, por sua própria natureza, que projetos de operação de rodovias. Ainda, pode-se especular que infraestruturas implantadas em áreas íngremes ou de difícil acesso estão mais sujeitas a riscos geológicos ou geotécnicos.

Isso não significa que fatores de riscos fiquem restritos a um determinado tipo de projeto, mas apenas que a sua ocorrência é mais esperada em algumas situações que em outras. Categorizar os riscos, assim, ajuda a compreender os tipos de intercorrências vislumbradas em projetos de PPP, para que as partes consigam, de um lado, agir para prevenir a ocorrência do evento danoso e, de outro, caso este efetivamente se materialize, reunir esforços para mitigar as suas consequências⁴⁷. Precisamente por esta razão, Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 79) indica existir uma crescente padronização dos contratos de concessão e parceria público-privada, desenvolvendo-se modelos que costumam ser replicados pelos agentes encarregados da modelagem dos ajustes.

A capacidade de prevenir ou mitigar riscos está diretamente relacionada à parte para quem se aloca a contingência. Por conseguinte, a adequada distribuição dos riscos é fator essencial para que parceiro público e parceiro privado consigam efetivamente cumprir seu papel na avença. Como se viu acima, a meta a ser atingida na distribuição de riscos é a ampliação da eficiência do projeto – ou seja, a operação do empreendimento de forma adequada, segura e menos custosa ao particular, ao Poder Público e ao contribuinte. Mas como encontrar a eficiência em um cenário de riscos e incertezas, em que não se sabe (i) se o risco efetivamente virá a se materializar nem (ii) se a parte supostamente mais adequada para gerenciar o risco terá condições de fazê-lo?

Não há um elixir universal para a alocação de riscos, mas há critérios desenvolvidos para tentar alcançar a eficiência dos projetos de concessão, que partem da premissa de que se deve buscar a maximização do valor total do projeto, conforme a capacidade específica de cada contratante para influenciar ou absorver o risco (NÓBREGA, 2011a, p. 129). Maurício Portugal

⁴⁷ O DNIT possui interessante material com classificação e exemplos de matriz de risco adotadas em projetos viabilizados mediante contratação integrada, tendo em vista que, à luz da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, as contratações integradas também demandam a inclusão de matriz de riscos anexa aos ajustes celebrados. Nesse sentido, o Departamento formulou metodologia para a análise quantitativa dos riscos, isto é, para a estimativa do impacto no orçamento público do risco associado ao particular contratado (DNIT, 2013). Naturalmente, não se quer dizer que a alocação sugerida pelo DNIT seja aplicável a qualquer projeto de infraestrutura, mas apenas que pode representar um norte a seguir no processo de desenho da matriz de riscos em contratos de PPP.

Ribeiro sintetiza as diretrizes que devem ser observadas na alocação de riscos em contratos de concessão e PPP (2011, p. 80):

Em relação à matriz de riscos, a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

Denota-se, portanto, que, além de casuística, a distribuição de riscos é feita conforme parâmetros econômicos, que escapam, de certa forma, à racionalidade jurídica. Vale dizer, o operador do direito, em regra, não é treinado para a observância de critérios de natureza econômica na elaboração de instrumentos contratuais, uma vez que o ordenamento jurídico trabalha a partir do código binário “legal-ilegal”, ou “direito-não direito”, ao passo em que a economia lida com o binômio “ter-não ter”.

Há, entretanto, como já ensinava Niklas Luhmann (1996, pp. 25-26), um acoplamento estrutural entre os sistemas sociais, ou, mais precisamente, entre um dado sistema e o seu ambiente, o que não se mostra incompatível com o fechamento operacional dos sistemas acoplados. Em outras palavras, o sistema jurídico (responsável pela normatização do risco em contratos de PPP) funciona conforme seus próprios parâmetros, classificando fatos entre direito e não direito, ou legais e ilegais. Isso não impede, contudo, a relação entre o direito e os demais sistemas que compõem seu ambiente, a exemplo da economia, adotando critérios econômicos para os institutos jurídicos. O conceito de acoplamento estrutural permite, assim, que sistemas se valham de elementos de outros sistemas para viabilizar suas operações internas, sem que isso represente a ruptura do fechamento operacional (NEVES, 2005, p. 13). Isto é, ao valer-se de critérios econômicos – a maximização da eficiência – para uma atividade jurídica – a redação de cláusulas contratuais –, o Direito consagra a correlação entre os sistemas, mediante o fenômeno do acoplamento estrutural, sem que se cogite da invasão ou prevalência de um sobre o outro.

Por outro lado, segundo aponta Felix Cohen (1935, p. 815), o valor econômico de determinado mecanismo existe na medida de sua proteção legal. Ou seja, o que confere eficiência econômica à alocação de riscos em contratos de parceria público-privada é o fato de que o ordenamento jurídico permite a distribuição de riscos preventiva entre as partes, tutelando a soberania contratual, em oposição a um cenário de insegurança jurídica em que, a despeito da previsão contratual, a parte poderia pleitear ao Poder Judiciário a transformação, *a posteriori*,

da matriz de riscos inicialmente fixada, de forma a se eximir da responsabilidade pelo gerenciamento do risco. Obviamente, não se está a negar o princípio constitucional do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), que assegura a qualquer interessado a possibilidade de recorrer às cortes para buscar a efetivação de direito de que julga ser titular. O que se afirma é apenas o reconhecimento de que, em verdade, a eficiência econômica na alocação contratual de riscos apenas existe na medida em que o Direito, por seus próprios fundamentos – no caso, a autoridade legal dos contratos – consagra o respeito às cláusulas contratualmente estabelecidas pelas partes.

Emerge, no ponto, a necessidade de se assegurar que contratos administrativos de concessão ou parceria público-privada sejam elaborados a partir de abordagem multidisciplinar. Em outros termos, partindo-se da premissa de que deve ser garantida a autoridade da matriz de riscos – seja em razão da previsão legal que determina a necessidade de distribuição de riscos nas PPP, seja porque o acoplamento estrutural dos sistemas autoriza a interação entre o sistema jurídico e o econômico –, é importante que a distribuição destes riscos seja feita da forma mais adequada possível, para se ampliar a eficiência dos projetos. Não por outra razão, os projetos e estudos prévios à implantação de concessões e parcerias público-privadas demandam a análise do empreendimento sob o olhar da engenharia, economia e direito, contemplando a modelagem técnica, jurídica e econômico-financeira da parceria.

Uma matriz de riscos bem pensada, portanto, é a consagração dos três prismas que compõem os projetos de infraestrutura: a engenharia, porque o aspecto operacional do projeto determina muitos dos riscos a que se sujeita a concessão; a economia, porque, como visto, a alocação de riscos busca maximizar o valor do projeto e ampliar a sua eficiência; o direito, porque há riscos cuja alocação é feita por lei, não cabendo ao contrato derrogar tais previsões⁴⁸.

A eficiência, em que pese tenha raiz econômica, foi também positivada pelo ordenamento jurídico. Com efeito, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, consagra o princípio da eficiência como diretriz a ser observada pela Administração Pública em todas as esferas de poder. Quis o constituinte derivado, portanto, que o Poder Público pautasse sua atuação não apenas pela estrita legalidade, mas também vislumbrasse em sua atividade um meio para a consecução de resultados favoráveis à coletividade.

A inserção do referido princípio como cláusula constitucional expressa vem alinhada ao movimento de Reforma do Estado ocorrido a partir da década de 1990, em conjunto com

⁴⁸ Também defendendo a interdisciplinariedade do exame dos riscos, vide CARDOSO, 2015, p. 32.

iniciativas tais quais a instituição e o fortalecimento das agências reguladoras, a criação das organizações sociais e o incremento das concessões de serviços públicos. Nesse sentido, a partir de então, a Administração Pública tem almejado – nem sempre de forma exitosa, haja vista que a busca pela eficiência requer a quebra de paradigmas há décadas consolidados na atuação estatal – concentrar-se mais em resultados e menos em processos e procedimentos.⁴⁹

Flávio Garcia Cabral elucida o conteúdo do princípio, a saber (2018, p. 163):

A eficiência como diretriz a ser seguida pelo Estado representa a incorporação da feição gerencial à gestão estatal, visando uma maior racionalização administrativa, atrelada à economia de recursos e a uma otimização dos gastos realizados. Não basta mais atuar de acordo com a lei, mas deve-se agir, nos limites da legalidade, da melhor forma possível em termos de gestão de gastos e cumprimento das finalidades.

Em linhas gerais, assim, a norma constitucional impõe ao agente público, em qualquer nível de atuação, que paute sua conduta por uma análise de custo-benefício, entendido este não necessariamente como resultado financeiro positivo ao Erário, mas o proveito e o benefício da população de forma geral. Luciano Timm e Giuliano Toniolo aproximam o conceito de eficiência na Administração Pública do chamado “Ótimo de Pareto” utilizado pela ciência econômica, definindo uma gestão pública eficiente como “a que melhor gastaria os recursos, isto é, aquele gasto que não poderia alternativamente trazer maior benefício ou utilidade para a sociedade, já que não faria alguém melhor, sem prejudicar outrem” (2007, pp. 48-49).

Tomando-se como meta a maximização da eficiência contratual, foram desenvolvidos mecanismos para a distribuição de riscos em contratos de parceria público-privada. Maurício Portugal Ribeiro (2011, pp. 80-82) estabelece quatro critérios para nortear a decisão do gestor público no momento da redação da matriz de riscos (ou de sua validação, sendo o caso de projeto apresentado por intermédio de procedimento de manifestação de interesse), a saber⁵⁰:

(i) alocar o risco à parte que pode reduzir as chances de materialização do evento indesejável ou ampliar as chances de materialização do evento desejável ao menor custo – trata-se de critério com viés preventivo, que reconhece a existência de habilidades diferenciadas entre as partes para cada tipo de risco, devendo-se eleger a que possui melhores condições de prevenir ou de reforçá-lo para a distribuição. É o que ocorre, por exemplo, com o risco de atraso na

⁴⁹ À guisa de exemplo, destacam-se diversas inovações legislativas ocorridas nos últimos anos que, em maior ou menor grau, buscaram conferir eficiência à atuação administrativa. É o caso das Leis nº 10.520/2002, 12.462/2011 e 13.303/2016, que flexibilizaram regras burocráticas das licitações públicas; da previsão constitucional da possibilidade da perda do cargo por servidor público reprovado em avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998); da dispensa de recurso ou de propositura de execuções fiscais quando o valor discutido está abaixo de limite fixado pela Administração, conforme ato próprio de cada ente federativo.

⁵⁰ No mesmo sentido: GUIMARÃES, 2015.

disponibilidade do serviço, preferencialmente atribuível ao parceiro privado, na medida em que, por estar encarregado da construção da infraestrutura necessária à operação, possui melhores condições de evitar a ocorrência do atraso.

(ii) alocar o risco à parte com as melhores condições de mitigar as consequências do risco – nesse caso, sendo irrelevante ou inadequado aferir-se a capacidade de prevenção de um dado evento, o critério adotado possui caráter repressivo, determinando a alocação do risco à parte que melhor puder gerenciar ou mitigar seus prejuízos. Exemplo da aplicação do critério é a alocação do risco de acidentes em rodovias concedidas ao parceiro privado, que tem as melhores condições não só de prevenir os acidentes (a partir da manutenção de boas condições de trafegabilidade e sinalização), mas de gerenciá-los, pois, por estar na linha de frente da operação do empreendimento, poderá prestar os auxílios necessários à retomada do adequado funcionamento da rodovia com mais brevidade.

(iii) alocar o risco à parte com as menores possibilidades de transferir a terceiros o custo decorrente da materialização do risco – parte-se aqui da premissa de que, se o agente puder facilmente transferir os custos a terceiros, não lhe restarão incentivos para prevenir e/ou remediar a ocorrência do evento. Surge aqui uma questão de ordem prática: a Administração Pública, por essência, transfere seus riscos a terceiros, mediante a cobrança de tributos dos contribuintes para financiar sua atividade⁵¹; desse modo, de acordo com o critério em referência, haveria uma tendência a se priorizar a alocação de riscos ao parceiro privado. De outra banda, caso o parceiro privado seja obrigado a assumir riscos sobre os quais não possui qualquer controle, haverá uma tendência à contratação de seguros, com a inclusão do valor do prêmio na proposta, ou à inserção do custo referente ao risco no preço ofertado à Administração.

(iv) alocar o risco ao parceiro público, na ausência de mercado securitário ou na hipótese de seus valores serem proibitivos – trata-se de critério conexo ao anterior, uma vez que, havendo disponibilidade do mercado securitário, a distribuição do risco ao parceiro privado será repartida com a coletividade, mediante o repasse do valor do prêmio à proposta ofertada no certame. Por outro lado, não se mostrando viável ou possível a contratação de seguro, impor tal risco ao particular acabaria por majorar o valor da proposta – porque este custo seria precificado pelo parceiro privado –, independentemente de vir o risco a se materializar ou não.

⁵¹ Marcos Nóbrega (2010b, pp. 9-10) pondera que, caso a firma encarregada da operação da parceria seja suficientemente grande, poderá também diluir o risco entre seus diversos acionistas. No entanto, alocá-lo ao parceiro público traz consigo a característica da coercitividade, uma vez que os tributos – utilizados, em última análise, para financiar o risco alocado ao parceiro público – são cobrados de forma coercitiva pelo Estado.

Em suma, portanto, a alocação de riscos à parte que detém melhores condições de evitá-los ou de mitigar as suas consequências não apenas gera incentivos, mas também coíbe condutas oportunistas que poderiam vir a ser adotadas caso as partes não ficassem sujeitas aos riscos subjacentes à sua atividade (GUIMARÃES, 2015, p. 244). Analogamente, é o caso do motorista que, por haver contratado seguro para o seu veículo, passa a dirigir de forma mais imprudente – tal qual a contratação do seguro pode promover a adoção de condutas oportunistas, a alocação ao parceiro público de um risco que, pela lógica econômica, deveria ser alocado ao parceiro privado pode incentivar o particular a não adotar qualquer medida para evitar a ocorrência do evento danoso, já que será compensado pelo poder público caso isto venha a ocorrer.

À luz dos critérios acima especificados, e apenas a título exemplificativo – mesmo porque, consoante detalhado, a distribuição de riscos é sempre uma análise casuística –, imaginando-se um contrato de parceria público-privada para a construção e operação de arena desportiva, sugere-se que a alocação do risco de demanda seja feita ao parceiro privado, porque detém incentivos para ampliar o público do local, com a disponibilização de diversos eventos, capazes de maximizar sua renda. Nesse sentido, a alocação do risco ao parceiro público retira do particular quaisquer incentivos que possua para aumentar a demanda, já que o custo para a operação da arena é proporcional ao público e, sendo do Estado a responsabilidade pelo risco, o parceiro privado seria recompensado mesmo sem ter quaisquer custos com a operação do empreendimento. Pode-se, por outro lado, ainda quanto ao risco de demanda, encontrar uma solução intermediária, de compartilhamento do risco entre as partes contratantes – nessa hipótese, é possível que o contrato estabeleça uma demanda mínima que deva ser assegurada pelo Poder Público ou, ainda, a previsão de que o parceiro privado suportará variações na demanda até um determinado percentual, cabendo ao parceiro público o risco caso o limite seja ultrapassado.

Por sua vez, imaginando-se o caso de um projeto de parceria público-privada para a construção e operação de linha de metrô, é razoável que o risco de competição (isto é, de o parceiro privado perder rentabilidade pela redução da demanda estimada, em razão de competição com outros serviços equivalentes) seja alocado ao parceiro público, quando a competição se dê, por exemplo, com linhas de ônibus operadas por outro concessionário, uma vez que é o parceiro público, na condição de ente político responsável pela gestão do serviço de transporte, o encarregado pela definição das linhas e trajetos de transporte público, não possuindo o particular qualquer ingerência sobre tal definição (essencialmente, um ato de ordem política). Por outro lado, caso se tratasse de uma arena desportiva também utilizada para eventos, cuja competição fosse travada com centro de convenções privado, pode ser interessante

a alocação do risco de competição ao parceiro privado, que deterá incentivos para ampliar a qualidade do serviço prestado e, por conseguinte, maximizar sua demanda.

Pode-se vislumbrar, ainda, o risco quanto à durabilidade e qualidade dos materiais empregados em uma obra, preferencialmente distribuído ao parceiro privado, uma vez que possuirá incentivos para empregar insumos de maior qualidade ou, conforme o caso, optar por insumos de menor qualidade, porém investir em manutenção. Trata-se de decisão estratégica do parceiro privado, responsável pela prestação do serviço conforme os indicadores de qualidade estabelecidos pelo instrumento contratual, de sorte que a alocação deste risco ao particular confere-lhe estímulo para buscar a maximização da eficiência do serviço.⁵²

Registra Marcos Nóbrega (2010b, p. 5) ser inevitável a ocorrência de *trade offs* – isto é, conflitos de escolhas – na alocação de riscos em contratos de parceria público privada. Sem embargo, a cautela na análise das condições do serviço concedido à iniciativa privada e na adoção dos critérios de distribuição de riscos se coaduna com a busca pela eficiência da contratação, objetivo central da delegação de serviços à iniciativa privada. Depreende-se, assim, ser de suma importância uma distribuição de riscos justificada, pautada por critérios de eficiência e, na medida do possível, até o limite da aceitabilidade dos custos de transação, completa, de forma a permitir às partes, durante todo o curso da execução contratual, agir conforme incentivos para a redução dos fatores de risco, o que, em essência, beneficia toda a coletividade destinatária do serviço delegado.

⁵² Para um exemplo detalhado de matriz de riscos, contendo fatores de mitigação e alocação preferencial, recomenda-se a leitura de RIBEIRO, 2011, pp. 85-97.

4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 BREVE ANÁLISE DAS FORMAS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PREVISTAS NA LEI N° 11.079/2004

Tão importante quanto uma matriz de riscos bem estruturada e adequada às particularidades do contrato e do objeto da concessão é a previsão contratual de medidas mitigadoras dos riscos contratualmente estabelecidos. Considerando serem os riscos, ao menos em parte, inevitáveis, é essencial que a avença contemple instrumentos para que, caso ocorram eventos indesejados que impactem na execução do contrato, as partes consigam atenuar as suas consequências. Mitigar riscos, portanto, consiste em abrandar os seus impactos na execução do contrato, permitindo que o objeto da concessão continue a ser executado, com o menor grau de interferência possível quanto às condições inicialmente pactuadas.

Mas qual a relação do assunto com a temática do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP? Essencialmente, as medidas mitigadoras de riscos buscam evitar ou amortecer as consequências da materialização do evento indesejado, de sorte a reduzir sua influência sobre a equação econômico-financeira do contrato. Assim, adotadas as medidas mitigadoras – que, da mesma forma como a distribuição de riscos, deverão estar adequadamente previstas no instrumento contratual –, menor será o impacto da concretização do risco e, consequentemente, menor o desencaixe econômico-financeiro dela decorrente. Desse modo, verificar a adoção das medidas mitigadoras para um determinado risco contratualmente alocado é o primeiro passo no processo de reequilíbrio da avença.

Considerando tratar-se o objeto de análise do presente estudo o impacto dos riscos no contrato de parceria público-privada e, ademais, o tratamento conferido pelos tribunais de contas à alocação previamente fixada pelas partes contratantes, uma análise aprofundada das medidas mitigadoras dos riscos é despicienda, uma vez que importa mais o exame da situação em que o risco causa impacto do que os casos em que as medidas de mitigação são capazes de afastá-lo. De qualquer sorte, a Lei nº 11.079/2004 prescreve algumas medidas mitigadoras em contratos de PPP, as quais são dignas de nota, na medida em que integram a regulamentação legal quanto aos riscos nos contratos desta natureza.

Julga-se que a mais relevante forma de mitigar riscos de inadimplemento do contrato de PPP é a previsão legal de garantias ao pagamento da contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público. Nesse sentido, o art. 8º da Lei nº 11.079/2004 estabelece que o montante devido

pelo parceiro público poderá ser garantido mediante (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro garantia com seguradoras não controladas pelo Poder Público; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Conquanto o texto legal aluda à possibilidade de se instituir garantias à contraprestação pública, é essencial que estas, de fato, sejam contempladas pelo contrato de parceria público-privada, uma vez que, do contrário, faltarão incentivos para atrair a iniciativa privada para o projeto. Garantir o pagamento da remuneração devida ao parceiro privado, assim, reduz o risco de inadimplência do Poder Público e confere segurança ao empreendimento. Trata-se de capítulo essencial do contrato de parceria público-privada, sobretudo ao se considerar que os investimentos associados são de altíssima monta e que, salvo a possibilidade de realização de aportes pelo Poder Público, o particular não recebe quaisquer valores da Administração antes da disponibilização do serviço (art. 7º da Lei nº 11.079/2004), de modo que já se parte de um alto desencaixe financeiro entre despesas e receitas do concessionário, o que apenas se agravaría em caso de inadimplência do concedente.

A previsão de garantias ao pagamento da contraprestação pública, ademais, é medida mitigadora do risco político que incide sobre as parcerias público-privadas, haja vista que contratos desta natureza são celebrados por prazo de até trinta e cinco anos e, portanto, acompanham mudanças de governo, instabilidades políticas e econômicas e, eventualmente, ausências de disponibilidade orçamentária do Poder Público. A existência de um sistema de garantias, assim, é imperiosa para assegurar a continuidade do serviço concedido. Segundo Mariana Quaresma Mendonça Teixeira (2007, p. 67), no que tange aos riscos políticos, a independência das agências reguladoras é crucial também para a mitigação de suas consequências. De fato, a autonomia orçamentária e a independência dos dirigentes – embora se saiba mesmo assim não estarem imunes ao risco de captura – contribuem para a redução da interferência política no objeto das concessões.

Mecanismo interessante para esta finalidade é a instituição de um fundo garantidor, a exemplo do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, cuja criação foi autorizada, em âmbito federal, pela Lei nº 11.079/2004, além de tantos outros em nível estadual ou municipal. Mediante a instituição do fundo, o ente público destaca parte de seu patrimônio, a exemplo de imóveis desafetados, que servirá para assegurar o pagamento da contraprestação pecuniária do Poder Público em caso de inadimplemento. Outro mecanismo comumente utilizado em

contratos de parceria público-privada para a gestão do parque de iluminação pública municipal ou de destinação final de resíduos sólidos é a vinculação de receitas tributárias – mais especificamente, as receitas oriundas da Contribuição para o Custo do Serviço de Iluminação Pública e da taxa de limpeza urbana e destinação final de resíduos, que eventualmente tenham sido instituídas pelo Poder Público nas localidades onde haverá a delegação do serviço à iniciativa privada.

É importante registrar, no ponto, que a Constituição Federal veda, em seu art. 167, IV, a vinculação de receita de impostos a despesa específica, sendo possível, *a contrario sensu*, a vinculação de outras espécies tributárias. Nessas hipóteses, o projeto de PPP se mostrará bastante atrativo, uma vez que, pela compulsoriedade dos tributos – possuindo o Poder Público, inclusive, a prerrogativa de cobrá-los mediante execução fiscal –, reduz-se o risco de que o parceiro público não disponha dos recursos suficientes para assegurar o pagamento de sua contraprestação.

A Lei de PPP exige, ademais, que o objeto da parceria seja gerido não pela licitante vencedora do certame, mas por uma sociedade de propósito específico (SPE), criada precisamente para a operação da concessão. É possível, inclusive, que o edital preveja a obrigatoriedade de o parceiro público integrar a composição societária da SPE, concretizando efetivamente o intuito de “parceria” da modalidade contratual. Com isso, quis o legislador mitigar o risco de interferências oriundas da pessoa jurídica controladora – a vencedora do certame – sobre o objeto da PPP. Nesse sentido, não se fazendo necessária uma SPE, aumentaria o risco de que dificuldades financeiras da controladora, como as decorrentes de falta de pagamento de parceiros ou de condenações judiciais, afetassem o adequado cumprimento do objeto da PPP, de sorte que a instituição de uma pessoa jurídica específica segregá o parceiro privado de sua controladora não apenas jurídica e contabilmente, mas também no que toca à distribuição de riscos.

Previu o legislador, ainda, a possibilidade de que o contrato de parceria público-privada conte com mecanismos alternativos de resolução de disputas, a exemplo da arbitragem, deslocando eventuais discussões acerca do objeto contratual do Poder Judiciário para um juiz ou tribunal arbitral. Trata-se de previsão discricionária, isto é, que deverá ser avaliada pelo gestor público no momento de redação do instrumento contratual. De qualquer sorte, caso se opte pela arbitragem, há uma tendência de redução dos riscos inerentes à ocorrência de um conflito entre as partes. Em primeiro lugar porque, embora a arbitragem tenha custos mais altos que o Poder Judiciário (no que se refere aos honorários do árbitro em comparação aos custos para se ingressar com uma ação judicial), as demandas costumam ser resolvidas de forma mais

célere, reduzindo os custos de transação decorrentes do longo tempo de tramitação do processo, além do custo de oportunidade caso se pleiteie uma indenização, na medida em que o dinheiro ficará “retido” até que ocorra o trânsito em julgado da lide, impedindo o beneficiário de aplicá-lo em outras finalidades mais rentáveis. É possível supor, ainda, que a previsão de cláusula arbitral no contrato de PPP, diante do custo direto envolvido para o procedimento de arbitragem, incentive as partes a buscarem solução consensual, pondo fim à controvérsia com maior brevidade.

Deve-se mencionar, ainda, a exigência da Lei nº 11.079/2004 de que o parceiro privado preste garantias de execução – muitas vezes disponibilizadas no mercado securitário –, o que contribui para mitigar o risco de atrasos e interrupções na prestação do serviço delegado, em prejuízo da coletividade destinatária do serviço. Sem embargo, Luiz Ferreira Xavier Borges e Cesar das Neves (2005, p. 87) apontam ainda ser incipiente o segmento no país, o que contribui para encarecer o custo das operações:

Também é importante a existência de um mercado de seguros sofisticado e complexo para mitigação de riscos. Como o mercado brasileiro de produtos securitários é estreito, as apólices são transacionadas caso a caso, encarecendo as operações, o que torna necessário uma negociação com as seguradoras para desenvolver produtos com a finalidade de mitigar os riscos já encontrados em *project finance*. Os mercados de capitais e de seguros são dois fatores de mitigação de riscos que devem, ainda, ser desenvolvidos no Brasil.

Denota-se, assim, existirem custos de transação na operação das concessionárias com o mercado securitário, de sorte a se demandar uma análise de custo-benefício quando da elaboração do contrato de parceria público-privada. Sendo a contratação de seguro muito custosa ao particular, este risco será provavelmente precificado em sua proposta, obrigando o Poder Público a custeá-lo independentemente de sua materialização. Nesse sentido, far-se-á necessária uma ponderação a fim de avaliar se é viável a assunção, pelo Poder Público, do respectivo risco, de modo a que o contribuinte apenas arque com o valor dele decorrente em caso de concretização do evento. Por outro lado, sendo acessível a contratação do seguro, e/ou caso o particular detenha as melhores condições para evitar ou mitigar a ocorrência do risco, julga-se ser mais eficiente a sua responsabilização pelo risco em referência.

Registre-se, por fim, não haver impeditivos para que, além das medidas de mitigação contempladas pelo texto legal, o contrato de PPP preveja métodos adicionais, adaptados à realidade do seu objeto, destinados a reduzir a probabilidade de ocorrência dos riscos ou o seu impacto sobre a concessão. O gestor público, no momento da redação da minuta contratual, é quem detém as melhores condições de avaliar o contexto em que serão prestados os serviços

objeto da parceria e, nesse cenário, apontar as medidas mitigadoras mais adequadas ao caso concreto, sem amarras previamente conferidas pelo legislador.

4.2 A RELAÇÃO ENTRE A MATRIZ DE RISCOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

O estudo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é complementar à análise do risco e de sua influência nestes ajustes. São duas faces da mesma moeda e, como tais, merecem ser abordadas em conjunto. Assim, compreender a repercussão do risco nos contratos de parceria público-privada apenas pode se dar de maneira adequada quando associada ao aprofundamento na matéria do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que ambos devem necessariamente caminhar em paralelo.

Não se pode olvidar, no que toca à equação econômico-financeira dos contratos administrativos em geral, e especialmente nas parcerias público-privadas (dado o alto risco dos investimentos ali alocados), que o particular que opta em contratar com a Administração Pública tem intuito essencialmente patrimonial⁵³, de modo que, não lhe sendo asseguradas garantias mínimas, restará comprometida a competitividade e a atratividade dos processos licitatórios. Vale dizer, o contrato administrativo já é, por regra, desequilibrado em favor do Poder Público, que goza de prerrogativas ausentes nas contratações privadas⁵⁴; assim, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é essencial para que os particulares mantenham o interesse em contratar com a Administração e, por conseguinte, para que sejam atraídas para os certames pessoas jurídicas experientes e qualificadas e dispostas a oferecer à Administração a proposta mais vantajosa, isto é, prestar serviços com a qualidade e o custo esperados.

Tradicionalmente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é associado ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual as licitações públicas assegurarão a manutenção das “condições efetivas da proposta”. A noção de equilíbrio

⁵³ Diz-se “essencialmente” e não “exclusivamente” porque há casos em que o particular participa de licitações com o objetivo de alcançar fatia e exposição no mercado ou, ainda, de obter atestado de capacidade técnica para serviços ou projetos futuros, de sorte que, naquele contrato específico, ainda que possa vir a auferir lucro (e normalmente auffere), o intuito principal e imediato do contrato não é patrimonial.

⁵⁴ Convenciona-se que o contrato administrativo é dotado de cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado. Ou seja, como os contratos administrativos buscam concretizar o interesse público, a Administração possui prerrogativas ausentes nos contratos celebrados sob a égide do direito privado. Entre tais prerrogativas, se destacam o poder de rescisão unilateral do contrato, o poder de aplicação de penalidades, a inaplicabilidade da teoria da exceção do contrato não cumprido (ou melhor, a sua aplicação de forma mitigada) e o poder de alteração unilateral do ajuste. Tais poderes conferidos à Administração Pública resultam em uma relação contratual desequilibrada em favor do ente público.

contratual é, assim, equiparada a uma balança ou equação, reforçando o caráter sinalagmático do contrato administrativo: a um plexo de obrigações fixadas contratualmente corresponderá uma contraprestação, também estabelecida no instrumento. Diz-se que o contrato está equilibrado, portanto, quando, durante sua execução, consegue-se manter a relação fixada inicialmente entre os encargos da parte contratada e as receitas por ela auferidas. Não estando restrito aos contratos públicos, o equilíbrio econômico-financeiro funda-se em ideal de justiça comutativa, aplicável a qualquer tipo de contrato (DI PIETRO, 1994, p. 18).

Nesse sentido, conforme já anteriormente exposto, o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 consagra a previsão de que é devido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento”, nos casos de fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, caso fortuito, força maior, fato do princípio ou álea econômica extraordinária e extracontratual. Há, portanto, uma relação traçada pelo legislador entre álea e equilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 8.666/1993 e, ademais, uma consagração legal da equivalência entre receita e despesa nas avenças firmadas sob o manto do diploma. Dito de outro modo, sob a égide da Lei Geral de Licitações, o valor inicial do contrato – oriundo da proposta vencedora do certame – é utilizado como parâmetro durante toda a sua execução, devendo ser recomposto em caso de alteração contratual ou de fatos imprevisíveis que afetem a prestação dos serviços.

Precisamente por esse motivo, a Lei nº 8.666/1993 prevê serem cláusulas obrigatórias do contrato administrativo as que fixem preço, condições de pagamento e critérios de reajuste (art. 55, III), além da especificação do crédito orçamentário pelo qual correrá a despesa decorrente da avença (art. 55, V). A partir da relação pactuada inicialmente entre as partes, assim, será fixada a equação econômico-financeira do contrato, a qual deverá ser assegurada durante toda a sua execução. Havendo, todavia, fato superveniente que descompasse a relação entre encargos e receitas, deverá sobrevir aditivo contratual para recompor a equação, com o fulcro de assegurar o respeito à relação estabelecida quando da assinatura da avença. Desse modo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo celebrado sob a égide da Lei nº 8.666/1993 volta-se sempre para o passado.

Nos contratos administrativos de longo prazo, entretanto, a lógica não é integralmente aplicável, isto é, sua inerente complexidade não permite reduzir o equilíbrio econômico-financeiro a uma simples equivalência entre receitas do contratado e encargos por ele assumidos. Disso decorre que o art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993 não se aplica, em regra,

aos contratos de concessão comum e parceria público-privada, que possuem sua própria sistemática quanto ao equilíbrio econômico-financeiro.

No que toca à inaplicabilidade da teoria tradicional do equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de longo prazo, dada a sua mutabilidade ao longo do tempo, defende Alexandre Santos de Aragão (2013, pp. 56-57) que os contratos administrativos sejam vistos como processos, adaptáveis conforme a experiência em sua execução. Isto é, para avenças desta natureza, não mais é possível se aplicar a clássica teoria das áleas para fins de reequilíbrio contratual, sendo mandatória a revisão dos paradigmas para o fim de admitir por pressuposta a mutabilidade dos contratos.

Egon Bockmann Moreira (2017, pp. 82-86) detalha quatro razões para que o art. 65, II, alínea “d”, da Lei de Licitações não se coadune com os contratos de longo prazo: em primeiro lugar, porque a Lei nº 8.666/1993 traz normas gerais de licitações e contratos, funcionando as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004 como normas especiais. Pelo critério da especialidade aplicado às antinomias jurídicas, assim, as disposições gerais da Lei nº 8.666/1993 não se aplicam às concessões e parcerias público-privadas, no que houver norma específica a disciplinar.

Em segundo lugar, porque a sistemática e o regime jurídico de financiamento dos contratos de longo prazo divergem daqueles estabelecidos pela Lei Geral de Licitações, uma vez que o concessionário/parceiro privado necessita realizar o aporte inicial, captar recursos, realizar investimentos periódicos em marcos contratuais pré-definidos etc. Daí a se dizer que há, ao longo do contrato, um fluxo não linear de receitas e despesas, voltando-se os contratos de concessão e PPP para o futuro.

A terceira razão para a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 aos contratos de longo prazo é o fato de que a receita da concessionária não é composta por uma só tarifa, estável no tempo e no espaço, mas por estruturas que variam conforme a faixa etária ou a categoria do usuário, o dia da semana, a categoria do veículo utilizado, no caso de concessões rodoviárias, por exemplo, e tantas outras variáveis que impedem a fixação de um montante único de remuneração, capaz de funcionar como o marco inicial do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, ainda conforme o autor, a última razão que impede a aplicação da Lei nº 8.666/1993 à espécie é o fato de inexistir uma relação adversarial entre contratante e contratado, de sorte que o equilíbrio econômico-financeiro não privilegia uma parte em detrimento da outra mas, em verdade, destina-se a assegurar a adequada prestação do serviço concedido. Há, assim, uma inadequação da figura da balança de dois pratos opostos, uma vez que são múltiplos os

interesses envolvidos no equilíbrio do contrato de longo prazo: Administração Pública, particular, usuário, financiadores, demais contratados para a execução da obra, entre outros.⁵⁵

Resta evidente, assim, a particularidade dos contratos administrativos de longo prazo no que toca ao seu equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que, de um lado, estão sujeitos a diversas intempéries em razão de sua vigência prolongada e, de outro, possuem natureza complexa, envolvendo diversos interesses (acionistas, investidores, usuários, concedente, fiscalizadores, agências reguladoras, entre outros), demandando altos investimentos e se sujeitando a riscos de múltiplas naturezas. Nesse sentido, não há como se definir o equilíbrio destas avenças em razão de uma equação imutável, com apenas duas variáveis (receitas e despesas). A equação econômico-financeira de um contrato de concessão ou parceria público-privada, portanto, envolve diversas variáveis, como custos diretos e indiretos, investimentos próprios e de terceiros financiadores, amortizações de bens e capital e precificação de riscos, de sorte a não ser possível reduzi-la a uma simples relação de equivalência fixa entre receitas e despesas calculadas quando da celebração do ajuste. Se os contratos de longo prazo são, por natureza, instáveis e mutáveis, como admitir que o seu equilíbrio se reporte sempre ao momento de sua assinatura, quando se sabe que as condições de execução mudam ao longo do tempo?

Nesse contexto, para solucionar a questão, verifica-se que as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004 associam o equilíbrio econômico-financeiro ao cumprimento da matriz de riscos contratual, evidenciando não se tratar de uma análise estática, voltada ao momento inicial de celebração do ajuste, mas um monitoramento contínuo da manutenção do equilíbrio contratual. O art. 10 da Lei Geral de Concessões, assim, prevê expressamente que se considera mantido o equilíbrio da avença quando atendidas as condições do contrato, isto é, assegurado o cumprimento do conjunto de obrigações contratuais fixadas à concessionária, de acordo com a matriz de riscos estabelecida, não há que se falar em desequilíbrio da avença. A Lei nº 11.079/2004, em que pese não faça alusão expressa ao equilíbrio do contrato de parceria público-privada, é enfática quanto à obrigatoriedade de disciplina extensa dos riscos contratuais, transformando a relação dos contratos administrativos com o equilíbrio econômico-financeiro.

Com efeito, a necessidade de previsão de uma matriz de riscos adequada, sobretudo nos contratos de longo prazo, é corolário da garantia do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

⁵⁵ Maria Adelaide Campos de França traz à luz a constatação de que o manutenção de uma relação equilibrada do ponto de vista econômico-financeiro não interessa só ao particular, mas também ao Poder Público, uma vez que o desbalanceamento contratual pode prejudicar a eficiência e a qualidade do serviço concedido, frustrando o interesse público da contratação (2011, p. 138).

Vale dizer, o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contrato de parceria público-privada tem como ponto de partida a análise da matriz de riscos estabelecida no ajuste: se o risco que causou o evento gravoso a uma das partes tiver sido alocado à parte contrária, caberá reequilibrar a avença, de sorte a recompensar as perdas sofridas em razão da ocorrência do risco. Por outro lado, caso o risco seja de incumbência da parte que sofreu o prejuízo, não caberá falar em reequilíbrio contratual. Fernando Vernalha Guimarães estabelece, nesse prisma, que, nos contratos de concessão e PPP, “a tutela da equação econômico-financeira se resume à tutela ao cumprimento da matriz de riscos do contrato, reduzindo-se sobremaneira o espaço para a tutela dos riscos extracontratuais” (2017a, p. 90)⁵⁶.

Importante destacar, desde já, que, segundo aponta Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 105), são três as funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro:

- a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, *v.g.*, aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, ex: mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.

Resta evidente que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP tem por função assegurar o cumprimento da matriz de riscos contratual, mas não está a ela limitado. Com efeito, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é também proteção conferida ao particular em face do poder de que dispõe a Administração Pública de alterar unilateralmente o contrato administrativo, cuja força é ainda maior em contratos de prazo mais alargado. É certo, de um lado, que as alterações contratuais emergem para assegurar o interesse público da contratação, que pode se alterar ao longo do prazo da avença – e contra o qual não cabe qualquer insurgência do concessionário. Por outro lado, não pode o contratado ficar à mercê da instabilidade do comportamento da Administração Pública, de sorte que o equilíbrio econômico-financeiro funciona como pacificador em face da possibilidade latente de alteração unilateral do ajuste.

Não se trata, com isso, de invalidar a previsão do art. 37, XXI, da Constituição Federal – mesmo porque, obviamente, uma norma infraconstitucional como a Lei de Concessões ou a Lei de PPP jamais poderia fazê-lo –, e sim de reinterpretar o alcance da expressão “manutenção das condições efetivas da proposta”, contida no texto normativo constitucional. Perceba-se, de

⁵⁶ De igual sorte, vide FORTINI, PIRES, 2015.

antemão, que o dispositivo não assegura ao particular o direito ao recebimento de um montante pré-fixado de lucro decorrente do contrato administrativo, mas apenas o respeito às condições estabelecidas inicialmente, na fase do certame, no que toca às obrigações das partes contratante e contratada. O lucro, sob esta perspectiva, não é obrigação contratual da Administração Pública para com o particular, mas, a outro modo, a contrapartida obtida pela assunção de riscos e pela eficiência contratual. Nesse prisma, Marçal Justen Filho defende que, quanto maior o risco assumido, maior é a perspectiva do lucro a ser auferido, de sorte a falar-se não em uma garantia do Poder Público à obtenção de lucro pelo particular, mas apenas de uma garantia à possibilidade de conquistá-lo (JUSTEN FILHO, 2017, p. 411).

Associar risco a lucro, desse modo, é incompatível com a própria essência dos conceitos. Se o risco consiste, por definição, em um evento incerto, e se o contrato administrativo não existe sem risco, como considerar que o particular contratado irá possuir garantia de lucro? Caso um determinado risco, alocado ao parceiro privado, venha a se materializar, é razoável supor que a sua margem de lucro irá ser reduzida, uma vez que não lhe será devida qualquer compensação. Demais disso, a obtenção de lucro também se relaciona com a eficiência obtida pelo contratado: tanto nas concessões quanto nas PPP, o particular possui liberdade de gestão para, respeitando as premissas contratuais e os indicadores de qualidade do serviço fixados previamente pela Administração Pública, adotar os métodos de execução que entenda mais adequados para a operação do objeto da concessão. Nas parcerias público-privadas, inclusive, existe dispositivo expresso de lei que permite o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho do parceiro privado (art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei nº 11.079/2004), e é salutar que os instrumentos contratuais assim sejam elaborados, porque conferem incentivos ao incremento da qualidade do serviço delegado ao particular.

Não faz sentido, portanto, compreender o art. 37, XXI, da Constituição Federal como uma garantia de percentual de lucro mínimo ao contratado pela Administração Pública, em especial nos contratos de longo prazo, que funcionam conforme metas de eficiência e a partir de uma matriz de riscos previamente elaborada. O que deve assegurar o ordenamento jurídico – como, de fato, já assegura – é a garantia de que a Administração Pública contratante irá respeitar as condições fixadas na proposta vencedora do certame, compreendendo a correlação entre obrigações assumidas e retribuição devida e compensando o particular pela eventual materialização de riscos que não sejam de sua alçada.

Nas parcerias público-privadas, em decorrência das questões levantadas, há uma superação da tradicional teoria das áleas, passando a relação contratual a ser regida pela matriz de riscos estabelecida pelo contrato. Nos contratos de longo prazo, assim, a garantia do

equilíbrio econômico-financeiro surge como instrumento para remediar as consequências da ação do tempo sobre as partes (RIBEIRO, PRADO, 2010, p. 118). Para Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, tal garantia é viabilizada, nos contratos de PPP, através de dois mecanismos: o primeiro, a já mencionada obrigatoriedade de resarcimento das consequências da concretização de risco atribuído a uma parte e suportado pela outra (*compensation events*); o segundo, por sua vez, assegura o reequilíbrio quando da modificação de cláusulas contratuais pela Administração Pública (2010, pp. 118-119).

Sem embargo da necessidade de se alcançar, na medida do cognitiva e financeiramente possível, a completude da matriz de riscos contratual, é certo que sempre haverá margem para riscos extracontratuais, isto é, não previstos no instrumento celebrado entre parceiro público e parceiro privado. Como se viu, isso se deve a fatores como racionalidade limitada, custos de transação e, ainda, à própria complexidade social, que impede ao ser humano antever a integralidade dos riscos capazes de atingir a avença em todo o seu horizonte. Nesses casos, em que se mostrará inevitável o deslocamento da discussão para o Poder Judiciário, pode-se recorrer à tradicional teoria das áleas, consagrada pelo art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, que, como aponta Fernando Vernalha Guimarães (2017a, p. 99), “não parece inconciliável com o modelo concessionário”.

Em outros termos, quanto a Lei de PPP confira ênfase aos riscos contratuais, afastando a regra da Lei nº 8.666/1993 para tais situações, o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Geral de Licitações permanece válido para os casos de riscos extracontratuais, que passam a ser geridos pela Administração Pública. Mantém-se, com isso, a lógica econômica subjacente à alocação de riscos em contratos de PPP: se nem o particular, nem o Poder Público possuem meios de administrar o risco (tanto que não o previram na matriz contratual), mostra-se adequado imputar-lhe ao parceiro público, evitando que o contribuinte arque com este custo independentemente de sua materialização.

Vê-se, assim, existir íntima relação entre a matriz de riscos em contratos de parceria público-privada e o equilíbrio econômico-financeiro de contratos desta natureza. Incumbe compreender, adiante, como se dá a sua recomposição em caso de evento que atinja a equação contratual.

4.3 FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Ocorrendo, no mundo dos fatos, situação que enseje o desequilíbrio contratual, e não tendo sido as medidas mitigadoras suficientes para evitar o prejuízo, caberá investigar a possibilidade de se reequilibrar a avença. O primeiro passo, portanto, é verificar se o risco estava ou não contemplado pelo instrumento, isto é, aferir se é o caso de risco contratual ou extracontratual. Tratando-se a hipótese de risco extracontratual (ressalvada a hipótese de álea ordinária), como se viu, deve este ser imputado ao Poder Público, razão pela qual, caso o risco afete o parceiro privado, este fará jus à recomposição do ajuste.

Por sua vez, caso o evento danoso decorra de risco contratual, ou seja, devidamente contemplado pela matriz de riscos, deve-se aferir se a parte impactada possuía responsabilidade pelo evento ou se, ao contrário, o risco era de incumbência da parte adversa. Assim, quando o risco alocado a uma das partes causar prejuízos à outra, surgirá o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada. A título de exemplo, pode-se imaginar a hipótese de um contrato de PPP para a implantação e operação de sistema de gerenciamento e destinação final de resíduos sólidos urbanos em que, após cinco anos de vigência do ajuste, a agência reguladora competente – no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – edita resolução estabelecendo novas diretrizes para o serviço, como a obrigatoriedade de logística reversa para determinado tipo de resíduo. Naturalmente, no exemplo trazido, a norma reguladora impactou no objeto contratual, impondo nova obrigação à concessionária. Nesse caso, se o risco regulatório/de alteração legislativa tiver sido alocado ao Poder Concedente, o parceiro privado poderá pleitear o reequilíbrio do ajuste para compensar as perdas sofridas em razão da nova imposição que lhe foi feita.

Normalmente, as situações de reequilíbrio contratual ocorrem nos casos de riscos alocados ao Poder Público que afetam o parceiro privado. Na mão inversa, sendo o caso de risco alocado ao particular, este sofrerá as suas consequências, mantendo-se inalterado o instrumento contratual. Não se pode olvidar, contudo, que a equação econômico-financeira do contrato administrativo é uma via de mão dupla, e não apenas uma garantia ao particular que contrata com a Administração⁵⁷. Desse modo, embora incomum, pode-se vislumbrar a hipótese de que o contrato seja reequilibrado em favor do parceiro público, em razão da ocorrência de situação que beneficiou o parceiro privado. É o que ocorre, por exemplo, com a superveniência de lei que minore as alíquotas de determinado tributo incidente sobre a operação em um contrato de concessão patrocinada para a operação de rodovia pedagiada. Nessa hipótese, incidirá o art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual a alteração de tributos – ressalvados os impostos

⁵⁷ Nesse sentido: ARAGÃO, 2013, p. 41.

sobre a renda⁵⁸ – implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. Não se trata, aqui, de alocar o risco de alterações tributárias ao parceiro privado, mas apenas de compreender que ele deve ser compartilhado entre os contratantes, de sorte a reduzir o valor da tarifa ou da contraprestação estatal no caso de superveniência de norma tributária que reduza a alíquota ou base de cálculo de determinado tributo.

Pode-se pensar, ainda, na hipótese de um determinado risco alocado ao parceiro privado que gere o dever de indenizar o parceiro público, sem que, contudo, isso configure reequilíbrio contratual. Suponha-se, nesse sentido, um contrato de concessão administrativa para a construção e operação dos serviços não pedagógicos de escolas da rede pública municipal, em que o risco de atraso e disponibilização da infraestrutura seja alocado ao parceiro privado. Provavelmente, o contrato de PPP trará cronograma em que consignará data para a conclusão das obras e início da operação – mesmo porque, do contrário, não haveria que se falar em risco de atraso, ante a ausência de marco previamente fixado. Caso esta data seja ultrapassada pelo particular, todos os custos adicionais decorrentes da não disponibilização da infraestrutura na data avençada incumbirão ao parceiro privado, responsável pela administração do risco. Como o pagamento da contraprestação pública só é devido após a disponibilização do serviço, não há, propriamente, o dever de recompor a equação econômico-financeira em favor da Administração; por outro lado, é possível que o evento gere o dever do particular de indenizar o parceiro público pelo atraso, caso haja, no instrumento contratual, a previsão de sanção de multa por atraso.

Impende notar, ademais, que, embora a predominância dos casos de reequilíbrio econômico-financeiro se deva a eventos danosos a uma das partes, há hipóteses em que também eventos benéficos motivam a recomposição da equação contratual. É o que ocorre, por exemplo, quando o contrato de PPP prevê a repartição do risco de demanda entre as partes contratantes e, ainda, a repartição dos benefícios auferidos conforme proporção fixada no contrato. Assim, caso a demanda supere a estimada, o ajuste deverá ser reequilibrado para refletir a divisão das receitas excedentes obtidas (RIBEIRO, 2017, p. 442).

Em suma, portanto, como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 191), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato passa por quatro etapas: em

⁵⁸ Maurício Portugal Ribeiro defende ser possível e desejável, a despeito da previsão do art. 9º, parágrafo terceiro, da Lei nº 8.987/1995 a alocação do risco de variação dos tributos sobre a renda ao Poder Público em contratos de concessão e PPP, tal qual se faz com os demais tributos. Sobre o tema, vide: RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos da Lei de PPP, 20 anos da Lei de Concessões: viabilizando a participação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico e social*. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-pps-20anos-lei-concessoes.pdf>, pp. 35-46.

primeiro lugar, a constatação da ocorrência de evento que afeta a equação originária; em seguida, a verificação da parte responsável pelo risco associado ao evento, conforme a matriz de riscos fixada contratualmente; após, passa-se a avaliar o impacto do evento; e, por fim, a adoção da medida mais adequada para a recomposição do equilíbrio contratual.

Costumeiramente, o contrato de PPP já contempla as formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sendo certo, contudo, que se trata de enumeração meramente exemplificativa, cabendo às partes convencionar, no momento da ocorrência do evento, a forma de compensação mais adequada (RIBEIRO, 2017, p. 447-448)⁵⁹. Importante perceber, ainda, que a restauração do equilíbrio econômico-financeiro da parceria não necessariamente virá na forma pecuniária, através da compensação financeira direta ou alteração do valor da tarifa, podendo ser adotada qualquer medida que, ao olhar das partes, seja capaz de compensar a perda sofrida com a ocorrência do evento negativo, a exemplo da ampliação do prazo contratual (respeitado, obviamente, o limite legal para as prorrogações), da inserção de novas receitas alternativas à concessão ou da assunção, pelo Poder Público, de parte das obrigações originalmente delegadas ao parceiro privado.

Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro lista algumas formas de compensação da concessionária (2017, p. 447):

- a) Pagamento direto de uma parte à outra;
- b) Variação do valor da tarifa;
- c) Variação do valor da contraprestação ou aporte público (ou pagamento pela outorga, se for uma concessão comum);
- d) Variação do valor dos investimentos a serem realizados pelas partes;
- e) Variação do prazo do contrato.

Além dos métodos listados pelo autor, são dignos de nota aqueles suscitados por Marcos Augusto Perez (2015, p. 338), a saber: (i) alteração do cronograma de investimentos; (ii) alteração de encargos específicos assumidos pelo concessionário ou pelo poder concedente; (iii) alteração ou compensação de obrigações pecuniárias assumidas pelo contratado; (iv) alteração de parâmetros de qualidade ou atualidade do serviço, desde que se mantenha a sua adequação; (v) autorização para a exploração de receitas alternativas ou de empreendimentos associados não contemplados inicialmente pelo contrato.

São múltiplas, como se vê, as formas de se recompor o equilíbrio contratual, não devendo o gestor público ficar restrito às hipóteses clássicas de revisão tarifária ou de

⁵⁹ A prática evidencia que os contratos de concessão costumam atribuir ao Poder Público a prerrogativa de determinar a forma de compensação mais adequada ao caso concreto.

pagamento direto ao particular, uma vez que colocam peso maior no contribuinte e no usuário. É mandatório que se analise, portanto, qual a forma de recomposição mais adequada ao caso concreto, inclusive conforme parâmetros de eficiência econômica: qual a medida capaz de recompensar adequadamente o concessionário com o menor custo para o usuário ou para o contribuinte? Se for possível, por exemplo, ampliar o prazo contratual em vez de aumentar o valor da tarifa, talvez esta alternativa se mostre mais adequada em face do dever de modicidade. Não há, contudo, uma regra ou ordem de preferência para as medidas de recomposição do equilíbrio da avença, que deverão ser avaliadas conforme a conveniência do caso concreto.

Destaque-se, demais disso, a obrigatoriedade de que o contrato de PPP preveja os critérios de atualização dos valores contratuais (art. 5º, VII), haja vista que o seu largo prazo de vigência sujeita o contratado à corrosão do valor da moeda em razão da inflação. Desse modo, independentemente da ocorrência de evento danoso, o parceiro privado fará jus, periodicamente, ao reajuste da tarifa ou da contraprestação pública, a fim de recompor as perdas patrimoniais decorrentes da perda do valor da moeda, a partir de fórmulas e índices previamente fixados no contrato.

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, pp. 128-134) mencionam as revisões e renegociações contratuais como forma de atualização de seus valores. Segundo apontam os autores, as revisões ocorrem de forma periódica e têm por fundamento critérios estabelecidos no próprio contrato ou em regulamento da agência reguladora responsável pela fiscalização do setor, com o objetivo de manter a atualidade (i) dos valores contratuais e (ii) das condições do serviço. Além das revisões periódicas, há também as revisões extraordinárias, quando da ocorrência de eventos imprevisíveis, na linha do já explanado quanto à materialização de riscos e a recomposição do equilíbrio contratual. Por sua vez, diz-se haver renegociação quando o contrato é ajustado independentemente de critérios previamente estabelecidos pelo Poder Público ou pela agência reguladora. De uma forma ou de outra, os institutos têm por objetivo adequar a relação entre encargos e receitas na concessão ou parceria público-privada, mantendo o seu equilíbrio econômico-financeiro.

4.4 A INADEQUAÇÃO DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ATRAVÉS DO MECANISMO DA TAXA INTERNA DE RETORNO

Nas parcerias público-privadas, contratos complexos tanto do ponto de vista financeiro quanto de obrigações fixadas às partes, vem a lume a figura do plano de negócios, documento técnico frequentemente exigido nas licitações como parte integrante da proposta apresentada em certames para a celebração de uma PPP, ou como condição para a assinatura do contrato de concessão com o licitante vencedor.

Maurício Portugal Ribeiro esclarece as três partes que compõem o plano de negócios nas licitações para concessões e parcerias público-privadas (2011, p. 33):

- a) a primeira, que podemos denominar de *estratégica*, na qual o participante da licitação provê informações sobre o negócio, suas características, principais riscos, custos e receitas e sobre como ele pretende se financiar e se organizar para explorá-lo;
- b) a segunda, a qual tem natureza mais *técnica*, que envolve estudo preliminar e anteprojeto, conceituação e plantas esquemáticas, cortes, elevações, perspectivas, ou equivalentes, tudo a depender evidentemente do tipo de obra, serviço ou equipamentos envolvidos na consecução do objeto da concessão;
- c) a terceira, que consubstancia *fluxo de caixa*, na qual é apresentado um conjunto de planilhas, geralmente em meio digital, preenchidas pelo participante da licitação, com base em modelos (“*templates*”) disponibilizados pelo Poder Público juntamente com o edital, das quais constam informações sobre estimativas de receitas e custos de investimento e operação ano a ano, custos financeiros, de capital próprio e de terceiros, forma de financiamento e demais premissas financeiras utilizadas pelo participante da licitação para planejamento da concessão. (grifos no original)

Assim, uma vez exigido pelo edital para a participação no certame ou como condição para a assinatura do contrato, o plano de negócios assume a função de embasar tecnicamente a proposta econômica da licitante vencedora, atuando como parâmetro para os processos de reequilíbrio econômico-financeiro porventura existentes no curso da execução da avença. Há casos, assim, em que o plano de negócios é tornado vinculante para a recomposição da equação econômico-financeira, hipóteses em que o gestor público se voltará para a taxa interna de retorno estabelecida no plano de negócios para conceder o reequilíbrio sempre que esta não estiver sendo atendida.

Segundo definição de Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 116), a taxa interna de retorno (TIR) é a medida de rentabilidade esperada do valor investido pelo parceiro privado no projeto,

obtida a partir dos custos e das receitas estimadas durante o prazo de vigência da concessão⁶⁰. Dessa forma, a TIR prevista no plano de negócios é comumente analisada pelos potenciais investidores a fim de se verificar a atratividade do empreendimento: a partir da taxa de retorno estimada, o detentor do capital avaliará se é viável investir no projeto ou se é preferível alocar os respectivos recursos em outros investimentos de maior rentabilidade e, eventualmente, de menor risco.

É o que detalha Marcos Nóbrega (2017, p. 436):

A ideia intuitiva é a seguinte: se um determinado investidor colocar o dinheiro destinado para um investimento em um banco que o remunerará a uma taxa maior do que aquela do empreendimento, não haveria nenhuma razão para fazer o investimento. Quando a taxa de juros coincide com a TIR do projeto, investir no projeto ou deixar o dinheiro no banco são equivalentes, ou seja, gerariam o mesmo lucro.

A taxa interna de retorno prevista pelo concessionário à época do certame ou da assinatura do contrato pode, no curso da execução contratual, vir a se concretizar ou não. Ficando aquela abaixo do esperado, e caso o contrato de PPP assim preveja, poderá o parceiro privado pleitear o reequilíbrio da avença para recompô-la – o que não se mostra a medida mais adequada, conforme se verá adiante. Por outro lado, é também possível que a TIR estimada pelo particular seja superada no curso da concessão, em razão de ganhos de eficiência e produtividade do concessionário na execução do contrato, na medida em que consiga gerenciar seus riscos de forma adequada. Nessa hipótese, o parceiro privado gozará dos benefícios decorrentes da ampliação de sua margem de lucro.

Distingue-se, ainda, a taxa interna de retorno do projeto – prevista no plano de negócios – da taxa interna de retorno do investidor (ou taxa interna de retorno alavancada). Como o nome indica, a taxa de retorno do investidor representa a rentabilidade do projeto para o investidor, ou seja, “a rentabilidade do projeto sobre o capital próprio daquele que investiu na concessionária” (RIBEIRO, 2011, p. 116). Isso se justifica na medida em que, normalmente, o concessionário não financia a parceria público-privada integralmente por capital próprio,

⁶⁰ De acordo com a ciência das finanças, a taxa interna de retorno é a taxa de desconto que iguala o valor presente líquido de uma oportunidade de investimentos a zero, refletindo a remuneração de capital que se obteria caso concretizado o projeto e recebidas as entradas de caixa previstas. Para que o investimento seja rentável, a TIR estimada deve ser igual ou superior ao custo de capital (MOREIRA, GUZELA, 2017, pp. 344-345). Foge ao objeto de estudo do presente trabalho a compreensão das operações matemáticas e financeiras associadas à taxa interna de retorno e a sua aplicação em projetos de PPP. Cumpre fixar, apenas, tratar-se da medida de rentabilidade esperada para o projeto, a qual pode, conforme o caso, ser utilizada como parâmetro para o seu reequilíbrio econômico-financeiro.

buscando no mercado financiadores para parcela ou para a totalidade dos investimentos necessários à concessão.

É bastante frequente que a estruturação financeira dos projetos de PPP se dê mediante financiadores externos, mormente ao se considerar o vulto dos investimentos necessários à viabilização das concessões. O capital advindo dos acionistas da sociedade de propósito específico responsável pela PPP, normalmente, possui custo maior que aquele advindo dos financiadores, uma vez que as instituições financeiras arcam apenas com o risco (e cobram por ele) de inadimplência do parceiro privado. Por outro lado, a remuneração dos acionistas – parcela do faturamento do projeto revertida para pagamento do custo do capital próprio – se dá a um custo maior, porque se sujeita a todos os riscos alocados ao concessionário, e não apenas o de inadimplemento. Assim, nas concessões, haverá entrada de receitas de empréstimos (os recursos dos investidores) e saídas correspondentes ao pagamento da dívida – principal e juros sobre o empréstimo –, de sorte que parte da rentabilidade do projeto será deslocada para adimplir a dívida junto aos financiadores e parte se reverterá em lucro para o parceiro privado.

Nas hipóteses em que o contrato de parceria público-privada contiver a previsão de que o plano de negócios será vinculante e utilizado para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a TIR será utilizada para aferir se a avença está ou não equilibrada, configurando uma garantia de rentabilidade do projeto para o particular (RIBEIRO, 2011, p. 117). Há muitas críticas, entretanto, a esta modalidade de cálculo do reequilíbrio contratual, sobretudo porque não incentiva a eficiência do parceiro privado no cumprimento de suas obrigações, haja vista que sempre terá assegurada uma rentabilidade mínima pelo Poder Público, ainda que, por improdutividade, ineficiência ou má administração, o particular concessionário não consiga atingir a TIR estimada no plano de negócios apresentado.

Nesse prisma, Fernando Vernalha Guimarães (2017a, p. 105) defende que a adoção da TIR como fator para a definição do equilíbrio contratual se choça com a garantia de estabilidade da matriz de riscos inserida na avença, porque neutraliza a variação de receitas e despesas associada à concretização de riscos. Ou seja, quando se materializa um risco alocado ao parceiro privado, é natural que a sua rentabilidade se reduza, uma vez que se verá obrigado a arcar com as consequências do evento. No entanto, adotando-se uma garantia de taxa interna de retorno, o concessionário terá suas perdas reparadas, o que funciona como um mecanismo transverso de, em verdade, alocar o respectivo risco à Administração Pública.⁶¹ Por esse motivo, Guimarães (2017a, p. 105) aponta existir uma antinomia contratual decorrente da adoção da

⁶¹ Na mesma linha: MOREIRA, GUZELA, 2017, p. 348. RIBEIRO, 2011, p. 118.

TIR como mecanismo de reequilíbrio, por se chocar potencialmente com a matriz de riscos da avença.

Com efeito, quando se fixa uma relação imutável entre o custo do investimento e o retorno estimado pelo investidor, “o empresário não tem qualquer incentivo para ser eficiente e diminuir custos – mas sim para se ‘supercapitalizar’ – e quem pagará a conta da ineficiência serão os usuários” (MOREIRA, 2017, p. 87)⁶². Por esta razão, defende-se que a TIR não seja utilizada como parâmetro para o reequilíbrio de forma indiscriminada, para que reste preservada a matriz de riscos estabelecida no contrato e, por conseguinte, a lógica econômica subjacente à distribuição prévia dos riscos.⁶³

Desse modo, afastando-se a adoção da TIR com caráter vinculante nos contratos de PPP, restará assegurado ser devido o reequilíbrio apenas nos casos em que o parceiro privado seja prejudicado por risco alocado ao Poder Público, afastando-se a garantia de uma taxa mínima de rentabilidade e passando a TIR a figurar como mero referencial.

De qualquer sorte, considerando que a definição da metodologia de recomposição da equação econômico-financeira da avença não é fixada por lei, caberá ao Poder Público e ao responsável pela modelagem financeira do negócio adotar a solução mais adequada ao caso concreto, sendo certo, em qualquer caso, que não se deve subverter a lógica fixada na matriz de riscos, responsável pelo ponto de partida do sistema de equilíbrio contratual.

⁶² Em igual sentido: GUIMARÃES, 2017a, p. 105.

⁶³ Uma alternativa à metodologia da taxa interna de retorno para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a metodologia que se vale do fluxo de caixa marginal do projeto, conforme aponta RIBEIRO, 2011, pp. 121-122.

5 O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE OS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

5.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A República Federativa do Brasil, a teor do art. 2º da Constituição Federal, se pauta pela independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isto significa, de um lado, que inexiste hierarquia entre eles e, de outro, que se faz imperioso o desenvolvimento da função de controle, a fim de assegurar a sua adequação às finalidades constitucionais. Dito de outro modo, o controle surge como corolário do princípio republicano, e funciona como base de sustentação da independência democrática dos três poderes.⁶⁴

Em verdade, arrisca-se dizer que o controle não é apenas essencial ao adequado funcionamento dos poderes republicanos, mas à dinâmica social de forma geral. A atividade humana, assim, necessita de controle e fiscalização para uma convivência harmônica entre os indivíduos, na medida em que os interesses sociais são, por essência, múltiplos e divergentes. Vale dizer, mesmo na vida privada, figuras de controle são sempre observadas, com o intuito de assegurar a pacificação de eventuais controvérsias e o adequado cumprimento das regras fixadas por um determinado grupo social. Por conseguinte, a atuação dos poderes estatais não pode prescindir de controle, tendo em vista que conjuga interesses e perspectivas distintas e, portanto, demanda um estado de equilíbrio capaz de manter a engrenagem pública funcionando.

Odete Medauar (2012, pp. 20-21), valendo-se de lições de Giannini e Bergeron, aponta que o termo “controle” possui acepções diversas, sendo elas (i) dominação, no sentido de centralização ou de possuir subordinados; (ii) direção, isto é, possuir poder de comando ou gestão; (iii) limitação, em um caráter negativo do termo, associado a regulamentação; (iv) vigilância ou fiscalização, no sentido de promover supervisão; (v) verificação, ou seja, o exame de determinado aspecto com um objetivo pré-definido a alcançar; e (vi) registro, isto é, a autenticação com fins de identificar determinado ato.

Em última análise, sem embargo das múltiplas acepções do termo, tem-se que o controle está intimamente ligado à ideia de verificação de conformidade: controla-se algo ou alguém em face das expectativas que lhe são atribuídas, com o intuito de identificar se há ou não desvio

⁶⁴ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, já prescrevia ser a separação de poderes necessária ao adequado funcionamento do Estado de Direito, ao dispor que “*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição*”.

em sua atuação. Em outros termos, só se pode controlar quando há limites previamente estabelecidos para aquele que é controlado, uma vez que, do contrário, o controlador não haveria como avaliar de modo adequado se houve excessos no exercício das atribuições pelo controlado.

É importante salientar, neste mister, que o controle existe para que se assegure o adequado cumprimento das competências impostas a determinado agente. Isto significa que a atividade de controle não encerra um fim em si mesma, mas se justifica apenas na medida em que necessária para evitar desvios de conduta, arbitrariedades, ilegalidades ou qualquer outra atuação dissonante com os padrões fixados de antemão. Do contrário, o controlador assumiria função autoritária em face do controlado, o que não se coaduna com a finalidade precípua do controle, qual seja, a de assegurar conformidade a pessoas, processos ou condutas.

Especificamente no que toca ao controle da Administração Pública, objeto de análise do presente estudo, com muito mais razão, se evidencia a necessidade de assegurar a conformidade da atuação estatal com os fins a que se destina. Em linhas gerais, assim, o controle da Administração busca asseverar o cumprimento das leis (em sentido amplo) que regem a atuação pública, tendo em vista incidir o princípio da legalidade sobre a atuação do Poder Público.⁶⁵

Demais disso, deve-se ter em mente que a Administração Pública se encarrega de interesses de terceiros (interesse público primário, de que é titular a coletividade). Nesse sentido, o povo, titular do poder soberano, manifesta seu poder através de representantes eleitos, encarregados da elaboração de leis para a organização social. Por conseguinte, e ao menos em tese (dado o amplo desvirtuamento do poder político e a sua captura por grupos de interesse), as leis, concretizadas pela Administração Pública, são manifestação do poder popular e, portanto, devem pautar a atuação estatal, merecendo reprimenda o ato que delas se desvirtuar. Em síntese, portanto, o controle da Administração serve para assegurar o respeito aos princípios democráticos, e nisto deve sempre se pautar.

A separação de poderes, concepção que fundamenta as ferramentas de controle estatal, remete a Montesquieu (2000, p. 168), quando defende que a liberdade dos indivíduos de uma determinada sociedade pressupõe independência entre os poderes. De acordo com o teórico:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade

⁶⁵ Nesse sentido, Hermann-Josef Blanke (2012, p. 21), tratando da jurisdição alemã, mas em lição absolutamente transponível ao caso brasileiro, defende que a responsabilidade e o controle são elementos essenciais da ordem constitucional democrática, fundada na separação de poderes estatais. Por esse motivo, segundo o autor, a separação e a interação entre os poderes figuram como epicentro do controle.

dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Isso importa dizer que o exercício dos poderes de criar leis, executá-las e julgar a sua aplicabilidade diante de um caso concreto deve, necessariamente, competir a entes distintos, para evitar a prática de arbitrariedades e, consequentemente, assegurar a liberdade dos indivíduos. A ideia, portanto, é de um círculo de atribuições diversas a cargo do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, que se complementam e se limitam, de modo a assegurar uma coexistência harmônica entre Estado e sociedade.

É o que se denomina de teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo a qual a cada um dos poderes da república compete conter eventuais abusos dos demais, assegurando o equilíbrio do sistema e, em última análise, permitindo a liberdade dos cidadãos. Com efeito, não há real liberdade quando há prevalência de um poder sobre os demais, na medida em que isto induz a comportamentos tirânicos do poder sobressalente.

Naturalmente, sobretudo em uma sociedade complexa e multifacetada como a atual, se identificam interseções na atuação dos poderes, de sorte a falar-se em funções típicas e atípicas de Estado. Exemplificativamente, tem-se que, enquanto o Poder Executivo possua a função típica de administrar, exerce, de forma atípica, função legislativa, ao editar medidas provisórias ou decretos autônomos. De igual sorte, o Poder Legislativo, cuja função típica é legislar, também exerce, atipicamente, função julgadora, ao julgar as contas do Poder Executivo ou ao processar governantes por crimes de responsabilidade. O Poder Judiciário, por sua vez, que tem por mister a função de julgar, também exerce função atípica ao administrar sua própria organização e de seus membros e servidores.

O exercício de funções atípicas pelos três poderes reforça ainda mais a necessidade de fortalecimento do controle, porquanto a concentração de competências e atribuições nas mãos de um único ente tende a favorecer o desequilíbrio do sistema. Com muito mais razão, assim, em uma sociedade de múltiplas competências e interseções entre os poderes, deve-se garantir que os órgãos de controle funcionem de forma adequada, independente e efetiva, para que se mantenha o equilíbrio necessário à sustentação da república.

Nesse norte, pode-se sustentar que o controle, mais que um poder, é um dever do Estado em face dos indivíduos, e se mostra essencial para salvaguardar a ordem jurídica (FRANÇA, 2016, p. 100). Trata-se, pois, de poder-dever essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, que, calcado em disciplina constitucional acerca da separação de poderes, demanda

a garantia de que excessos serão controlados e reparados. Em outras palavras, uma vez identificada conduta que exceda o plexo de atribuições de um determinado poder, incumbe aos demais agir para cessar a ilegalidade, sob pena de comprometer o funcionamento do sistema como um todo.

Juarez Freitas fala, inclusive, em um “direito fundamental à boa administração pública” (2013, pp. 20-21), que se acopla aos demais direitos fundamentais para exigir do administrador público mais que o simples respeito às normas legais e regulamentares, mas especialmente a observância do conjunto de normas constitucionais que impõem a adequada tutela dos interesses sociais⁶⁶. É dizer, não mais há espaço para o rigorismo formal das normas na atuação da Administração Pública, que deve, em verdade, buscar promover o bem-estar social a partir dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, pelo que se exalta a função de controle administrativo para assegurar o respeito à teleologia das normas direcionadas ao gestor público.

Por se tratarem de poderes independentes, sem qualquer hierarquia entre si, o Executivo, Legislativo e Judiciário exercem controle recíproco. Nestas linhas, todavia, se buscará enfatizar o controle dos tribunais de contas, órgão auxiliar ao Legislativo, sobre a Administração Pública, encarregada da modelagem e execução dos contratos de parceria público-privada. Almeja-se, aqui, enfocar os aspectos que circundam a atuação das cortes de contas em relação aos contratos administrativos, de modo a identificar seus limites e possibilidades.

Antes de se adentrar no exame do controle exercido pelos tribunais de contas sobre as contratações públicas, é importante destacar que a função controladora não é exercida apenas por um poder em face de outro. Com efeito, não se pode olvidar da importância dos órgãos de controle interno, que também se destinam a assegurar a conformidade de determinada conduta com as regras que a norteiam, porém no âmbito do mesmo poder.

Mais especificamente, de acordo com o art. 74 da CF/1988, os três poderes deverão manter, de forma integrada, sistema de controle interno para avaliar o cumprimento de metas e a execução dos programas de governo, comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão pública, exercer o controle das operações de crédito e de garantia e apoiar o controle externo em suas funções institucionais. Desse modo, incumbe estruturar órgãos de controle interno com funções de ouvidoria, corregedoria e auditoria (FRANÇA, 2016, p. 106), exercidas de forma independente, buscando sanar as falhas identificadas com a maior brevidade possível.

⁶⁶ No mesmo sentido: ISMAIL FILHO, 2018, p. 113. Marianna Montebello Willeman (2017, p. 41) reforça, inclusive, que no âmbito da União Europeia, reconhece-se expressamente o direito fundamental à boa administração pela Carta de Nice (2000) e pelo Tratado de Lisboa (2009).

Nesse passo, cumpre notar o teor da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal⁶⁷, que consagra o princípio da autotutela administrativa. De acordo com o enunciado sumular, compete à Administração Pública anular seus próprios atos quando identificado vício de legalidade, em clara manifestação de controle interno, sem prejuízo do controle externo em âmbito judicial (mesmo porque, como é cediço, a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em seu art. 5º, XXXV). O enunciado da Corte Suprema, muito embora faça menção à possibilidade de autotutela, em verdade encerra dever do Poder Público, haja vista que, pautada pela legalidade, a Administração não pode tolerar condutas ilegais por ela mesma praticadas.

De qualquer sorte, não se pode negar o relevantíssimo papel do Poder Judiciário no controle da Administração Pública, inclusive através de mecanismos processuais especialmente delineados para esse fim, como o mandado de segurança e a ação popular. Nesse contexto, conquanto não possa o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, interferindo naquilo que se entende por conveniência e oportunidade do ato, possui importante função no sentido de anular medidas da Administração que se afastem dos misteres constitucionais que lhe são conferidos.

Importa aqui, contudo, enfatizar o papel do controle externo da Administração Pública exercido pelos tribunais de contas, em auxílio⁶⁸ ao Poder Legislativo, enquanto órgão técnico pautado por questões não apenas de legalidade, mas também de economicidade e eficiência na aplicação e gestão dos recursos públicos. Assim, as cortes de contas assumem função de equilíbrio entre os poderes Legislativo e Executivo⁶⁹, em um modelo que, embora não lhes confira caráter jurisdicional, mesmo porque suas decisões podem ser submetidas ao crivo do Judiciário por força do já referido princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/1988), possuem efetivamente papel julgador das contas públicas, se assemelhando a cortes de justiça neste mister.

⁶⁷ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁶⁸ O vocábulo “auxílio” não deve ser entendido de forma a desprestigar ou colocar em segundo plano a atuação das cortes de contas. Com efeito, na linha do que ensina Anderson Luiz da Silva (2015, pp. 38-44), há, em verdade, uma cooperação funcional entre o Tribunal de Contas e os demais poderes, sem qualquer subordinação hierárquica entre eles, já que a existência de relação de dependência prejudicaria a efetividade do controle.

⁶⁹ Interessante notar, conforme ensina Edilson Pereira Nobre Junior (2005, p. 1230), que já na Grécia Antiga se observavam estruturas assemelhadas aos atuais tribunais de contas, isto é, órgãos encarregados de aferir a “*legalidade e moralidade da administração financeira do Estado*”. Onde há Administração Pública, portanto, há a necessidade de se desenvolver estruturas de controle, destinadas a aferir a sua compatibilidade com as normas regentes de sua atuação.

5.2 O DESENHO NORMATIVO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O SEU PAPEL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

À luz dos artigos 70 e seguintes da Constituição Federal⁷⁰, incumbe ao Congresso Nacional promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública federal quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Nesse desiderato, o controle externo do Executivo pelo Legislativo é exercido com o apoio do Tribunal de Contas da União⁷¹, órgão de relevantíssimo papel na fiscalização das contas públicas, da execução dos contratos administrativos e, inclusive, na formação de precedentes que norteiam a atividade administrativa em todos os entes da federação.⁷²

Em linhas gerais, ao Tribunal de Contas incumbe, entre outras atribuições, fiscalizar a devida aplicação dos recursos públicos às finalidades de interesse social a que se destinam a Administração Pública e os particulares que, pelas mais variadas razões, se ocupam da gestão ou aplicação de verbas de natureza pública. Assim, ao TCU compete apreciar as contas do Presidente da República, mediante a oferta de parecer, bem como julgar as contas dos administradores e responsáveis pela aplicação de recursos públicos e daqueles que, de qualquer modo, ocasionarem prejuízo ao erário. Havendo recursos federais envolvidos, portanto, ainda que repassados a outros entes da federação, há competência da corte de contas da União, que zelará pela boa aplicação dos numerários públicos.

Deve-se ter em mente, de antemão, que o Tribunal de Contas ocupa papel de suma importância não apenas como fiscal das contas públicas, mas como vetor que permite – obviamente que não de maneira isolada – o fortalecimento do controle social da atividade

⁷⁰ Sobre o histórico e antecedentes dos Tribunais de Contas no país até a atual sistematização conferida pela CF/1988, recomenda-se a leitura de SIMÕES, 2014, pp. 53-198.

⁷¹ Apesar de se fazer menção apenas ao Tribunal de Contas da União, cumpre ressaltar a previsão do art. 75 da Constituição Federal, segundo o qual as normas estabelecidas para o TCU aplicam-se, no que for cabível, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas estaduais e municipais. Isso implica dizer que, em geral, as atribuições e competências do Tribunal de Contas da União quanto à Administração Pública federal são replicáveis às demais esferas de poder e suas respectivas cortes de contas. Desse modo, ao se tratar aqui do TCU, há que se traçar um paralelo com as cortes estaduais e municipais, a quem também se aplicam as lições e análises aqui contidas.

⁷² Flávio Garcia Cabral (2014, p. 143) defende, nesse sentido, que o Tribunal de Contas não é órgão auxiliar ou subordinado a nenhum dos poderes, atuando de forma autônoma e independente, conforme suas competências próprias, atribuídas constitucionalmente. Daí a Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara aludirem a um papel de “equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado Brasileiro”, exercido pela Corte de Contas (2013, p. 179).

administrativa no país. Desse modo, a realização de controles sérios e focados em resultados, mais que em burocracias e processos, permite às cortes de contas reunir documentos e informações de extrema relevância para o processo democrático, possibilitando aos cidadãos também fiscalizar a atividade daqueles que ajudaram a eleger. Com efeito, não se pode olvidar que o cidadão-contribuinte é o responsável por viabilizar a atividade administrativa de modo geral, seja porque permitiu o exercício do poder pelos governantes, seja porque é sobretudo por meio de receitas oriundas de tributos que se executam as políticas públicas.⁷³

Não por outro motivo, e especificamente no que tange aos contratos administrativos, defende-se que o Tribunal de Contas deverá disponibilizar informações e análises decorrentes de sua atividade para a coletividade, haja vista que (i) os contribuintes permitem a celebração destes pactos através do pagamento de tributos; (ii) o controle social confere legitimidade aos contratos celebrados; e (iii) há uma grande assimetria de informações entre os cidadãos comuns, usuários dos serviços delegados aos particulares por meio das contratações públicas, e a Administração Pública contratante (ZYMLER, ALMEIDA, 2008, p. 342). Reforça-se, portanto, a concepção de que o controle é apenas instrumento para o fortalecimento da democracia de modo geral.

Ainda que, na forma da CF/1988, o TCU realize controle de legalidade, há uma tendência a se valorizar a sua atuação em função do montante de recursos “economizado” em decorrência de sua fiscalização. Há, nos tribunais de contas, assim, uma entropia decorrente da combinação de análises jurídicas com avaliações de ordem moral, econômica e política (SAAD, 2014). De um lado, a dita entropia pode ser vista sob prisma positivo, no sentido de permitir um controle não puramente legalista, mas sistêmico, dos atos administrativos. De outro, entretanto, a multiplicidade de olhares de que se ocupa o Tribunal de Contas pode acabar por conferi-lo um suposto “superpoder”, criando a falsa ideia de que as cortes de contas possuem o dever e a prerrogativa de fiscalizar a Administração Pública de forma geral, abrindo caminhos para um indesejável ativismo.

A interação, no bojo do controle exercido pelos tribunais de contas, entre parâmetros legais, políticos e econômicos, conforme suscitado por Amauri Feres Saad (2014) é natural e decorrente, ao menos em parte, do fato de que os nove ministros do TCU (e, de forma análoga, os conselheiros de tribunais estaduais e municipais) não estão adstritos ao ramo de formação jurídica, podendo também ser nomeados aqueles que demonstrarem notórios conhecimentos

⁷³ Nesse sentido, Benjamin Zymler (2010, pp. 211-212) ressalta que, não podendo o cidadão agir isoladamente de forma efetiva “diante do novo Leviatã”, o faz por intermédio dos órgãos de controle, que canalizam as insatisfações sociais e reduzem o nível de frustração dos indivíduos em face da Administração Pública.

contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública⁷⁴. Some-se a isso o fato de que os ministros são indicados por agentes políticos e se chega ao inevitável cenário de interferências, nos julgamentos proferidos pela corte, entre os códigos jurídicos (lícito/ilícito), econômicos (aplicação eficiente de recursos públicos) e políticos (interesses da coletividade em face da disponibilidade limitada de recursos).

Sem embargo das críticas que se possa fazer ao modelo, em razão da potencial interferência política na atuação dos tribunais de contas, causando perda de tecnicidade em suas análises, e da falta de previsibilidade de seus julgamentos – já que ora se baseiam em critérios estritamente jurídicos, ora em critérios predominantemente econômicos e assim por diante –, a interdisciplinaridade observada nas cortes de contas se mostra positiva, na medida em que a Administração Pública, conquanto sempre vinculada à lei, não se pauta por critérios exclusivamente jurídicos em sua atuação. Nesse prisma, tão mais completa e efetiva será a atividade de controle quanto mais aproximada da sistemática de condução das políticas públicas e da aplicação dos recursos públicos levada a efeito pelo Executivo. Em outras palavras, se o controlado age conforme parâmetros jurídicos, políticos e econômicos, o controlador que atentar para tais limites tenderá a agir com maior assertividade, identificando as falhas da Administração em uma perspectiva global, e não apenas sob o único viés da legalidade.

Daí a defender Marcos Nóbrega (2011b, p. 97) que o Tribunal de Contas, ao avaliar programas governamentais, realize auditoria de *performance*, vale dizer, observe o desempenho da Administração Pública, analisando se suas recomendações influenciarão os futuros processos decisórios estatais, se há agilidade no processo de controle, de forma a não travar ou burocratizar a atividade pública, e se há relevância no programa de governo avaliado. A análise de resultados levada a efeito pelo órgão controlador, assim, além de equilibrar o tripé legalidade-legitimidade-economicidade, servirá como termômetro da efetividade da função de controle, tendo em vista que, inexistindo espaço para o controle como um fim em si próprio, deve-se observar em que medida houve avanços na execução de políticas públicas a partir das recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas.

O caráter técnico e multidisciplinar do controle protagonizado pelos tribunais de contas, acrescido ao fato de que os administradores e aqueles que lidam com verbas públicas podem ser pessoalmente responsabilizados ao cabo da fiscalização, acaba por conferir caráter

⁷⁴ Além dos requisitos de idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, idoneidade moral, reputação ilibada e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os notórios conhecimentos em suas áreas de atuação.

pedagógico aos seus julgados⁷⁵, muitas vezes mais efetivos para determinar condutas que precedentes judiciais sobre assuntos semelhantes. Nesse contexto, os precedentes emanados das cortes de contas são dotados de grande potencial para uniformizar, na medida do possível, as condutas da Administração Pública, uma vez que funcionam como balizas para a sua atuação, sobretudo nos casos em que possuem enunciado prescritivo ou de recomendação dirigida ao gestor.

Com efeito, como bem lembram Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 117), os Tribunais de Contas, em especial no controle de contratos administrativos, se dirigem mais aos sujeitos (os agentes públicos e os particulares envolvidos na execução das avenças) que aos objetos (a execução dos contratos em si), de modo a falar-se em um impacto apenas indireto sobre a ação administrativa. Em outros termos, e ainda conforme apontam os autores (2011, p. 118), o controle exercido pelas cortes de contas tem por fito equilibrar, de um lado, a existência de fiscalização, de modo a estimular o respeito à legalidade e à eficiência e, de outro, a autonomia da Administração Pública, requisito indispensável à democracia. Vale dizer, ao controlador não é dado substituir a vontade administrativa, mesmo porque lhe falta competência democrática para tanto, mas apenas assegurar o respeito à legalidade e à eficiência que devem pautar a gestão pública.⁷⁶

É importante frisar, portanto, que, não possuindo competência hierárquica em face da Administração Pública, mas apenas competência de controle, o Tribunal de Contas não pode se imiscuir no âmbito da discricionariedade administrativa, isto é, não lhe cabe substituir o gestor na definição das políticas públicas, mas tão-somente verificar a aderência de sua atuação aos limites previamente fixados. Nesse aspecto, a função das cortes de contas se assemelha à função jurisdicional, razão pela qual se diz que possuem “*quasi-jurisdictional powers*”, ou poderes quase jurisdicionais, no sentido de atuarem conforme o código lícito-ilícito, avaliando a juridicidade do ato administrativo (SAAD, 2014).⁷⁷

Em outros termos, não se trata de conferir aos tribunais de contas função jurisdicional (já que, conforme a CF/1988, a jurisdição é una e vige o princípio da inafastabilidade do Judiciário), mas de compreender existir um paralelo entre o controle dos atos administrativos

⁷⁵ Sobre o caráter pedagógico das determinações emanadas dos Tribunais de Contas, vide AGUIAR, ALBUQUERQUE, MEDEIROS, 2011, pp. 165-166.

⁷⁶ Nesse passo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara indicam que o Tribunal de Contas “*não é instância revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Corte de Contas não é Conselho de Estado*” (2013, p. 181).

⁷⁷ Sem embargo da prevalência do entendimento que afasta dos tribunais de contas a competência jurisdicional, Alexandre Aroeira Salles reconhece haver doutrina minoritária defensora do exercício de função jurisdicional pelas cortes de contas (2018, pp. 207-209).

realizados pelo Poder Judiciário, que não adentra nos aspectos de conveniência e oportunidade do ato, e aquele conduzido pelas cortes de contas, que também está adstrito a limites constitucionais previamente fixados, impedindo uma ampla revisão do ato.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2007, p. 7), ao reconhecer que, no Brasil, as cortes de contas não possuem caráter jurisdicional, defende que a submissão ao Judiciário dos atos emanados pelos tribunais de contas acaba por retirar a eficácia, eficiência e efetividade do controle exercido por agentes especializados na temática das contas públicas. Para tanto, o autor sugere a adoção de diversas medidas destinadas a assegurar o efetivo cumprimento de seu mister pelos tribunais de contas, a saber: (i) efetiva busca pela eficiência nos julgamentos administrativos, evitando-se capturas políticas ou econômicas; (ii) maior rigor na escolha dos membros das cortes de contas, inclusive mediante a ampliação do número de seus membros; (iii) a atuação descentralizada das cortes, através da criação de turmas regionais; (iv) a admissão de suas decisões como títulos executivos judiciais; (v) a possibilidade de execução extrajudicial das decisões emanadas das cortes de contas; (vi) a inviabilidade de controle judicial das decisões dos tribunais de contas quanto a aspectos não jurídicos, como eficiência e economicidade, salvo em caso de situações teratológicas; e (vii) a judicialização das cortes de contas (2007, pp. 15-16).

De fato, ainda há um longo caminho a trilhar para que as decisões exaradas pelos tribunais de contas sejam capazes de concretizar os valores constitucionais atribuídos às cortes, sobretudo ao se considerar que o Poder Judiciário – o “controlador do controlador” – não é suficientemente treinado para lidar com parâmetros extrajurídicos, destinados a aferir a eficiência e a economicidade das contratações públicas e da aplicação de recursos públicos de modo geral. Assim, pode-se vislumbrar uma perda de eficiência da função de controle exercida pelos tribunais de contas, que, por seu caráter técnico e especializado, deveria guardar preponderância no controle da gestão pública. No cenário constitucional atual, contudo, sendo inevitável a faculdade de submissão das decisões dos tribunais de contas ao Poder Judiciário, cumpre compreender de que forma atuam as cortes de contas para, em seguida, avaliar a sua atuação diretamente sobre os contratos administrativos.

Ainda que a Constituição Federal disponha caber ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, é certo que a Carta da República conferiu à Corte um plexo de competências próprias, contidas em seu art. 71. Nesse sentido, e especificamente no que toca à fiscalização de atos e contratos administrativos, destacam-se, entre outros, o dever de apreciar as contas prestadas pelo Presidente da República e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por

valores públicos, a realização de auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na Administração Pública e fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União a Estados e Municípios.

Prescreve ainda a CF/1988 que o TCU, verificando ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, deverá aplicar sanções aos responsáveis, inclusive de caráter pecuniário, podendo assinalar prazo para a adoção de providências corretivas por parte do agente ou órgão responsável e, inclusive, sustar a execução do ato impugnado, caso não sanadas as falhas apontadas pela Corte. Deve-se destacar, contudo, que, na forma do texto constitucional, o Tribunal de Contas da União não possui a prerrogativa de sustar a execução de contrato administrativo, incumbindo-lhe apenas indicar ao Congresso Nacional para que o faça.

Conquanto possa parecer que a vedação constitucional à sustação de contratos pelos tribunais de contas represente uma barreira à sua atuação, enfraquecendo a função de controle, é importante trazer a lume a reflexão de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 122), segundo os quais a disciplina normativa encerra, em verdade, uma oportunidade para a solução consensual entre controlador e controlado. É dizer, por lhe ser defeso impor a suspensão da execução contratual, o Tribunal de Contas age por meio de recomendações, buscando alinhamento colaborativo com o gestor público, indicando as razões pelas quais entende haver inadequação em sua conduta. Em razão do caráter técnico das decisões dos tribunais de contas, bem como da possibilidade de penalização individual dos agentes públicos envolvidos, as recomendações das referidas cortes, ainda que sem caráter coercitivo, acabam por funcionar como importante bússola da atuação administrativa.

Nem sempre, contudo, a formatação jurídica dos tribunais de contas quanto à fiscalização de contratos administrativos se deu da maneira encartada pela CF/1988. Até a Constituição de 1967, o Tribunal de Contas realizava controle prévio sobre as contratações públicas, ou seja, deveria ser ouvido antes da celebração do ajuste, para que pudesse chancelar a parceria. No entanto, com o crescimento do Estado e do volume de contratos pactuados, passou-se a conferir aos tribunais de contas competências repressivas, tornando-se desnecessária a prévia anuência da corte de contas para a celebração de contratos administrativos (SUNDFELD, CÂMARA, 2011, pp. 114-117).

Disso decorrem duas necessárias observações: em primeiro lugar, o fato de não haver obrigatoriedade de prévia submissão das contratações públicas ao Tribunal de Contas não obsta que a corte conduza fiscalizações prévias, como inspeções ou auditorias, buscando aferir a compatibilidade dos ajustes com o ordenamento jurídico, antes mesmo de sua celebração. O

que se tem é apenas a ausência de obrigatoriedade de aprovação prévia dos contratos administrativos, e não a sua impossibilidade. Inclusive, em contratações de grande vulto como as parcerias público-privadas, cujo arranjo contratual é bastante complexo e o impacto financeiro nas contas públicas é relevante, é recomendável que a Administração Pública submeta a minuta do contrato não apenas a consulta e audiência públicas, mas também à corte de contas competente, para que aponte eventuais sugestões para a avença, fortalecendo o regime colaborativo entre controlador e controlado. Nesses cenários, além de um diálogo participativo entre a Administração Pública e os entes de controle, há uma tendência a se conferir eficiência à execução do projeto, já que estará menos sujeito a interferências como medidas cautelares⁷⁸, ordens de suspensão de atos do processo licitatório e penalizações de gestores públicos em razão de condutas adotadas para a viabilização do empreendimento.

E, em segundo lugar, de acordo com a atual compreensão do controle administrativo, faz sentido afastar a obrigatoriedade de submissão prévia dos contratos administrativos ao Tribunal de Contas, haja vista que o controlador não é gestor público e, portanto, não lhe cabe opinar sobre a definição das políticas públicas antes de sua concretização. Em outros termos, ao se impor a aprovação prévia dos tribunais de contas para a celebração de contratos administrativos, o que se faz é inserir a corte no processo político (o que contratar, como contratar e quem contratar), o que pode comprometer a separação de poderes. Demais disso, e ainda que se trate de ponderação de ordem prática, não se pode olvidar que o controle prévio dos contratos administrativos poderia inviabilizar a atuação administrativa, burocratizando-a excessivamente, em razão do prazo alargado de que necessitariam as cortes para validar toda e qualquer contratação pública.

Como se viu, na forma da CF/1988 e da Lei Orgânica do TCU, a fiscalização dos contratos administrativos se dará conforme parâmetros de legalidade, economicidade e legitimidade. Denota-se, por óbvio, que a atuação controladora das cortes de contas vai além de simples adequação com o texto normativo, isto é, suplanta uma análise de mera legalidade, devendo ser conduzida sob uma ótica mais ampla. Nesse sentido, percebeu o legislador que, no exercício da função de controle, a legalidade, quanto imprescindível, não é suficiente. Exige-se do administrador público também uma atuação legítima, isto é, em conformidade com o objetivo previamente fixado pela norma para a sua conduta (CABRAL, 2018, p. 160), em um viés teleológico da atividade. Assim, o Tribunal de Contas, ao fiscalizar a execução de contrato administrativo, deve observar se o gestor público respeitou as prescrições legais e, ainda, se sua

⁷⁸ Nesse sentido, conforme aponta Ronaldo Chadid (2019, pp. 187-193), há um “poder geral de cautela” conferido aos tribunais de contas, destinado a conferir efetividade e relevância à sua atuação.

conduta se amolda com as finalidades pretendidas pelo legislador ao fixar as balizas da atuação estatal.

Em que pese os conceitos possam parecer redundantes, deve-se separar a análise de legalidade da análise de legitimidade, sendo possível afirmar que a última engloba a primeira. Com efeito, sobretudo em um ordenamento jurídico com forte base principiológica como o brasileiro, em que se vislumbra marcante presença de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal, há um vasto rol de atuações possíveis ao administrador público, todas elas teoricamente abarcadas pela norma (e, portanto, adequadas sob o prisma da legalidade). Mas incumbe ao agente público ir além, verificando, dentre o universo de ações possíveis, aquela que melhor se amolda às finalidades da atuação pública, ou que melhor se encaixa no contexto que se pretende atingir.

Não quer isto indicar, naturalmente, que haja uma única resposta correta ou um único caminho a ser buscado pelo agente público, muito menos que o controlador detenha o poder de apontar uma hierarquia na legitimidade das condutas, mesmo porque não lhe é dado substituir a vontade do administrador. O que se aduz é que não devem a atuação pública e a atividade de controle focar apenas na estrita legalidade, mas também se uma determinada conduta – ainda que respaldada por lei – se mostrou adequada ao atendimento das finalidades pretendidas pelo agente público. A título de exemplo, pode-se vislumbrar o caso de um contrato administrativo celebrado para a substituição da frota de veículos de luxo do Tribunal de Justiça, destinados ao transporte dos desembargadores, que, embora calcado em lei e devidamente justificado no bojo de processo administrativo próprio, não se mostra legítimo em razão de estar a folha de pagamento dos servidores atrasada no mês em questão. Isto é, estando o gestor público, por essência, incumbido de ponderar prioridades e equalizar pleitos, devem os contratos administrativos se pautar por uma análise de razoabilidade na necessidade da contratação em si, diante das demais demandas postas sob a responsabilidade da Administração.

Além da legalidade e da legitimidade, o controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas deve também se pautar por critérios de economicidade, vale dizer, deve observar se houve abuso ou desperdício de recursos pelo administrador⁷⁹. Não se trata aqui de buscar sempre as contratações públicas mais baratas (muito embora haja uma tendência a se privilegiar as licitações públicas na modalidade pregão, processadas pelo menor preço), mas de

⁷⁹ Importante lembrar, como aduz Luiz Henrique Lima (2018, p. 35) que a “incompetência gerencial”, ainda que possa resultar na prática de ato antieconômico pelo gestor público, por si só, não é objeto de punição, “devendo-se procurar distinguir os erros resultantes de comportamento omisso, negligente, fraudulento ou corrupto daqueles oriundos do desconhecimento, despreparo, imperícia ou equívocos”.

identificar se havia opções mais econômicas que fossem igualmente capazes de atender aos anseios do ente público. A Corte de Contas, assim, irá avaliar os gastos públicos e impactos orçamentários das políticas implantadas também conforme análise de custo-benefício, sendo certo que não necessariamente a solução menos custosa se mostrará a mais eficiente.⁸⁰ Há que se considerar o controle sob uma tríplice perspectiva, ponderando critérios de legalidade, economicidade e legitimidade, sem que se possa afirmar a prevalência de um sobre o outro – do que decorre ser inadmissível uma solução aparentemente econômica, porém *contra legem*, ou solução legal, porém dissociada das finalidades da Administração.

Nesse sentido, e especificamente no que toca ao controle das contratações públicas, aponta Marcos Nóbrega (2010a, p. 4) que o controle de mera legalidade, apesar de importante, não é capaz de avaliar o real esforço do agente em alcançar a modelagem contratual mais adequada. Em suas palavras:

O controle de legalidade é importantíssimo e não deve ser abandonado, no entanto a ele deve ser acrescentada a análise do mérito da despesa pública, quanto à eficiência da aplicação dos recursos escassos. Percebam que no modelo de simples legalidade, a ação do controle tem muito poucas condições de revelar o nível de esforço do agente e ajudar na modelagem mais adequada de contratos. Um controle baseado apenas, ou preponderantemente, na legalidade servirá pouco como instrumento de revelação de informação. Um controle principalmente focado na legalidade minimiza o esforço do agente e gera perda de eficiência.

A reflexão trazida pelo autor põe ênfase em ponto crucial – e muitas vezes negligenciado – da atividade de controle: a inevitável existência de assimetria informacional entre controlador e controlado, que pode acabar por distorcer a análise levada a efeito pelos tribunais de contas quando do controle de contratos administrativos. É indiscutível que a Administração Pública possui mais elementos de informação quanto ao contexto das contratações públicas, uma vez que está incumbida de planejá-las desde o seu nascêdouro, implantá-las e geri-las; a corte de contas, por sua vez, não está familiarizada com as políticas públicas materializadas na contratação, tampouco com o cenário fático que circunda a assinatura e a execução da avença. Dessa forma, no curso do processo de controle, é possível que a assimetria de informação prejudique o controlador na análise de eficiência e de legitimidade, uma vez que, além de não deter conhecimento sobre todas as particularidades da contratação, em alguns casos também não possui conhecimento técnico sobre as especificidades do serviço contratado, sobretudo aqueles de maior complexidade.

⁸⁰ Nesse sentido, vide NAGEL, 1997, p. 32.

De qualquer sorte, se não há como se evitar eventual assimetria informacional entre controlador e controlado⁸¹, deve o Tribunal de Contas buscar, dentro de seus limites e possibilidades, encontrar soluções que privilegiem a eficiência e a economicidade das contratações públicas. Trata-se de medida que se coaduna com os paradigmas da Administração Pública gerencial, buscando a racionalização da atividade pública, a economia de recursos e a otimização dos gastos (CABRAL, 2018, p. 163).

Cumpre ter em mente, ademais, que, conforme aponta Salomão Ismail Filho (2018, p. 108), o foco do procedimento administrativo de controle não deve ser a análise dos atos de governo como um fim em si mesmo, mas a busca pela satisfação do administrado e – arrisca-se complementar – da coletividade em geral, destinatária dos serviços e utilidades viabilizados mediante as contratações públicas. A constatação em muito se amolda aos novos paradigmas da atividade de controle trazidos pela Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais adiante detalhados. Com efeito, transmuda-se de um paradigma legalista para um paradigma consequencialista da Administração Pública e da atividade de controle, o que, em última análise, busca assegurar o respeito aos interesses dos administrados, através de diretrizes de segurança jurídica, proteção da confiança e proporcionalidade.

5.3 PERSPECTIVAS DO CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A MATRIZ DE RISCOS DE CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Restou demonstrado, ao longo do presente estudo, que os riscos são parte indissociável da atividade humana e, por conseguinte, inerentes aos projetos de infraestrutura, sobretudo os de longo prazo, já que, além de possuírem modelagem mais complexa, estão sujeitos às intempéries do tempo, nem sempre fáceis ou possíveis de serem antevistas. Nesse cenário, considerando a previsão expressa da Lei nº 11.079/2004 quanto à obrigatoriedade de elaboração de matriz de riscos em contratos de parceria público-privada, surge a preocupação com as fronteiras do controle acerca da alocação de riscos disciplinada no contrato de concessão.

⁸¹ José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 51) defende, nesse sentido, que o julgador se utilize de técnicas de diálogos intra e extraprocessuais, com o objetivo de reduzir a assimetria informacional na análise de processos de invalidação de atos ou contratos administrativos. Apesar de o autor não ter feito referência expressa à atividade controladora, a lição é transponível ao caso, sobretudo ao se considerar que, no processo administrativo, há uma maior flexibilidade de formas, permitindo um diálogo maior entre as partes e os julgadores/controladores, a fim de se encontrar a solução mais adequada ao caso em exame. A questão será mais aprofundada em item específico, ao tratar das previsões da LINDB para o controle dos contratos administrativos.

Em outros termos, partindo-se da premissa de que os tribunais de contas possuem o mister constitucional de fiscalizar os contratos administrativos sob o prisma da legalidade, legitimidade e economicidade, e tendo em vista que há critérios definidos para uma alocação mais adequada dos riscos contratuais, emerge a necessidade de se avaliar a possibilidade de as cortes de contas, no exercício de sua função de controle, se imiscuírem na decisão administrativa de distribuição dos riscos. A alocação preventiva de riscos elaborada na fase da licitação e concretizada no contrato de concessão, assim, pode ser objeto do escrutínio das cortes de contas ou tal análise escapa ao seu mister constitucional e encerra invasão na esfera da autonomia e da discricionariedade administrativas? É possível ao Tribunal de Contas, ao analisar um determinado contrato administrativo, promover a alteração da distribuição de riscos previamente fixada, transferindo risco da Administração Pública para o particular ou vice-versa?

É preciso esclarecer, de início, que matrizes de risco não são exclusividade de contratos de parceria público-privada. Evidentemente, considerando que a Lei nº 11.079/2004 traz dispositivo obrigando a distribuição preventiva de riscos entre as partes, os contratos de PPP devem contemplar matrizes próprias, sob pena de afronta aos comandos da lei. Todavia, quanto as concessões comuns não estejam jungidas a tal obrigatoriedade, já que a Lei nº 8.987/1995 não contemplou a exigência, a prática evidencia que também algumas concessões comuns são formatadas a partir de uma matriz de riscos previamente identificada. Trata-se, em verdade, de medida salutar, na medida em que, como se viu, também as concessões comuns se adequam à possibilidade de distribuição prévia de riscos, evitando-se a adoção da velha dicotomia entre álea ordinária *versus* álea extraordinária para a gestão do risco contratual.

Mais recentemente, alinhados aos novos paradigmas da sociedade de risco, que demanda uma preocupação com a gestão, prevenção e mitigação de riscos contratuais, outros diplomas passaram a contemplar a matriz de riscos como anexo dos contratos administrativos, a exemplo da Lei nº 12.462/2011, que regula o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e a Lei nº 13.303/2016, marco regulatório das empresas estatais. Demais disso, o Projeto da Nova Lei de Licitações (PL nº 1292/95), caso aprovado, também disseminará a utilização da matriz de riscos em contratos públicos.

Disso decorre que as análises aqui traçadas acerca da alocação preventiva de riscos em contratos de parceria público-privada e o seu respectivo controle pelos Tribunais de Contas podem ser adaptadas para outros arranjos contratuais que também tenham se valido do instituto, uma vez que não se alteram as premissas adotadas para o estudo, quais sejam: (i) a competência das cortes de contas para o controle de contratos administrativos; (ii) a existência de critérios

para a adequada distribuição dos riscos em projetos de infraestrutura; e (iii) a fixação de uma matriz de riscos contratual que valerá como parâmetro ao longo da execução da avença.

Há somente que se fazer uma ressalva quanto à pertinência do controle dos Tribunais de Contas sobre a alocação preventiva de riscos em concessões comuns. Com efeito, considerando que concessões comuns são remuneradas mediante o pagamento de tarifa pelos usuários do serviço, sem contraprestação pública, há quem defenda estar obstada a competência das cortes de contas sobre contratos desta natureza, tendo em vista que o controle por elas exercido se centra na adequada aplicabilidade dos valores públicos. Isto é, na medida em que as concessões comuns não envolvem o dispêndio de recursos públicos nem acarretam quaisquer impactos orçamentários ao Erário, estaria afastada a competência dos Tribunais de Contas sobre a execução das concessões comuns (SAAD, 2014).⁸² De qualquer forma, tendo em mente que o objeto de análise do presente estudo se centra nas matrizes de risco anexas a contratos de PPP, é indiscutível a abrangência do controle das cortes de contas sobre as concessões especiais, nas modalidades administrativa e patrocinada, haja vista que, em qualquer dos casos, há recursos públicos envolvidos na modelagem financeira do negócio.

A Lei nº 11.079/2004, apesar de contemplar a obrigatoriedade de inclusão de matriz de risco nos contratos de parceria público-privada, silencia quanto aos critérios a adotar para a distribuição dos riscos entre Poder Concedente e concessionário. Isso poderia induzir à conclusão de inviabilidade de controle da alocação de riscos, ante a inexistência de parâmetros previamente fixados em lei para que o controlador pudesse aferir a adequação da conduta da Administração Pública. Em outros termos, não havendo critérios em que o Poder Concedente possa se pautar para distribuir os riscos, qualquer alocação seria permitida, impedindo a atuação do Tribunal de Contas para corrigir falhas eventualmente identificadas.

Trata-se, no entanto, de análise superficial, que enxerga a matriz de riscos de forma puramente legalista, reduzindo a eficácia da função de controle da Administração Pública – que, como visto, no âmbito dos Tribunais de Contas, é conduzida conforme o tripé legalidade-legitimidade-economicidade. Nesse sentido, é possível que o silêncio legislativo quanto aos critérios de alocação de riscos se deva não à ausência de critérios para a distribuição, mas porque o legislador compreendeu ser o gestor público, no caso concreto, o mais capacitado para verificar de que forma os riscos devem ser alocados, levando-se em consideração as peculiaridades do projeto. Ou seja, a Lei de PPP não confere amarras no processo de elaboração

⁸² Também indicando a existência de debates quanto ao cabimento da fiscalização dos tribunais de contas sobre as concessões comuns, vide ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 340.

da matriz de riscos, cabendo a solução do assunto às partes diretamente envolvidas na parceria público-privada.

Nessa toada, cumpre lembrar que o controle exercido pelas cortes de contas não se resume à análise de legalidade da contratação, mas também ao juízo de legitimidade e de economicidade. É precisamente quanto a este último critério que se devem centrar as análises acerca do controle da matriz de riscos, já que a sua adequada elaboração tem impactos na formulação das propostas de preços pelos licitantes e, por conseguinte, na modelagem econômico-financeira do contrato e no emprego de recursos públicos pelo Poder Concedente. Não quer isto dizer que o risco tenha um custo direto, delimitado conforme parâmetros facilmente aferíveis, porque seu impacto na execução do contrato administrativo variará no tempo e no espaço, de acordo com a expertise da empresa, a sua aptidão para tomar riscos, a existência e o custo de medidas mitigadoras, entre outros fatores. De toda sorte, riscos alocados ao particular em uma matriz de risco são precificáveis, isto é, são inseridos como custo em sua proposta de preço, que certamente absorverá a dinâmica dos riscos alocados ao parceiro privado.

Assim, o aumento de riscos alocados ao particular em uma determinada matriz tende a importar em aumento no valor das propostas ofertadas no certame, já que os licitantes provavelmente aumentarão suas margens de lucro para que, caso materializados, os riscos não tenham tanto impacto financeiro no contrato. Isso não significa, naturalmente, que os riscos devem ser alocados preferencialmente ao parceiro público, já que, como visto em capítulo anterior, há critérios para a adequada distribuição, conforme uma maior ou menor predisposição a evitar ou mitigar os resultados dos eventos indesejados.

Diante de tal constatação, entende-se ser possível, ao menos em tese, o controle dos Tribunais de Contas sobre a matriz de riscos contratual, tanto sob o aspecto da legalidade (a existência de uma matriz de riscos anexa ao contrato de PPP, conforme preconiza a Lei nº 11.079/2004), quanto sob o aspecto da economicidade (a alocação de riscos conforme parâmetros destinados a aplicar recursos públicos de maneira mais inteligente). Portanto, com fulcro na legalidade e, sobretudo, na economicidade, vislumbra-se ser permitido aos tribunais de contas adentrar na análise da distribuição de riscos previamente estabelecida para um determinado projeto de infraestrutura, julgando-a inadequada quando em descompasso com os critérios comumente adotados para a alocação de riscos.⁸³

⁸³ No ponto, remete-se o leitor ao item 3.3.3.1 do presente estudo, em que se apontam os critérios doutrinários fixados para a adequada distribuição dos riscos contratuais. Em suma, há quatro critérios a adotar: (i) alocar o risco à parte que, ao menor custo, pode reduzir as chances de materialização de evento indesejável ou ampliar as chances

Diz-se ser possível “em tese” o controle da matriz de riscos em contratos de PPP porque, em primeiro lugar, a análise levada a efeito pelas cortes de contas é, de certo modo, casuística, pois inexistentes critérios objetivos de alocação e, consequentemente, a análise pode se tornar interpretativa: é dizer, no caso concreto, a parte para quem foi distribuído o risco é a que efetivamente possui as melhores chances de prevenir a sua ocorrência ou de mitigar suas consequências? Perceba-se que, em parte dos casos, pode não haver “resposta certa” para a indagação, mas mera divergência de interpretações entre controlador e controlado quanto ao adequado cumprimento dos critérios de distribuição de riscos. Vislumbram-se, assim, situações limítrofes, em que os Tribunais de Contas devem se pautar pela razoabilidade no controle, de forma a não invadir a competência administrativa de formatação e gestão dos contratos administrativos. Desse modo, para evitar situações em que o controlador apenas age para impor sua força sobre a Administração Pública, sem que esteja claro o equívoco na alocação de riscos, é recomendável que os tribunais de contas restrinjam o exercício do controle das matrizes para casos de falhas grosseiras na modelagem contratual.

Em segundo lugar, fala-se de controle “em tese” pois, diante do desenho institucional dos tribunais de contas, nem sempre será possível alterar a alocação de riscos em um contrato especificamente considerado. Isso porque, tendo em vista ser a regra geral a ausência de controle prévio de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas, emerge a preocupação quanto à possibilidade de controle da matriz durante o curso da execução da avença.

Por outro lado, embora não obrigatório – ou seja, apesar de não ser o visto dos tribunais de contas requisito de validade dos ajustes –, é possível o controle prévio do contrato de parceria público-privada, mediante auditorias ou quando as cortes forem chamadas a se manifestar, a exemplo do que pode ocorrer com denúncias ou representações ainda na fase licitatória⁸⁴. Nesses casos, vislumbrando o Tribunal de Contas que a matriz de riscos do contrato está inadequada, é possível a determinação para que o Poder Concedente promova a sua alteração antes mesmo da formulação das propostas de preço pelos licitantes interessados. Outrossim, é também viável a intervenção prévia dos tribunais de contas sobre a distribuição de riscos quando o Poder Público, por iniciativa própria, submete as minutas de edital e contrato às cortes, buscando evitar entraves na execução contratual. Como os projetos de parceria público-privada

de materialização do evento desejável; (ii) alocar o risco à parte com as melhores condições de mitigar as consequências do risco; (iii) alocar o risco à parte com as menores possibilidades de transferir a terceiros o custo decorrente da materialização do risco; e (iv) na ausência de mercado securitário, ou sendo seus valores excessivos, alocar o risco ao parceiro público.

⁸⁴ Também defendendo o controle prévio dos contratos de concessão como medida destinada a evitar problemas futuros na execução do contrato (e, portanto, trazendo eficiência e economicidade ao Estado), vide BULDRINI, 2018, p. 168.

envolvem grande monta de recursos e possuem natureza complexa, não é incomum – e é até salutar – que a Administração Pública licitante deseje se aproximar das cortes de contas ainda na fase de modelagem, quando das etapas de consulta e audiência públicas. Nesses casos, a abrangência do controle dos tribunais de contas sobre as matrizes de risco dos contratos de PPP é mais ampla, porquanto possível alterá-las antes da formulação das propostas de preços pelos licitantes e, por conseguinte, antes da precificação dos riscos pelos particulares.

A controvérsia exsurge quando se está diante de um contrato de parceria público-privada já assinado e em plena execução. É possível, no curso da execução do contrato, mas antes de um determinado risco se materializar, que o Tribunal de Contas determine a sua transferência da Administração Pública para o particular, ou vice-versa? E mais além, é possível à corte controlar a distribuição dos riscos quando estes já tenham se concretizado no curso da avença? Sob a ótica dos tribunais de contas, poderia fazer sentido o controle nestas circunstâncias, já que o risco alocado à Administração Pública que, em respeito aos critérios de distribuição, deveria estar alocado ao particular obrigaria o Poder Concedente a arcar com suas consequências em caso de materialização. Também na perspectiva inversa poderia guardar sentido o controle, já que, se o particular assume risco que não deveria ser seu, irá precificá-lo e o Concedente arcará com o custo independentemente de o risco vir a se materializar.

Há, no entanto, um problema de ordem prática decorrente do controle da matriz de riscos em contratos já em execução. Naturalmente, uma vez declarado o vencedor do certame e celebrado o contrato administrativo, está definida a equação econômico-financeira do contrato de parceria público-privada, que toma por base precisamente a matriz de riscos estabelecida. Desse modo, a alteração da matriz de riscos no curso do contrato de PPP impacta o seu equilíbrio econômico-financeiro, o qual deve ser recomposto. No entanto, considerando que o risco, embora precificável, não tem custo diretamente associado, como reestabelecer o equilíbrio contratual a partir da matriz de riscos alterada? Em outros termos, se tornaria inviável a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da parceria público-privada, já que não há como se mensurar adequadamente o impacto da transferência do risco de uma parte para outra.

Um exemplo talvez auxilie na compreensão da questão: suponha-se um contrato de PPP, na modalidade de concessão patrocinada, para a construção e operação de rodovia mediante a cobrança de pedágio, em que o risco de manifestações políticas que impeçam o fluxo de veículos na via esteja alocado ao parceiro público. Na formulação de sua proposta, o valor da tarifa proposto pelo parceiro privado certamente não considerou a possibilidade de ocorrência de protestos na via, já que o risco havia sido distribuído ao Poder Concedente. Imagine-se que o Tribunal de Contas, durante a execução do contrato, entenda que o referido risco deveria ter

sido alocado ao parceiro privado e determine a alteração da matriz contratual, promovendo-se o reequilíbrio econômico-financeiro da PPP em favor do particular. De que forma o equilíbrio contratual deverá ser recomposto? Como ajustar a equação econômico-financeira do contrato, no curso de sua execução, para contemplar um novo risco alocado ao particular? Qual o valor, em reais, que deve ser acrescido à proposta da licitante, para que se chegue ao equilíbrio da avença? Quanto tempo deve ser acrescido à vigência do contrato para que a parte seja recompensada pela assunção de um novo risco? A resposta à questão é inviável, ante a inexistência de um custo direto associado ao risco que possa ser recompensado ao particular, especialmente se este risco não houver ainda se materializado quando do controle.

Deve-se considerar, ademais, que, como visto, em razão de vedação expressa no texto constitucional, o Tribunal de Contas não pode sustar a execução de contrato administrativo, isto é, não pode impedir diretamente a interrupção da irregularidade verificada caso isso implique na suspensão da execução do ajuste. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 205) sustentam, nesse sentido, que obrigar a revisão de valores previamente acordados no contrato administrativo, ainda que aparentemente não obrigue à suspensão integral do contrato, é medida que possui os mesmos efeitos da sustação e, portanto, não pode ser adotada diretamente pelo Tribunal de Contas. Desse modo, tratando-se a hipótese de controle sobre a matriz de riscos no curso da execução contratual, as cortes de contas estariam impedidas de determinar a alteração na distribuição dos riscos, em respeito ao art. 71, parágrafo primeiro, da CF/1988.

Não se pode olvidar que, ao menos de forma indireta, riscos representam custos, traduzidos em preços no certame. E, nessa toada, não incumbe ao Tribunal de Contas rever preços em sede de fiscalização de contratos administrativos, uma vez que o mecanismo constitucionalmente fixado para tanto é a licitação pública (SUNDFELD; CAMPOS, 2013, p. 224). Em outros termos, o mecanismo jurídico para se aferir a compatibilidade de preços do contrato administrativo com o mercado é a licitação pública, de sorte que o conceito de preço justo é aquele definido no certame licitatório – desde que, obviamente, este tenha sido processado conforme as regras vigentes. Não havendo uma noção ontológica do que seria o preço justo a ser pago pela Administração Pública, há que se compreender a matriz de riscos refletida na proposta vencedora da licitação como a definição da adequação dos preços contratuais aos valores de mercado.

Nesse sentido, é interessante trazer a lume a análise de Marcos Nóbrega (2012, p. 21), quando aduz que as licitações públicas são “detectores de mentiras”, isto é, mecanismos para a revelação de informações pelos licitantes à Administração Pública, que se encontra em situação

desfavorável em termos de assimetria informacional. No entanto, são detectores imperfeitos, já que, precisamente em razão da assimetria de informações sobre a realidade do serviço licitado entre Poder Público e particulares, muitas vezes a Administração não detém condições de identificar a justeza dos preços propostos, abrindo margem para aditivos contratuais e jogos de planilha, em prejuízo da competitividade das licitações e até mesmo da boa-fé nas contratações públicas.

De outra banda, deve-se considerar que, mesmo imperfeito, o mecanismo das licitações públicas é o que, até o momento, se mostrou mais adequado para a seleção de fornecedores para a Administração, e que eventuais falhas ou utilizações equivocadas do instituto não têm o condão de inviabilizá-lo por completo, já que não há como se presumir a má-fé dos licitantes. Nesse sentido, a crítica trazida por Sundfeld e Campos (2013, p. 224) é pertinente, haja vista que permitir ao ente controlador um amplo poder de fiscalização e alteração dos contratos, imiscuindo-se na fixação de preços estabelecida na fase licitatória, contribui sobremaneira para a insegurança jurídica das avenças. Por tal motivo, a alteração de preços (e, por conseguinte, de matrizes de risco) no curso do contrato administrativo pelos órgãos de controle deve ser encarada como medida amplamente excepcional, sob pena de desequilíbrio não apenas da equação econômico-financeira do ajuste, mas, especialmente, do próprio sistema jurídico.

Não por outra razão, Luciano Chaves de Farias confere prevalência ao controle prévio e concomitante das parcerias público-privadas pelos Tribunais de Contas, em detrimento do controle posterior, que deverá ser prioritariamente atribuído aos órgãos de controle interno, para o monitoramento e avaliação do desempenho da PPP (2008, pp. 115-116). Assim, julga-se ser na fase de controle prévio – embora não obrigatória – em que há mais espaço para as cortes de contas avaliarem a economicidade das parcerias público-privadas (FARIAS, 2008, pp. 118-119), o que, por decorrência lógica, representaria o melhor momento para a aferição da distribuição de riscos contratuais.

Recentemente editada⁸⁵, a Instrução Normativa nº 81/2018 do Tribunal de Contas da União conferiu ênfase ao controle prévio das parcerias público-privadas na Administração Pública federal, estabelecendo a necessidade de que, no prazo mínimo de noventa dias antes da publicação do edital de PPP, o Poder Concedente encaminhe ao TCU os estudos de viabilidade do projeto e as minutas de edital e contrato, abrangendo, inclusive, estudos contemplando a

⁸⁵ De acordo com a redação conferida pela Instrução Normativa nº 82/2018, a norma é aplicável aos editais de PPP publicados a partir de 01/01/2019, bem assim aos contratos ou termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões celebrados após a mencionada data. Para os demais casos, aplica-se a revogada Instrução Normativa nº 52/2007 da Corte de Contas federal.

descrição exaustiva da matriz de riscos contratual, fundamentando a escolha pela alocação a cada uma das partes. Em seguida, no prazo de até setenta e cinco dias (antes, portanto, da data prevista para a publicação do edital), a Corte se pronunciará quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos.⁸⁶

Nesse contexto, entende-se que o papel dos tribunais de contas no controle das matrizes de risco em contratos de PPP pode ocorrer em dois momentos e de duas formas distintas: antes da assinatura do contrato de concessão, identificando-se falha na alocação preventiva dos riscos, é possível a indicação de alteração da matriz, já que ainda não estará definida a equação econômico-financeira do ajuste⁸⁷. Por sua vez, uma vez celebrado o contrato, considerando a inviabilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência da redistribuição do risco, o ente de controle externo deverá agir por meio de recomendações para certames futuros, inclusive criando precedentes que deterão função pedagógica na modelagem de ajustes posteriores.

5.4 O CONTROLE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS SOB OS NOVOS PARADIGMAS DO CONSEQUENCIALISMO

O estudo acerca do papel do controle externo na fiscalização das matrizes de risco em contratos de PPP não pode passar ao largo dos novos⁸⁸ paradigmas do direito público estatuídos pela Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Com efeito, há, desde a edição da norma, novos parâmetros de ordem consequencialista para o controle, indicando preocupação do legislador com a invalidação de situações já constituídas e com a segurança jurídica.

Deve-se ter em mente que a sociedade está em constante transformação, e o Direito, por essência, é incapaz de acompanhá-la na mesma velocidade. Isso abre espaço para fenômenos como o ativismo judicial e de órgãos de controle, impactando diretamente na conduta da

⁸⁶ Previsão semelhante é trazida pela Resolução nº 11/2013 do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, que também abrange a análise da alocação de riscos na etapa de planejamento da PPP.

⁸⁷ No entender de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, pp. 180-185), a Constituição Federal limita a prática de atos de comando (isto é, a aplicação de sanções e a sustação de atos) pelo Tribunal de Contas aos casos de ilegalidades, afastando-a nos casos de controle conforme parâmetros de economicidade, eficiência e economicidade. Nessas hipóteses, caberia às cortes de contas apenas promover recomendações. Essa posição levaria à impossibilidade de determinação dos tribunais de contas para que a Administração Pública altere o conteúdo da matriz de riscos, uma vez que a análise se centra em critérios de economicidade, apenas permitindo a emissão de recomendações sem caráter cogente.

⁸⁸ Edilson Pereira Nobre Júnior defende que a Lei nº 13.655/2018, conquanto não represente propriamente uma inovação jurídica, se presta a propiciar mudança de cultura na análise da atividade administrativa (2019, p. 31).

Administração Pública, já que, por estar vinculada à lei, tende a também não conseguir acompanhar a dinâmica social com ligeireza. O ativismo, embora costumeiramente carregue conotação negativa, nem sempre é enxergado por sua faceta nefasta: muitas vezes, o Poder Judiciário e os entes de controle são capazes, em sua atuação, de fornecer respostas mais rápidas e adequadas aos cidadãos, já que acompanham mais facilmente as mudanças e as demandas sociais; por outro lado, o ativismo traz em si caráter potencialmente perigoso, haja vista que a atuação à margem da lei pode atentar contra a legalidade, a segurança jurídica e, inclusive, o princípio democrático, na medida em que juízes e membros de órgãos de controle não são representantes legítimos da vontade popular, eleitos democraticamente para tanto.

A ampla e crescente complexidade social, nesse cenário, conforme defendem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas, implica em normas regulatórias mais abertas, textos normativos mais amplos e que, em larga escala, se valem de conceitos indeterminados (2019, pp. 9-10). Como encontrar, portanto, o real sentido do que seria a “eficiência” ou a “economicidade” nas contratações públicas, ou de que forma restaria respeitado o “interesse público” em uma determinada conduta levada a cabo pelo gestor? Quais os limites legais para a atuação do ente de controle com fulcro em conceitos abertos? Há, assim, espaço conferido pela própria lei, mediante a utilização de conceitos abertos, para que os controladores expandam o leque de sua atuação, induzindo, em alguns casos, à substituição do administrador pelo controlador (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 12). Em outros termos, quando a norma é vaga ou ampla, amplia-se também o campo de atuação do Tribunal de Contas, que passa a deter maior espaço, dentro de um determinado conceito, de justificativa da ação de controle. Um vasto leque de condutas do controlador pode, portanto, se justificar sob o argumento de estar a concretizar “interesse público”, “economicidade”, “boa-fé”, “legitimidade”, o que confere ao controlador o poder de ditar a última palavra sobre a gestão pública.

Trata-se do que José Vicente Santos de Mendonça denomina de “cultura do hipercontrole público”, segundo a qual o controle público é compreendido sob cinco aspectos distintos: (i) controle como vagueza, isto é, associado a conceitos jurídicos amplos; (ii) controle de opinião, colocando como adversários o controlador e controlado, que divergem quanto à interpretação das normas; (iii) controle como performance, para que o controlador alcance boa reputação social mediante artifícios espalhafatosos ou midiáticos; (iv) controle como disputa, ou como briga de forças entre poderes; e (v) controle como incremento, no sentido de que quanto mais controle, melhor para a sociedade (2018, pp. 45-46).

Nesse norte, o eventual hipercontrole da Administração Pública pelos órgãos competentes desvirtua a função constitucional de controle, que é exatamente limitar excessos e promover o equilíbrio entre os poderes da república. Favorece-se, com isso, não apenas a prevalência do controlador sobre o controlado, mas também uma interferência indevida dos tribunais de contas sobre a função administrativa, substituindo-se a vontade do gestor público pela da corte de contas. Consoante ensina Edilson Pereira Nobre Júnior (2019, p. 43):

A fascinação pelo uso dos princípios, agregada pela deformação que a estes vem imprimindo a obra de nossos intérpretes, tem implicado numa subversão não recomendável das diretrizes de interpretação, fomentando consequências desfavoráveis à segurança jurídica. A interpretação passou, na prática, a servir ao arbítrio exclusivo do aplicador do Direito.

A constatação dessa realidade conduziu à necessidade de se conferir amarras ao controlador, com foco na segurança jurídica da atividade de controle em meio a um mundo de incertezas e em um cenário de abuso dos princípios na atividade de controle. As alterações na LINDB, assim, centram-se no intuito de aumentar a segurança jurídica do sistema, favorecendo, por conseguinte, o ambiente das contratações públicas, na medida em que dotam as partes contratantes de maior certeza e previsibilidade quanto à execução do ajuste pactuado no instrumento. Precisamente nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas apontam para a existência de três vetores da segurança jurídica, quais sejam, a estabilidade, a previsibilidade e a proporcionalidade (2019, p. 18), que devem necessariamente pautar a atuação do controlador.

Trasladando-se a questão para o foco do presente estudo, tem-se que a alteração das matrizes de risco no curso do contrato administrativo (ou mesmo antes de sua celebração) pelo órgão controlador deve sempre se voltar para os ditames da LINDB em uma análise consequencialista, isto é, buscando identificar se as consequências da redistribuição do risco são mais danosas do que aquelas que se pretende evitar com a ação de controle.

Com efeito, de acordo com o art. 20 da LINDB, os órgãos de controle não decidirão com fundamento em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, ou seja, sem que o controlador analise de que forma sua decisão impactará na realidade social e na execução do contrato administrativo. Nesse sentido, ao decidir pela alteração da matriz de risco, o Tribunal de Contas deverá demonstrar a necessidade e a adequação daquela medida em face de possíveis alternativas, em um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Não quer isso dizer que é, a partir de agora, defeso aos órgãos de controle decidir conforme valores abstratos, mas apenas que tais valores devem ser concretizados em face das situações identificadas no mundo dos fatos (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25). Em outros termos, ao indicar que a sua decisão está fundada na “economicidade” ou no “interesse público”, o Tribunal de Contas deverá demonstrar, de modo fundamentado, de que forma a opção adotada concretiza a economicidade em face das demais soluções possíveis. Nesse sentido, cabe ao controlador, conforme sua experiência, projetar os efeitos de sua atuação para que se evidencie a compatibilidade entre a solução encontrada e os valores abstratos que a sustentam. As palavras de ordem, portanto, são proporcionalidade e motivação nas decisões dos órgãos de controle que se fundamentem em valores abstratos ou conceitos abertos.

Não há que se falar, ademais, em prevalência do consequencialismo sobre a legalidade (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 55), isto é, não se deve justificar decisões não amparadas em lei sob o pretexto de que acarretam as melhores consequências no caso concreto. O que se pretende é apenas que, na aplicação do Direito pelo controlador, sejam observados não apenas os textos normativos, mas também a sua repercussão no mundo dos fatos a partir da decisão. Identifica-se o consequencialismo, pois, com o dever de adequada motivação dos atos administrativos, já constante na Lei nº 9.784/1999, evitando-se decisões arbitrárias.

Estabelece também a LINDB, em seu art. 21, que a invalidação de ato ou contrato deverá indicar expressamente as suas consequências jurídicas e administrativas, estando vedada a imposição de perdas ou ônus anormais ou excessivos aos atingidos. Trata-se de mais uma consagração expressa do consequencialismo na norma, impondo aos entes controladores que não se centrem apenas no presente (a invalidação por motivo de ilegalidade), mas também se voltem para o futuro, enxergando as decorrências do ato de invalidação. Naturalmente, por ser vedada aos tribunais de contas a anulação de contrato administrativo, a aplicação do postulado normativo é reduzida para o caso ora em análise, sendo certo, contudo, que impõe aos controladores uma mudança de paradigma e de mentalidade no exercício de suas funções.

Em que pese não seja exigido do controlador – mesmo porque o controle não se confunde com futurologia – antever todas as consequências possíveis para a hipótese, a análise consequencialista facilita o controle social da atividade dos tribunais de contas, uma vez que, nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 55), “a retórica das consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser falseada”. Em outros termos, a atividade de controle passa a ser mais pragmática que puramente teórica.

O art. 24 da LINDB, por sua vez, encerra forte preocupação com a segurança jurídica, dismando que a revisão, na esfera administrativa, da validade de ato ou contrato cuja produção já se houver completado deverá levar em conta as orientações da época, a exemplo de jurisprudência judicial ou administrativa majoritária ou a prática administrativa reiterada. Em outros termos, caso o Tribunal de Contas já possua entendimento consolidado quanto à alocação de riscos (por exemplo, dismando expressamente que o risco geológico nos contratos de PPP deve ser alocado ao parceiro público e o risco de demanda, ao parceiro privado), ou caso já tenha validado diversos outros contratos de PPP com matriz de risco semelhante, sem qualquer insurgência, não seria razoável que alterasse seu posicionamento anterior para contratos já celebrados. Nessas hipóteses, caberia à corte de contas promover recomendações para os casos futuros, seja porque não lhe cabe invalidar contratos administrativos, seja porque a LINDB veda esse tipo de conduta.

Há, assim, um novo paradigma para a atividade de controle, que não se cinge a avaliar aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade nos contratos administrativos, devendo também observar as consequências de sua atuação e ponderá-las em face das alternativas existentes. Ao se enxergar o controle das matrizes de risco em contratos de PPP sob os olhares da LINDB, deve-se concluir que a realocação dos riscos em contratos já vigentes é medida que traz consequências danosas ao equilíbrio econômico-financeiro das avenças, comprometendo frontalmente a sua segurança jurídica e que, portanto, deve ser evitada, privilegiando-se as alternativas de recomendações para casos futuros, inclusive mediante a edição de normas e orientações gerais pelas cortes de contas quanto à distribuição de riscos.

5.5 A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COM O CONTROLE DE MATRIZES DE RISCO

O Tribunal de Contas da União, em que pese tenha seu âmbito de atuação restrito à Administração Pública federal, possui papel pedagógico também em face dos demais entes da federação, de sorte que seus julgados, ainda que sem poder coercitivo, pautam muitas vezes a conduta dos gestores estaduais e municipais. Nesse sentido, entende-se relevante analisar de que forma o TCU tem abordado questões afetas à matriz de riscos em contratos administrativos, para verificar se, na prática, há uma preocupação com o controle da alocação preventiva de riscos. Em outros termos, almeja-se perquirir se a prática dos órgãos de controle se amolda à

análise teórica aqui traçada, a partir de uma abordagem empírica dos julgados exarados pela Corte de Contas federal.

A pesquisa foi realizada através do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União (<http://portal.tcu.gov.br>), na aba “Sessões e Jurisprudência” – mais especificamente, através do link <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo> – e a coleta de dados foi realizada entre 21 e 28/09/2019. A pesquisa se restringiu aos acórdãos, descartando-se decisões monocráticas, para que refletisse o entendimento colegiado da corte, o que, julga-se, reproduz de maneira mais fidedigna a compreensão do TCU acerca das matrizes de risco.

Inicialmente, foram inseridos como termos de pesquisa as expressões “matriz de risco” e “parceria público-privada” de forma simultânea, buscando encontrar precedentes da corte que tratassem do controle de matrizes de risco em projetos de PPP, objeto central do presente estudo. No entanto, da pesquisa resultaram apenas nove acórdãos, que não cuidavam especificamente de contratos de parceria público-privada, mas apenas traziam a expressão em seu inteiro teor. Por esse motivo, e considerando a pouca experiência da União com parcerias público-privadas, entendeu-se relevante ampliar o universo da pesquisa, de sorte a abranger o controle de matrizes de risco em contratos diversos.

Com efeito, o estudo do controle da alocação preventiva de riscos em contratos de PPP se amolda também a outras modalidades contratuais, sobretudo nos casos de ajustes celebrados sob a égide da Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e da Lei nº 13.303/2016 (Marco Regulatório das Empresas Estatais), que consignam a obrigatoriedade de matrizes de risco nas contratações integradas e semi-integradas. Assim, a lógica subjacente ao controle de matrizes de risco é a mesma para quaisquer tipos de contrato em que a norma obrigue o gestor público a contemplá-las como anexo do ajuste: controle de legalidade quanto à existência ou não de uma matriz e, ainda, controle de economicidade quanto à parte incumbida da gestão do risco contratual.

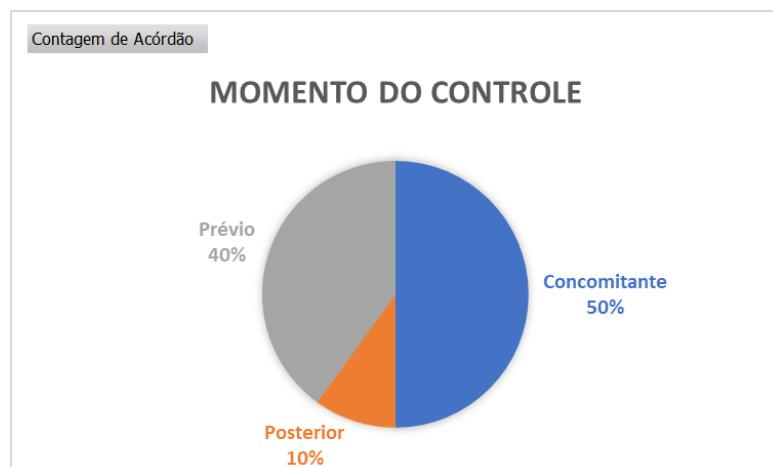
Desse modo, a pesquisa de acórdãos do TCU foi expandida para abranger apenas a expressão “matriz de risco”, do que resultou um total de 187 (cento e oitenta e sete) acórdãos. Foram descartados aqueles em que, apesar de conterem a expressão, não tratavam do controle de matrizes de risco em contratos administrativos, bem assim aqueles em que o assunto era abordado apenas pela área técnica da Corte de Contas, pelo Ministério Público ou pelas partes interessadas, restringindo-se a análise para os casos em que a alocação de riscos foi objeto de apuração pelos ministros do TCU, em seus votos. Em outros termos, é apenas a partir do conteúdo dos votos dos ministros que se pode depreender o entendimento da corte acerca da

matéria, tendo em vista que a análise técnica, conquanto normalmente bastante robusta, não vincula os julgadores.

Dos cento e oitenta e sete acórdãos indicados nos resultados da pesquisa, identificou-se que vinte deles tratavam do assunto ora em análise, o que representa um universo de cerca de 10% (dez por cento) do total da pesquisa. É importante destacar, nesse sentido, que todos os vinte acórdãos selecionados foram oriundos de julgamento proferido pelo plenário do TCU, o que, além de indicar uniformidade na interpretação dos dados, reflete com maior precisão o entendimento da corte – embora sua composição se altere ao longo dos anos. É com fulcro nos vinte acórdãos do TCU que efetivamente abordam o controle de matrizes de risco, portanto, que se traçará as análises adiante detalhadas⁸⁹.

Viu-se, linhas acima, que o controle exercido pelos tribunais de contas sobre os contratos administrativos pode ser prévio (antes de sua celebração), concomitante (durante a sua execução) ou posterior (após o seu encerramento). A pesquisa identificou que o TCU aborda a temática da distribuição de riscos nos três momentos indicados, conforme se depreende do gráfico abaixo, que indica predominância do controle prévio e concomitante:

Gráfico 1 - Momento do controle



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

Por sua vez, no que toca ao tipo de contrato (isto é, o fundamento normativo para a celebração do ajuste) em que o TCU abordou o controle da matriz de riscos, observou-se uma

⁸⁹ Os acórdãos identificados são: 1096/2019, 1174/2018, 1382/2012, 157/2012, 2195/2019, 2629/2018, 2261/2018, 2195/2018, 508/2018, 2591/2017, 2088/2017, 590/2017, 943/2016, 925/2016, 518/2016, 2980/2015, 1441/2015, 621/2015, 2777/2014, 1465/2013, todos do Plenário do TCU.

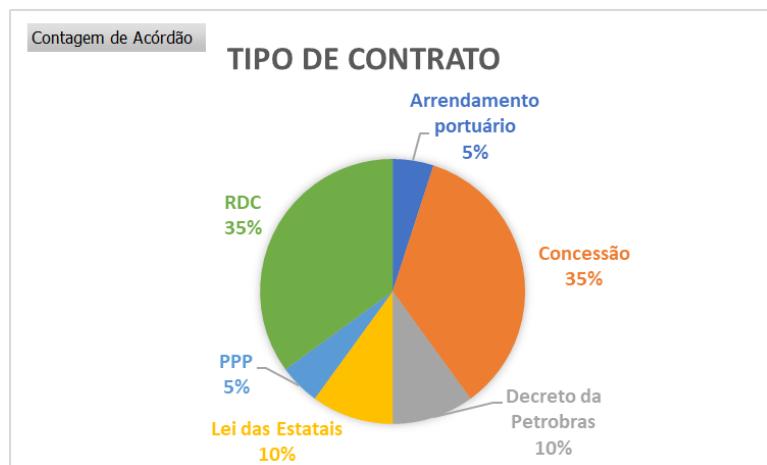
pulverização relevante, com destaque para os contratos de concessão comum e aqueles oriundos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que, juntos, representam 75% (setenta e cinco por cento) da amostra. Encontrou-se, ainda, contratos celebrados sob a égide do Decreto de Licitações da Petrobras, contrato de arrendamento portuário, contratos com fundamento no novo Marco Regulatório das Empresas Estatais e apenas um contrato de parceria público-privada.

Cumpre esclarecer, no ponto, que o contrato de PPP objeto da análise da Corte foi o ajuste celebrado pelo Estado de Pernambuco para a construção e operação da Arena Pernambuco, destinada aos eventos esportivos internacionais ocorridos no país em 2013 e 2014 (Acórdão nº 1382/2012 – Plenário). Apesar de se tratar de um contrato estadual, o TCU promoveu a sua fiscalização em razão de haver sido concedido empréstimo do Banco do Nordeste do Brasil à concessionária. No entanto, especificamente no que toca à matriz de riscos contratual, ainda que se possa cogitar de críticas em sua formatação, a Corte de Contas federal consignou que a análise incumbiria ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, abstendo-se de avaliar o seu conteúdo.

De qualquer sorte, como se viu, as análises traçadas para as matrizes de risco e seu controle nos contratos de concessão e RDC podem ser transpostas às parcerias público-privadas, uma vez que a sistemática de distribuição preventiva é assemelhada em todos os casos.

O Gráfico 2 sintetiza os tipos de contrato, classificados conforme a legislação de regência, sobre os quais o TCU promoveu o controle de matrizes de risco:

Gráfico 2 - Tipo de contrato



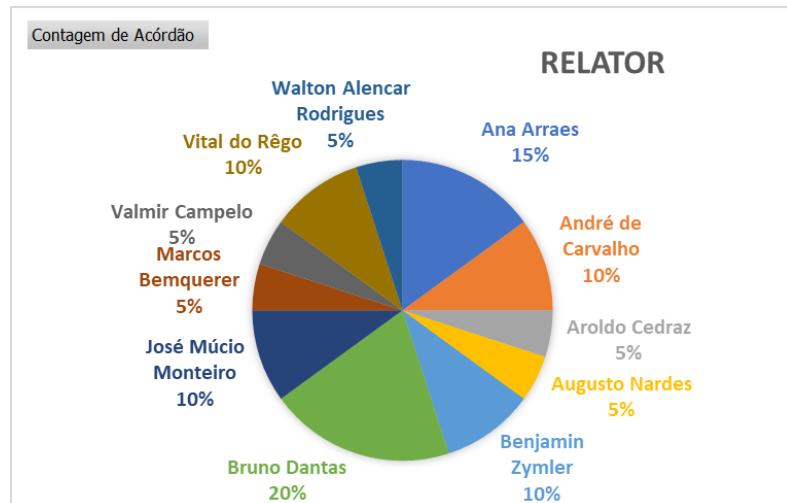
Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

A pesquisa demonstra, neste aspecto, que, sem embargo das ponderações doutrinárias já apontadas, o TCU realiza o controle de concessões comuns celebradas sob a égide da Lei nº 8.987/1995, as quais, por se remunerarem mediante o pagamento de tarifa advinda dos usuários, não possuem impacto orçamentário direto nas contas públicas. Isto indica que, mesmo nos casos em que não haja desembolso de recursos públicos, a Corte de Contas se arvora no dever de fiscalizar o funcionamento da Administração Pública e as suas contratações.

A constatação é relevante porque demonstra que a atividade de controle pelos Tribunais de Contas vai além do adequado emprego de recursos públicos, abrangendo também aspectos de legalidade e de legitimidade das avenças pactuadas. Emerge, assim, a compreensão de que, mesmo nas concessões comuns, em que não há reflexo patrimonial direto para o Erário (embora haja impacto financeiro para o usuário do serviço público, a depender da matriz de risco adotada no contrato de concessão), o TCU exerce papel fundamental no fortalecimento do controle social da Administração Pública, munindo os cidadãos de informações técnicas aprofundadas quanto à gestão e operação de serviços públicos de grande importância social.

Retomando-se a sistematização dos resultados coletados, verifica-se haver grande pulverização de relatores nos acórdãos em que se abordou o controle da alocação de riscos, com leve prevalência do Ministro Bruno Dantas:

Gráfico 3 - Relator

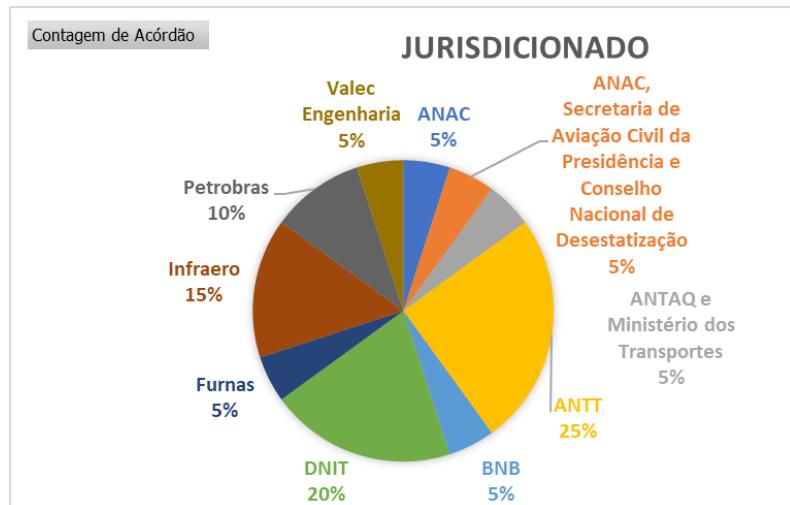


Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

Também quanto aos jurisdicionados – isto é, a entidade pública controlada pelo TCU – houve grande pulverização de entes fiscalizados entre os vinte acórdãos em que a Corte de

Contas federal abordou o controle das matrizes de risco, abrangendo agências reguladoras, autarquias, empresas estatais e órgãos da Administração Pública direta, conforme retratado no Gráfico 4:

Gráfico 4 - Ente jurisdicionado



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

A prevalência da Agência Nacional de Transportes Terrestres e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, respectivamente agência reguladora e autarquia federal do setor de transportes, se justifica pelo grande número de concessões rodoviárias no país. Conquanto a Lei nº 8.987/1995, como já abordado em capítulo anterior, não traga a obrigação de previsão de matriz de riscos anexa ao contrato de concessão, a prática evidencia que o instrumento é utilizado em diversas avenças, promovendo uma cultura de gestão de risco na Administração Pública e contribuindo para a previsibilidade dos contratos administrativos.

É importante notar, na valoração dos dados colhidos a partir dos julgados do TCU, que a Corte age de modo distinto a depender das peculiaridades do caso concreto, isto é, ora determinando a adoção de alguma providência pelo ente jurisdicionado, ora recomendando alguma conduta para casos futuros. Em parte dos casos, ademais, o TCU apenas abordou a matriz de riscos do contrato fiscalizado, sem, entretanto, promover qualquer recomendação ou determinação ao ente.

Entre as situações em que a Corte de Contas federal não fez recomendação ou determinação, podem-se exemplificar as hipóteses em que o TCU (i) chancelou a matriz de risco elaborada pelo ente contratante (Acórdão nº 157/2012 – Plenário), (ii) acolheu as justificativas do jurisdicionado acerca da ausência de matriz de riscos no contrato (Acórdão nº

2629/2018 – Plenário), (iii) entendeu que, na ausência de matriz de riscos no contrato, deve-se aplicar a regra geral contida no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, que consagra a teoria tradicional das áleas (Acórdão nº 2591/2017 – Plenário), e (iv) sustentou que a inclusão posterior de matriz de riscos no contrato, já no curso de sua execução, violaria os princípios da isonomia e vinculação ao instrumento convocatório do certame (Acórdão nº 2980/2015 – Plenário).

O Gráfico 5 sintetiza as conclusões do TCU quanto às matrizes de risco nos contratos sob sua fiscalização:

Gráfico 5 - Indicação do TCU



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

É interessante notar que, quando se trata de controle prévio de matrizes de risco, o TCU tende a promover determinações aos entes fiscalizados, ou seja, indica a necessidade de alteração das matrizes de risco inicialmente fixadas pelas minutas contratuais. Nesse momento de fiscalização, como ainda não houve a celebração do contrato – em muitos casos, sequer houve a publicação do edital do certame –, a alteração da matriz é medida aceitável e salutar, considerando ainda não ter sido estabelecida a equação econômico-financeira da avença.

Por outro lado, no controle concomitante, já tendo havido a publicação do edital e a fixação da equação econômica do contrato, cai drasticamente o percentual dos casos em que a Corte de Contas age por meio de determinações. Na maior parte dos acórdãos identificados em sede de controle concomitante, o TCU optou por não realizar recomendação nem determinação,

apenas anuindo com a matriz já apresentada, entendendo inviável a alteração dos ajustes ou opinando pela inexistência de medidas saneadoras para os contratos em apuração.

Por sua vez, no controle posterior, a integralidade dos acórdãos pesquisados não trouxe recomendação nem determinação aos entes fiscalizados.

Os Gráficos 6 e 7 sintetizam as informações apresentadas:

Gráfico 6 - Conduta do TCU no controle prévio



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

Gráfico 7 - Conduta do TCU no controle concomitante



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados do Tribunal de Contas da União

Frise-se, no caso do Gráfico 7, que o elevado número de determinações (40% do universo, equivalente a quatro acórdãos) em controle concomitante não significa que o TCU tenha invadido a esfera administrativa e determinado, no curso da execução do contrato, a alteração da alocação de riscos previamente fixada pelas partes. Em verdade, em três dos quatro

acórdãos (Acórdãos nº 508/2018, 1441/2015 e 621/2015, todos oriundos do Plenário da Corte), o TCU proferiu determinação com caráter prospectivo, indicando que, nos casos futuros, deveria ser incluída matriz de risco como anexo do contrato. Em outro caso (Acórdão nº 2088/2017), a Corte de Contas federal cingiu-se a determinar ao ente jurisdicionado que justificasse a ausência de matriz de riscos no contrato objeto da fiscalização.

Nos casos de controle prévio, de outra banda, houve casos em que o TCU determinou (i) a inversão da alocação de riscos previamente fixada (Acórdão nº 1096/2019 – Plenário), (ii) que a matriz incluísse um determinado risco não previsto anteriormente, sem, entretanto, estabelecer a quem competiria a responsabilidade por sua gestão (Acórdãos nº 2261/2018 e 1174/2018, ambos do Plenário), (iii) a atribuição à concessionária de riscos identificados (Acórdãos nº 943/2016, 2195/2018 e 2195/2019, todos do Plenário), e (iv) que a matriz de riscos deveria ser redigida de maneira mais clara (Acórdão nº 925/2016 – Plenário).

O resultado da pesquisa se coaduna com as conclusões obtidas ao longo do estudo e traçadas nos itens anteriores, no que tange à abrangência do controle exercido pelo TCU sobre as matrizes de risco conforme o momento em que a fiscalização é exercida. Defendeu-se que, em sede de controle prévio, haveria maior liberdade para que o órgão de controle promovesse a redistribuição dos riscos contratuais, uma vez que ainda não estaria cristalizada a equação econômico-financeira do contrato. Demais disso, defendeu-se também que, uma vez celebrada a avença, estaria limitado o poder de controle do Tribunal de Contas sobre aquele contrato especificamente considerado, cabendo-lhe apenas recomendar atuação diversa para casos futuros. De acordo com a pesquisa aqui traçada, verifica-se que o TCU tem agido precisamente desta maneira, denotando a preocupação da corte com a segurança jurídica dos contratos.

Inclusive, no Acórdão nº 2980/2015 – Plenário, o Ministro Benjamin Zymler frisou, em seu voto, que a inclusão posterior de uma matriz de riscos no contrato através de termo aditivo contratual violaria os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Perceba-se que, no caso, a questão envolvia não a alteração de uma matriz previamente fixada, mas a inclusão de uma matriz de riscos em contrato que não a contemplou inicialmente, sem que o TCU estivesse a realizar, ele próprio, a distribuição dos riscos contratuais. Com muito mais razão, assim, deve-se compreender o entendimento do TCU para vedar a alteração de matriz de riscos no curso da execução do contrato, sob o fundamento não apenas de segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança, mas também de isonomia e vinculação ao instrumento contratual, tendo em vista que as regras do jogo são fixadas no edital e consolidadas no momento da assinatura do ajuste entre a Administração Pública e o particular.

É importante registrar, por fim, que, mesmo nos casos em que o TCU promoveu determinações ou recomendações quanto às matrizes de risco dos contratos sob sua análise, não houve menção ostensiva ao fundamento da economicidade como a pedra fundamental da atividade de controle, tampouco aos critérios estudados ao longo do presente estudo quanto aos parâmetros para a adequada distribuição dos riscos entre as partes contratantes. De qualquer sorte, entende-se que isto não retira a relevância dos precedentes identificados, uma vez que são apenas os primeiros movimentos do Tribunal de Contas da União quanto à pertinência das matrizes de risco em contratos de infraestrutura, matéria ainda bastante incipiente na atividade de controle externo.

Da pesquisa de precedentes oriundos do Tribunal de Contas da União verifica-se, portanto, que a Corte, ao se debruçar sobre as matrizes de risco em contratos de infraestrutura, ateve-se ao seu mister constitucional quanto aos limites de atuação dos órgãos de controle, não se identificando casos de hipercontrole, de interferência indevida na autonomia administrativa, tampouco de afronta à segurança jurídica em decorrência das determinações exaradas pelo TCU. Ainda que os acórdãos identificados tenham sido proferidos antes das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro quanto à aplicação do direito público pelos órgãos de controle, é de se notar que a Corte de Contas federal já demonstrava preocupação com a segurança das contratações fiscalizadas, evitando imiscuir-se em contratos já em vigor.

6 CONCLUSÕES

Ao cabo das análises traçadas ao longo do presente estudo, verifica-se a grande importância das parcerias público-privadas para a concretização de projetos de infraestrutura no país. Sem embargo das dificuldades encontradas em alguns desses empreendimentos, culminando, inclusive, com a rescisão antecipada dos contratos – muito devido à larga inexperiência da Administração Pública e da iniciativa privada, levando a parcerias mal projetadas –, o instituto é bastante louvável em seu intento de viabilizar a ampliação da infraestrutura nacional. Nesse sentido, vislumbra-se que, com o amadurecimento da gestão pública e a colaboração dos órgãos de controle, as parcerias público-privadas terão grande papel no incremento da infraestrutura brasileira, contribuindo para o avanço econômico e social, sobretudo ao se considerar ser absolutamente inviável o financiamento estatal de todos os projetos necessários ao bem-estar da coletividade e ao crescimento do país.

A Lei nº 11.079/2004 veio para preencher espaço não suprido pelas formas tradicionais de contratação reguladas pelas Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995. Muito embora haja uma tendência a se indicar que as lacunas se referem aos prazos de duração dos projetos, à viabilização financeira quando as tarifas não se sustentam isoladamente e ao financiamento privado integral antes do início da disponibilização da infraestrutura, é certo que parte do espaço que as normas anteriores haviam deixado diz respeito à disciplina do risco nas contratações públicas, que necessitava evoluir para os novos paradigmas da sociedade de risco. Em outros termos, a teoria tradicional das áleas, embora ainda aplicável (tendo em vista que não houve revogação dos diplomas indicados), não se mostra mais adequada para lidar com as complexidades da sociedade moderna, mormente em contratos de duração prolongada.

Se a história recente mostrou a relevância das PPPs para a efetivação de projetos e empreendimentos inviáveis sob a ótica das concessões comuns e da Lei Geral de Licitações, mostrou também que há muito a se avançar na formatação destas parcerias, especialmente quanto à elaboração de uma matriz de riscos adequada à realidade das partes contratantes. Não se pode olvidar que o risco é inerente à vida em sociedade e que, portanto, invariavelmente atingirá os contratos administrativos. Cumpre, portanto, encontrar maneiras de se lidar com ele, buscando geri-lo com vistas a reduzir a sua influência sobre a execução da avença.

Nesse prisma, a Lei nº 11.079/2004 inaugurou mudança de paradigma, iniciando uma preocupação com a gestão de riscos na Administração Pública, que sempre se pautou por medidas reativas, de análise e tratamento de consequências, e não pelo estudo e controle de causas. Não por outra razão, parte relevante dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro

de contratos administrativos – motivados, essencialmente, pela ocorrência de eventos indesejados que impactam na execução da avença, ou, em outros termos, pela concretização de riscos – não encontra solução administrativa e desemboca no Poder Judiciário, que, infelizmente, tampouco é treinado para gerir riscos, mas apenas para encontrar soluções depois que seus efeitos, muitas vezes irreversíveis, já atingiram o contrato.

Com o advento da Lei de PPP, assim, reforça-se uma tendência a que os contratantes, ao menos nesta espécie contratual, passem a agir de forma preventiva, cooperando entre si para o sucesso da parceria, não mais assumindo postura adversarial e belicosa em face da parte contrária. Trata-se da real consagração do vocábulo “parceria”, em que ambas as partes possuem papéis bem definidos e igualmente necessários para o sucesso da execução contratual. Naturalmente, não se está a defender que riscos, problemas e intercorrências não ocorram em contratos de parceria público-privada, mas apenas em constatar que o foco deve ser na atitude preventiva, e não em simplesmente aguardar a ocorrência do evento indesejado para se avaliar a medida mais adequada a tomar no caso concreto.

É importante que as parcerias público-privadas sejam compreendidas em um contexto de efetiva colaboração entre as partes, não mais havendo espaço para uma postura adversarial, típica dos contratos administrativos tradicionais. A polarização entre as partes, comum nas relações contratuais pactuadas entre a Administração Pública e o particular, cede espaço, nas PPPs, a um cenário híbrido, de suavização da figura da força estatal. Essa mudança de paradigma é essencial para se compreender as PPPs como, de fato, parcerias, em que os contratantes caminham lado a lado, e não mais em sentidos opostos. Assim, alocar adequadamente os riscos é fundamental não apenas para suavizar o peso da contratação sobre as partes e reduzir os custos da avença, mas, sobretudo, para que o Poder Concedente e o concessionário possam focar na execução das tarefas que lhe incumbem e na satisfação do interesse público subjacente à contratação.

Não se pode olvidar que contratos de parceria público-privada podem alcançar até trinta e cinco anos de duração, acentuando a importância de uma adequada alocação de riscos contratuais para que a Administração Pública e o particular possam, desde o momento de assinatura da avença, envidar seus melhores esforços na prevenção dos eventos capazes de interferir no sucesso da parceria. Com efeito, a matriz de riscos deve ser feita de forma pensada, cautelosa, completa na medida do possível, customizada para cada projeto e atenta às reais condições do serviço a ser prestado. A fase de modelagem do negócio, portanto, é essencial para conferir todas as amarras ao projeto, evitando que as partes, no curso da execução do

contrato, se vejam diante de situações completamente desconhecidas, causando incertezas quanto ao impacto disto no contrato administrativo.

Uma matriz de riscos bem construída se mostra essencial não apenas para a atratividade da PPP (ou seja, para ampliar a competição de potenciais parceiros no processo licitatório e, por conseguinte, favorecer a eficiência da contratação), mas, sobretudo, para a sua longevidade, tendo em vista que a materialização de risco atribuído a quem não detém as melhores condições de geri-lo pode ser desastrosa e, inclusive, inviabilizar a continuidade do ajuste como um todo. Nesse contexto, deve-se avaliar previamente, a partir dos quatro critérios fundamentais para a alocação de riscos (alocá-lo a quem tem as maiores chances de preveni-lo, de mitigar as suas consequências, distribuí-lo para quem terá as menores possibilidades de transferir a terceiros o custo decorrente da materialização dos riscos ou conferi-lo ao parceiro público em caso de indisponibilidade do mercado securitário), a parte mais adequada para ficar incumbida de sua gestão. Em outros termos, nem faz sentido alocar todos os riscos ao particular, para uma pretensa tutela do interesse público, nem tampouco transferi-los integralmente à Administração Pública, para ampliar a busca por competitividade nas licitações. Essa equivocada ideia talvez explique o porquê de tantos contratos tradicionais, celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993 e de sua teoria tradicional das áleas, gerarem problemas e demandarem renegociações, muitas vezes em sede judicial – o que seria ainda mais grave caso a Lei Geral de Licitações permitisse a assinatura de contratos com prazos de vigência assemelhados aos de uma PPP.

Demais disso, conquanto os contratos não sejam imutáveis, não há razão para se pretender alterar a matriz de riscos no curso de sua execução, em razão do perigo de comprometimento da equação econômico-financeira cristalizada no momento da assinatura do ajuste, reforçando a necessidade de uma matriz bem estruturada ainda na fase de licitação. Com efeito, não possuindo as partes elementos para aferir e delimitar precisamente o impacto da alteração da matriz de riscos no caso concreto, após a celebração do ajuste, deve-se compreendê-la como estática, uma vez que, do contrário, estar-se-ia diante do receio de grave afronta à matriz de riscos, que norteia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. É evidente que a equação econômico-financeira dos contratos administrativos é constantemente atingida e recomposta, mas, especificamente no caso da matriz de riscos, entende-se que as partes não possuem elementos objetivos para calcular o impacto da alteração, realizada em tese (antes de o risco se materializar), no contrato e, portanto, não se entende viável modificar a matriz após o início da execução contratual.

Essa discussão conduz à necessidade de adequada definição do papel do controle da Administração Pública. Tem-se visto, em muitos casos recentes, predominância da atividade de

controle em detrimento da atividade administrativa, que, como é cediço, devem caminhar em equilíbrio, sem prevalência de uma sobre a outra. Esse desencaixe entre os papéis pode ser temerário, em razão do risco à independência dos poderes e ao princípio democrático. Também por esse motivo, entende-se que a alteração dos contratos administrativos pelos órgãos de controle externo – que não são compostos de gestores públicos, eleitos democraticamente para tal – após o início de sua execução pode ser perigosa não apenas para aquele ajuste especificamente considerado, mas para o funcionamento e a homeostase do sistema jurídico de forma geral.

Nomeadamente no que tange à abrangência do controle externo da matriz de riscos em contratos de parceria público-privada, vislumbra-se possível a alteração da matriz de riscos, desde que o contrato de concessão ainda não tenha sido celebrado, isto é, desde que os licitantes possam refletir a alteração indicada pelo órgão de controle em suas respectivas propostas comerciais. Uma vez estabelecida a equação econômico-financeira da PPP, a partir da celebração do contrato com a licitante vencedora, a atuação dos tribunais de contas acerca da matriz de riscos deve se centrar na recomendação ou determinação para casos futuros, na hipótese de vislumbrada alguma inconsistência na aplicação dos critérios de alocação de riscos, haja vista a ausência de parâmetros objetivos para a precificação do risco após a contratação da licitante vencedora.

Deve-se considerar, ademais, que os critérios para a distribuição dos riscos entre os parceiros público e privado não são objetivos, tampouco definidos em lei, mas em muito dependentes do bom senso. Nesse sentido, a identificação da parte que tem as melhores condições para, no caso concreto, realizar a gestão do risco é análise, de certa forma, subjetiva e sujeita a interpretações distintas conforme a parte encarregada de sua apreciação. Por tal razão, e de sorte a evitar interferências indevidas do controlador sobre o controlado, a atuação dos tribunais de contas para a distribuição de riscos por meio de determinações, ainda que para casos futuros, deve ocorrer apenas nos casos em que se identificam erros grosseiros na matriz inicialmente elaborada pelo gestor público, sob pena de se verificar indevida quebra de braço entre o administrador e o controlador.

Inclusive, o papel do tribunal de contas de exarar recomendações para casos futuros favorece e fortalece a postura de cooperação entre controlador e controlado que, espera-se e vislumbra-se, deve prevalecer na Administração Pública. Não se trata de impedir aos tribunais de contas a eventual aplicação de sanções individuais aos gestores públicos no caso de irregularidades na alocação dos riscos contratuais que tenha, de alguma forma, causado prejuízo ao Poder Público – análise esta que escapa ao escopo deste trabalho, cujo objetivo é

compreender o reflexo da atividade do controle da matriz sobre a execução do contrato administrativo, e não sobre a esfera privada dos gestores públicos –, mas de compreender que, após o início da execução do contrato, a alteração da matriz pelo tribunal de contas é muito mais danosa do que a manutenção de uma alocação equivocadamente realizada.

Em outros termos, ainda que uma matriz de riscos mal elaborada possa comprometer a economicidade das contratações públicas, deve-se adotar uma análise macro (do sistema como um todo) em detrimento de uma análise micro (a falta de economicidade no contrato específico), de maneira a se privilegiar a segurança jurídica e a previsibilidade das contratações públicas, limitando-se o campo de atuação dos órgãos de controle. Afinal, a imprevisibilidade da atuação dos tribunais de contas sobre a execução dos contratos administrativos e sobre a sua equação econômico-financeira é, também, um risco que incide sobre as avenças, não podendo o controlador, a pretexto de sanar uma falha na matriz, acabar por concretizar novos riscos.

Diante de tais constatações, entende-se que o grande legado da Lei de PPP – já ampliado para a Lei do RDC, Lei das Estatais e para o projeto da nova Lei de Licitações, tamanha a sua importância no contexto da sociedade de riscos – é justamente incutir no administrador público e no particular que contrata com a Administração a preocupação com a atuação preventiva, isto é, com a gestão dos riscos necessariamente incidentes sobre o ajuste desde o momento de sua celebração. A partir do momento em que ambas as partes, Poder Público e particular, passarem a enxergar o contrato administrativo como uma avença de esforço comum, haverá uma tendência a se ampliar a cultura da prevenção dos eventos indesejados, uma vez que riscos não serão vistos como oportunidade para aditivos contratuais de reequilíbrio de preço, mas como fatores externos capazes de comprometer o sucesso da parceria, prejudicando todos os atores envolvidos.

Nesse cenário, os tribunais de contas devem ocupar papel bastante relevante na fixação de diretrizes capazes de nortear o gestor público – e o particular, no caso de projetos viabilizados através de procedimentos de manifestação de interesse – na fase de modelagem contratual, a reforçar o contexto de parceria formada por quatro vértices igualmente importantes: Administração Pública, particular contratado, órgãos de controle e usuários. Apenas com o equilíbrio entre estes quatro agentes é que se desenvolverá um ambiente de negócios e de contratações públicas seguro, duradouro e robusto.

Com quinze anos de vigência, a Lei nº 11.079/2004 está em sua adolescência, fase em que há uma tendência a se perceber em alto grau de maturidade e autossuficiência. No entanto, como bem sabem os adultos, quinze anos é um período deveras curto para que se possa julgar a experiência e a maturidade adquirida pelos gestores públicos a partir dos atuais paradigmas

de risco na Administração Pública, sobretudo ao se considerar que os novos diplomas que também reproduziram a preocupação com a alocação preventiva de riscos são ainda mais jovens. Espera-se, contudo, que a gestão do risco nos contratos administrativos não encontre sua obsolescência com o passar dos anos, mas, ao contrário, alcance sua perenidade no seio da sociedade de riscos, exercendo função capital na longevidade dos projetos, na redução das taxas de renegociação contratual e na segurança jurídica das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ADAMS, John. **Risco**. São Paulo: Editora Senac, 2009.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de. ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de. MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

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.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas**: instrumento de uma nova governação pública. 2008. 661 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BING, Li. *et al.* The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK. **International Journal of Project Management**, [S. l.], v. 23, p. 25-35, 2005.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo: márgenes de discrecionalidad y de apreciación. In: ABERASTURY, Pedro. BLANKE, Herlann-Josef. **Tendencias actuales del procedimiento administrativo em Latinoamerica y Europa**: Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Buenos Aires: Eudeba/Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. NEVES, Cesar das. Parceria Público-Privada: Riscos e Mitigação de Riscos em Operações Estruturadas de Infra-Estrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, p. 73-118, jun. 2005.

BORGES, Luiz. Riscos e sua mitigação em financiamento de investimentos em infraestrutura em PPP – parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo. JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2019.

BULDRINI, Ane Karen Dornela de Souza. O controle das concessões como instrumento necessário à eficiência dos serviços públicos. *In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). Controle da Administração Pública direta e indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CABRAL, Flávio Garcia. **O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, jan./abr. 2018.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Verbatim, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações públicas para projetos de infraestrutura. *In: MARCATO, Fernando S. PINTO JUNIOR, Mário Engler. Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57-95.

CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos privados da Administração Pública: uma análise do regime jurídico aplicável.** 2011. 146f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. *In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (orgs.). Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP.* Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

CAVALCANTI, Francisco. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. **Revista do TCU**, n. 108, jan./abr. 2007, p. 7-18.

CAVALCANTI, Francisco. História das ideias jurídicas da Administração Pública Brasileira. *In: BRANDÃO, Cláudio. SALDANHA, Nelson. FREITAS, Ricardo (Coords.). História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva.* São Paulo: Atlas, 2012.

CHADID, Ronaldo. **A função social do Tribunal de Contas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. **Columbia Law Review**, v. XXXV, n. 6, jun. 1935.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and Economics.** Berkeley Law Books, 2016.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. **Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias – Fundamentos.** Disponível em <http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-1/guiadegerenciamenteriscosfundamentos.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE, Porto Alegre, n. 22, p. 17-31, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Luciano Chaves de. **O Controle Extrajudicial das Parcerias Público-Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FORTINI, Cristiana. PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias Público-Privadas:** repartição objetiva de riscos. 2011. 170f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FRANÇA, Philip Gil. **Controle da Administração Pública:** Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de Riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar. 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA, Sérgio. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Véras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas**. Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 2.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: **Interesse Público**, v. 9, n. 42, p. 77-125, mar./abr. 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. SAADI, Mário. O procedimento de manifestação de interesse. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos**

administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo:** Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. São Paulo: Método, 2018.

LIMA, Mário Marcio Saadi. **O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Fórum, 2009.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della costituzione.** Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. FEIGELSON, Bruno. (Coord.). **Regulação e Novas Tecnologias.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 189, p. 100-113, jul./set. 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDIETA, Juan Sebastián Ortiz. Hacia una reflexión histórica del Derecho Administrativo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 11, p.295-301, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro,

Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MIRANDA, Iúlian; ROCHA, David de Oliveira Lima. A possibilidade de alocação de riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 à luz do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista Científica FAGOC Jurídica**, Ubá, v. I, p. 53-69, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. *In: _____ (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 28, n. 74, p. 31-50, out./dez. 1997.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. *In: TALAMINI, Eduardo. JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Llicitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Nova Dimensão Jurídica, ano XXI, nº 11, nov. 2005.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 30, abril/maio/junho 2012.

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Os limites e a aplicação da taxa interna de retorno. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./nov. 2010.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, maio-julho 2010.

OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. **As Parcerias Público-Privadas e os Novos Desafios do Setor de Infraestrutura: Crise econômica, ajuste fiscal, reequilíbrio contratual e perspectivas para o futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PADIYAR, Vaijayanti; SHANKAR, Tarun; VARMA, Abhishek. **Risk Management in PPP**. IL&FS Infrastructure Development Corporation Ltd, 2004.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PECI, Alketa. SOBRAL, Filipe. Parcerias Público-Privadas: Análise Comparativa da Experiência Inglesa e Brasileira. In: **Cadernos EBAPE.BR**, v. 5, n. 2, jun. 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. Mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **10 anos da Lei de PPP, 20 anos da Lei de Concessões: viabilizando a participação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico e social**. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-ppps-20anos-lei-concessoes.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

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

RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno**: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada**: fundamentos econômicos e jurídicos. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre os contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. FERRAZ, Sérgio. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. SAAD, Amauri Feres (org.). **Direito Administrativo e liberdade**: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALLES, Alexandre Aroeira. Tribunais de Contas: competentes constitucionalmente para o exercício das funções administrativa e jurisdicional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 203-239, jan./abr. 2018.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. Redefinindo a alocação dos riscos nas contratações públicas. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 13, 2014.

SILVA, Anderson Luiz. **Tribunal de Contas da União**: competência julgadora e controle judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. As parcerias público-privadas e a plástica nos contratos de concessão no Brasil. In: JUSTEN FILHO, Marçal. SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas**: Controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. O Tribunal de Contas e os preços dos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. *In: MARCATO, Fernando S. PINTO JÚNIOR, Mário Engler (coord.). Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEIXEIRA, Mariana Quaresma Mendonça. **Riscos regulatórios em parcerias público-privadas**. 2007. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. TONILOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 43-54, jul./dez. 2007.

TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2014.

TREBILCOCK, Michael J. PRADO, Mariana Mota. **Derecho y desarrollo**: Guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2017.

WALD, Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. São Paulo: Saraiva, 2004.

WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZYMLER, Benjamin. ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.