



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



RENATO ALBUQUERQUE DEÁK

**DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS: Aspectos Jurídicos e Econômicos**

Recife

2018

Renato Albuquerque Deák

**DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS: Aspectos Jurídicos e Econômicos**

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 requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público

Linha de Pesquisa: Estado e Regulação

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife

2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

D278p Deák, Renato Albuquerque
Da repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas: aspectos jurídicos e econômicos. – Recife: O Autor, 2018.
164 f. tabs.

Orientador: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.
Inclui referências.

1. Parceria público-privada – Legislação – Brasil. 2. Avaliação de riscos. 3. Concessões administrativas – Brasil. 4. Brasil. [Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004]. 5. Contratos. 6. Direito privado. 7. Direito público. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da (Orientador). II. Título.

346.81023 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-25)

RENATO ALBUQUERQUE DEÁK

**DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS: Aspectos Jurídicos e Econômicos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Aprovada em: 23/02/2018

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dr^a. Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Examinadora Externa)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. André Régis de Carvalho (Examinador externo)
Universidade Federal de Pernambuco

Aos meus pais, José e Miriam.
Aos meus filhos Gabriel, Júlia e Eduardo.
E à minha esposa, Rafaella.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai José e à minha mãe Miriam – pelo incentivo ao estudo e pelas oportunidades que me proporcionaram. Mas, acima de tudo, pelo exemplo de amor e de correção que me moldou a personalidade e que, ainda hoje, me inspira a sempre e a cada dia tentar ser uma pessoa melhor.

Agradeço à minha esposa pela paciência e pelos momentos que abdicou de minha companhia para permitir que eu levasse a efeito o presente trabalho.

Agradeço, também, ao meu Orientador, Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega, bem como ao Prof. Dr. Edilson Nobre Júnior e à Prof^a. Dr^a. Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega pelas preciosas contribuições e sugestões bibliográficas que foram imprescindíveis para o presente trabalho.

Agradeço, por fim, à Procuradoria-Geral do Município do Recife, que me permitiu conciliar os estudos com o exercício do cargo de Procurador do Município (que muito me honra), em especial, aos meus colegas da Procuradoria de Termos, Licitações e Contratos; e aos meus amigos de Urbano Vitalino Advogados, banca advocatícia da qual tenho orgulho de integrar.

RESUMO

A repartição objetiva de riscos em parcerias público-privadas é aspecto fundamental para a viabilidade do projeto e para a adequada estruturação de um arranjo contratual que possa privilegiar a eficiência e o melhor aproveitamento de recursos públicos. Num primeiro momento, será analisada a noção de risco e de incertezas, a fim de precisar os seus elementos estruturantes e as etapas necessárias para a identificação, avaliação e alocação de riscos, para, ao final, redundar numa matriz de risco. No entanto, a alocação de riscos demanda a compreensão das PPPs sob o seu aspecto jurídico, quer dizer, a sua estruturação como espécie de concessão, seja na modalidade patrocinada, seja na modalidade administrativa, sendo que esta última se revela a mais polêmica sob o prisma jurídico. Demanda, ainda, o afastamento da teoria das áleas tratada pela Lei 8.666/93, incapaz de oferecer uma resposta adequada no contexto das concessões, seja em razão das disposições da Lei 11.079/04 (a determinar uma repartição objetiva de riscos, inclusive os relativos a força maior), seja por desconsiderar aspectos econômicos fundamentais para a viabilidade do contrato de PPP. Nesse contexto, e considerando a inexistência de critérios legais gerais, a análise das diretrizes de repartição objetiva de riscos em PPPs pressupõe, em primeiro lugar, a aplicação do princípio da eficiência, tendo em seu conteúdo fundamental a análise de custo-benefício, bem como a consideração de aspectos econômicos, tais como teoria da agência, externalidades, assimetria de informações e a teoria dos custos de transação.

Palavras-chave: Concessão. Parceria público-privada. Riscos. Incertezas. Repartição objetiva. Critérios jurídico-econômicos.

ABSTRACT

The risk allocation in public-private partnerships is a fundamental aspect for the viability of the project and for the adequate structuring of a contractual arrangement that may favor efficiency and better use of public resources. At first, the notion of risk and uncertainties will be analyzed in order to specify the structuring elements and the necessary steps for the identification, evaluation and allocation of risks, which, in the end, will result in a risk matrix. However, risk allocation demands the understanding of PPPs in terms of their legal aspect, that is, their structuring as a type of concession, either in the sponsored modality or in the administrative modality, the latter being the most controversial under the legal prism. It also demands the removal of the alea theory treated by Law 8.666 / 93, which, in the context of concessions, is unable to provide an adequate response, either because of the provisions of Law 11.079 / 04 (which determine the objective distribution of risks, including those related to force majeure), or to disregard economic aspects fundamental to the viability of the PPP contract. In this context, and considering the lack of general legal criteria, the analysis of the guidelines for the objective distribution of risks in PPPs presupposes, firstly, the application of the efficiency principle, which has in its fundamental content the cost-benefit analysis, as well as such as the consideration of economic aspects such as agency theory, externalities, information asymmetry, and transaction cost theory.

Keywords: Concessions. Public-private partnership. Risks. Uncertainties. Economic aspects.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÃO DE RISCO E SUA RELEVÂNCIA PARA AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	15
2.1 As bases históricas para o surgimento da noção de risco	15
2.2 Uma definição de risco	21
2.3 Risco e incerteza	27
2.4 Elementos do risco.....	30
2.5 Identificação, avaliação e classificação de riscos	31
2.5.1 <i>Identificação dos riscos associados ao empreendimento.....</i>	<i>31</i>
2.5.2 <i>Avaliação e classificação dos riscos</i>	<i>36</i>
2.5.3 <i>A matriz de risco</i>	<i>37</i>
2.6 Classificação dos principais riscos em contratos de parceria público-privada	39
3 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	46
3.1 Acepções da expressão parceria público-privada no direito brasileiro.....	46
3.2 Parcerias público-privadas como espécies do gênero “concessões”.....	50
3.2.1 <i>Definição legal de parcerias público-privadas como espécies de contrato de concessão</i>	<i>50</i>
3.2.2 <i>Breve histórico da evolução do instituto da concessão</i>	<i>51</i>
3.2.2.1 <i>Direito europeu continental.....</i>	<i>51</i>
3.2.2.2 <i>Direito brasileiro</i>	<i>59</i>
3.2.2.3 <i>Origem das parcerias público-privadas e sua incorporação ao direito brasileiro como espécie de concessão.....</i>	<i>66</i>
3.2.3 <i>Concessão como gênero.....</i>	<i>73</i>

3.2.3.1 A equivocada redução da concessão à concessão de serviço público	73
3.2.3.2 Os modelos de concessões das Leis 8.987/95 e 11.079/04	78
3.2.3.3 Concessão comum e concessão patrocinada	82
3.2.3.4 Concessão administrativa	85
3.2.4 <i>A natureza contratual da concessão</i>	98
3.3 Disciplina normativa dos riscos nas contratações públicas em geral, nas concessões comuns e nas parcerias público-privadas	105
3.3.1 <i>Disciplina do risco pela Lei 8.666/93 e pela Lei 12.462/13</i>	105
3.3.2 <i>Disciplina do risco pela Lei 8.987/95</i>	109
3.3.3 <i>Disciplina do risco pela Lei 11.079/04</i>	114
3.4 Insuficiência do tratamento legal acerca da repartição de riscos	115
4 A REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	118
4.1 A incidência de critérios econômicos nas parcerias público-privadas: aproximação entre o Direito e a Economia	118
4.2 O princípio da eficiência e sua incidência nas parcerias público-privadas	120
4.3 Aplicação de critérios econômicos na repartição de riscos em parcerias público-privadas ..	132
4.4 Diretrizes de alocação de riscos	145
5 CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

Uma das características marcantes da disciplina legal dos contratos de parceria público-privada reside certamente na necessidade de pactuação acerca da “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, inciso III, Lei 11.079/04). Trata-se, com efeito, de uma das diretrizes a serem observadas nas parcerias público-privadas (art. 4º, VI, Lei 11.079/04)¹⁻².

Essa repartição de riscos tem por principal consequência a definição precisa de responsabilidades e encargos das partes de modo a permitir uma rápida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato³.

Não obstante, a repartição objetiva de riscos tem reflexos bem mais abrangentes do que simplesmente proporcionar critérios para uma definição expedita da recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Na verdade, tal regra visa à eficiência econômica do próprio contrato, seja otimizando a alocação do risco por quem detenha melhores condições para tanto, seja criando mecanismos de incentivos para que o parceiro busque a maximização da eficiência do contrato⁴.

Com efeito, as fontes de risco têm impacto direto sobre a rentabilidade de um determinado projeto⁵. Não por outra razão, Marcos NÓBREGA afirma que “Alocar riscos, portanto, passa a ser um elemento crucial para o sucesso de um determinado projeto”⁶.

¹Diferentemente do que ocorre na concessão comum, disciplinada pela Lei federal 8.987/95, em que os riscos são atribuídos ao particular (art. 2º, II, III e IV), não obstante a obrigatoriedade de ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nas PPPs os riscos deverão ser compartilhados – inclusive aqueles referentes a caso fortuito, força maior e fato de príncipe, conforme o arranjo contratual estabelecido entre as partes.

² Nesse sentido, quer dizer, quanto a alocação de riscos como característica marcante das PPPs, Maria Eduarda Azevedo (AZEVEDO, Maria Eduarda. *op. cit.*, p.477).

³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 300. No mesmo sentido, RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78, ao afirmar que “A matriz de riscos, ao estipular as responsabilidades de cada uma das partes no contrato, fixa o conjunto de encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos, constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira” do contrato”.

⁴*Idem, ibidem*, p. 78.

⁵ NOBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e ppps. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, n. 24, nov./dez./jan., 2011, p. 4. No mesmo sentido: DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo, RT, 2015, p. 67.

⁶ NOBREGA, Marcos. Riscos em projetos... *op. cit.*, p. 5.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO chega mesmo a sustentar que as PPPs, em última análise, são “ajustes negociais de compartilhamento de riscos”⁷.

A definição de uma estrutura de repartição de riscos assume um caráter de extrema importância para a viabilidade econômica de um projeto de parceria público-privada, consistindo em mecanismo para possibilitar a maior eficiência possível na repartição dos encargos legais e na precificação dos custos que, ao final, impactarão no custo total do empreendimento, ao longo do seu período de vigência e execução (que poderá se dar por décadas).

Por seu turno, a alocação inadequada de riscos é fonte de incertezas e de ineficiências que, necessariamente precificadas pelos agentes econômicos, implicarão na elevação dos custos do projeto, podendo chegar ao ponto de sua completa inviabilidade⁸.

Ocorre, porém, que não há uma disciplina normativa específica que ofereça critérios genéricos para a eficiente alocação de riscos. E nem poderia ser diferente. Como lembram Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO, a “Lei de PPP não faz qualquer opção pelo compartilhamento de riscos, até porque se trata de questão eminentemente de eficiência econômica, e não axiológica”⁹. Não há como desconsiderar, portanto, a incidência de critérios econômicos na repartição de riscos.

Trata-se, ademais, de matéria eminentemente contratual, a ser definida *in casu*, posto que a eficiente alocação de riscos depende fundamentalmente das características específicas de cada empreendimento, bem como da forma de estruturação do respectivo arranjo de financiamento do empreendimento.

Nesse contexto, a análise dos riscos envolvidos na estruturação de uma concessão é fundamental não só para o êxito da concessão, mas para a própria existência de interesse da iniciativa privada em participar desse arranjo contratual.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas. Revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). **Parceria público-privada: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 73.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 38. Sobre esse ponto, os autores afirmam “Para que a PPP tenha um fluxo financeiro que viabilize o empreendimento, é imprescindível que haja uma alocação adequada dos riscos. A distribuição inadequada dos riscos provoca ineficiências e incertezas que acabam por ter um impacto concreto sobre os custos do empreendimento. Isso ocorre porque há uma precificação dos riscos por aquele que os assume. E essa precificação necessariamente se refletirá no fluxo de recursos da PPP”.

⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de ppp: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106.

Assim sendo, o objeto do presente trabalho é, precisamente, a análise acerca de aspectos jurídicos e econômicos que deverão nortear a repartição objetiva de riscos em parcerias público-privadas, tal como genericamente previstas no art. 4º, inciso VI (como diretriz) e no art. 5º, inciso III (como cláusula necessária), da Lei 11.079/2004.

Para tanto, a exposição do presente trabalho, após a presente introdução (numerada como capítulo 1) foi organizada da forma seguinte.

No primeiro 2 trataremos da noção de risco em geral e a sua relevância para as parcerias público-privadas. Procurar-se-á, aqui, assentar um conceito de risco e a explicitação de seus caracteres essenciais, ponto imprescindível para a compreensão da repartição de riscos e para a elaboração de uma matriz de riscos, quando for o caso.

Ainda no capítulo 2, será feita a exposição de critérios de identificação e classificação de riscos, bem como a apresentação, de modo sintético e com a finalidade meramente exemplificativa, dos principais riscos verificados em sede de parcerias público-privadas.

No capítulo 3, antes de adentrar propriamente na questão da repartição de riscos, entendemos por bem lançarmos algumas bases para a compreensão da parceria público-privada como **contrato de concessão**, incluindo-se, aqui, a concessão administrativa, certamente, a mais polêmica das espécies de parceria público-privada (notadamente aquela modalidade que coloca a Administração Pública como usuária direta). Assim sendo, será inicialmente assentada a ideia de **concessão como gênero**, do qual se espalham diversas espécies com regulação própria. Considerando o grande número de espécies de concessões encontráveis no Direito brasileiro, procederemos a um corte metodológico, centrando a análise do capítulo em três espécies que mais de perto interessam aos fins do presente trabalho: a concessão comum, regida pela Lei 8.987/95, e as concessões patrocinada e administrativa, disciplinadas pela Lei 11.079/2004.

Com isso, ainda no capítulo 3, passaremos a tratar primeiro da evolução histórica do instituto da concessão até chegarmos ao contexto da criação das parcerias público-privadas no Brasil para, em seguida, analisarmos alguns aspectos da conformação legal dessas três modalidades ou espécies de concessão. Por óbvio, não há, aqui, qualquer pretensão de esgotar a análise das Leis 8.987/95 e 11.079/2004 (o que fugiria ao escopo do presente trabalho), mas apenas traçar as principais diferenças e semelhantes entre as três modalidades concessórias e,

ainda, ressaltar o caráter de concessão da impropriamente denominada (reconhecemos) “concessão administrativa”.

Na parte final do capítulo em questão, abordaremos (i) a disciplina legal dos riscos tal como tratada pelas Leis 8.987/95 e, principalmente, pela Lei 11.079/2004, sempre em cotejo com a Lei 8.666/93; (ii) a insuficiência de critérios legais (regras jurídicas) objetivos para a repartição de riscos; e (iii) a exposição de bases normativas que deverão servir de norte jurídico para a aplicação de critérios econômicos de eficiência e de *best value for money*.

Finalmente, o capítulo 4 abordará a repartição objetiva de riscos propriamente dita. Num primeiro plano, analisaremos a incidência de critérios econômicos nas parcerias público-privadas, levantando os pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito. Em seguida trataremos do princípio da eficiência e sua incidência nas parcerias público-privadas, especialmente sob o prisma da necessária abertura a aspectos econômicos que tal princípio proporciona ao plano jurídico. Do princípio da eficiência se extrai a noção de balanço custo-benefício, noção que não é propriamente uma novidade ao Direito Administrativo (veja-se, por exemplo, o princípio *bilan-coût-avantages* do Conselho de Estado francês).

Com efeito, o enfoque aqui será a ideia segundo a qual o princípio da eficiência está ligado à ponderação de custos e benefícios, sem descuidar que, em se tratando da Administração Pública, os benefícios estão intimamente relacionados não a valorações subjetivas do administrador, mas sim a opções positivadas de fins e objetivos de natureza pública ou coletiva.

Em sequência, serão vistos os principais aspectos econômicos a serem considerados na repartição objetiva de riscos e que impactam na eficiência do contrato de parceria público-privada, dentre os quais: teoria da agência (agente-principal), teoria dos custos de transação, assimetria informacional, com enfoque para seleção adversa, risco moral (*moral hazard*) e *hold up*, bem como externalidades e a incompletude contratual.

Finalmente, e agora com todo o referencial jurídico e econômico posto, passaremos a tratar das diretrizes de alocação de riscos, fundadas em aspectos econômicos de eficiência e de redução dos custos de transação e dos comportamentos oportunistas, mas também a partir de experiências concretas consolidadas na seara das concessões e parcerias público-privadas ao redor do mundo.

O capítulo 5 será dedicado às conclusões do presente trabalho, no bojo do qual serão expostas as consequências das principais ideias ventiladas em cada um dos capítulos que compõem esta dissertação.

Convém assinalar que ao tratarmos de aspectos econômicos relacionados à repartição de riscos não estaremos nos valendo, propriamente, da metodologia da Análise Econômica do Direito, mas tão-somente expondo critérios econômicos que o jurista não pode ignorar se pretende apreender a realidade das concessões tal como ela é vivenciada na prática, pelos agentes econômicos.

Quanto ao tipo de pesquisa, optamos pela pesquisa bibliográfica, selecionando obras específicas nacionais e estrangeiras que tratassem conceitualmente do risco e da repartição de risco em projetos de parceria público-privada, bem como obras que versassem aspectos econômicos dos contratos, incluindo-se artigos em periódicos. Além disso, quando necessário, foram consultadas obras de Teoria Geral do Direito e de Direito Administrativo, que pudessem expor e/ou fundamentar determinados pontos de vista. Evitamos utilizar manuais ou cursos, recorrendo a tais espécies de publicação apenas quando essencial para a exposição do posicionamento de um autor cuja ideia estivesse em discussão no texto.

Os autores, quando citados no texto com a referência da respectiva obra, terão seus sobrenomes escritos em caixa alta ao passo que, quando apenas referidos sem que tenha havido a consulta direta à respectiva obra, a redação de seus nomes acompanhará o padrão gramatical do vernáculo.

Por derradeiro, as transcrições de citações originalmente em língua estrangeira foram traduzidas de forma livre pelo autor desta dissertação, mantendo-se, em nota de rodapé, o texto original, salvo quando se tratasse de termos ou expressões estrangeiras de utilização recorrente na seara jurídico-econômica, ou, ainda, quando se tratasse de transcrição de significados de palavras em idioma estrangeiro, obtidos em dicionários próprios (o que estará devidamente assinalado em nota de rodapé).

2 NOÇÃO DE RISCO E SUA RELEVÂNCIA PARA AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1 As bases históricas para o surgimento da noção de risco

A incorporação de uma noção racional de risco à cultura da humanidade é um dado relativamente recente. Pelo menos até a época do Renascimento, a percepção a respeito dos eventos futuros se relacionava antes com a sorte, com a divindade ou mesmo com a mera variação aleatória diante das quais nada ou muito pouco se poderia fazer.

Com efeito, não havia para os povos da antiguidade e do medievo uma **compreensão racional do risco** que lhes permitissem tomar decisões ou antever a possibilidade de determinados eventos, mensurando o impacto e as consequências¹⁰. As decisões tomadas em situação de incerteza eram essencialmente instintivas e as consequências decorrentes, atribuídas aos deuses, ao destino ou à sorte.

Nesse sentido, Anthony GIDDENS afirma que “As culturas tradicionais não tinham um conceito de risco porque não precisavam disso”. Para ele, a noção de risco pressupõe uma sociedade que, ao mesmo tempo em que tenta avidamente romper com o seu passado, tem no futuro como o objetivo a ser alcançado¹¹. Isso, no entanto, não se verificava nas sociedades antigas.

Todas as culturas anteriores, entre as quais as primeiras grandes civilizações do mundo, como Roma, ou China tradicional, viveram sobretudo no passado. Usavam as ideias de destino, sorte ou a vontade dos deuses onde agora tendemos a usar risco. Nas culturas tradicionais, se alguém sofre um infortúnio, ou, ao contrário, prospera – bem, essas coisas acontecem, ou esse era o desígnio dos deuses e dos espíritos¹².

Segundo Peter L. BERNSTEIN, o primeiro passo em direção à compreensão racional do risco se deu com a substituição do complexo e limitado sistema de números-letras, usado pelos gregos e pelos romanos, pelo sistema de numeração indo-arábico¹³. Segundo ele, a mudança sofrera enorme resistência, seja pela força da tradição greco-romana, seja pela maior possibilidade de fraude com os novos números¹⁴. Tal processo teria se prolongado entre os

¹⁰ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 3.

¹¹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 33.

¹² *Idem, ibidem*, p. 33.

¹³ De acordo com BERNSTEIN, “Sem números, não há vantagens em probabilidades; sem vantagens e probabilidades, o único meio de lidar com o risco é apelar para os deuses e o destino. Sem números, o risco é uma questão de pura coragem” (*op. cit.*, p. 23).

¹⁴ Já que seria muito mais fácil “transformar”, por exemplo, o numeral 1 em 4, 6, 7 ou 9.

séculos IX e XIV, mas apenas consolidado com a criação da imprensa com tipos móveis em meados do século XV¹⁵.

Não obstante, “a sociedade ainda não estava preparada para associar números ao risco”¹⁶. Faltava a base matemática que permitisse os cálculos probabilísticos de ocorrência de eventos futuros. Foi somente a partir do século XVI que os fundamentos da teoria da probabilidade foram lançadas por Girolamo Cardano, a partir de seu tratado sobre o jogo intitulado “Livro dos jogos de azar”, no que “parece ter sido o primeiro esforço sério de desenvolver os princípios estatísticos da probabilidade”¹⁷.

A partir daí, o interesse pela probabilidade foi crescente, especialmente na França do século XVII, quando três notáveis franceses, Blaise Pascal, Pierre Fermat e Méré, por meio do método indutivo, criaram um sistema teórico de medição das probabilidades, a partir do que estaria definitivamente estabelecido um critério racional para tomada de decisões em situação de incerteza¹⁸.

O próximo elemento a ser incorporado nesse processo de desenvolvimento da ideia de administração de risco seria a noção de amostragem estatística. Tal noção foi concebida a partir de um trabalho do inglês John Graunt, que compilou os nascimentos e mortes ocorridos em Londres entre os anos de 1604 e 1661 realizando, a partir de tais dados, um extenso comentário interpretativo (que hoje seria denominado “inferência estatística”)¹⁹.

O trabalho pioneiro de Graunt revelou os conceitos teóricos básicos necessários à tomada de decisões sob condições de incerteza. Amostragem, médias e noções do que é normal compõem a estrutura que iria, mais à frente, abrigar a ciência da análise estatística, colocando a informação a serviço da tomada de decisões e influenciando nossos graus de crença sobre as probabilidades de eventos futuros²⁰.

Posteriormente, o trabalho de Graunt foi aperfeiçoado por Edmund Halley, que, com base em análise de dados e cálculos probabilísticos, elabora uma tabela de expectativa de

¹⁵ BERNSTEIN, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 28.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 47. Segundo BERNSTEIN, foi Cardano quem definiu, pela primeira vez, a forma hoje convencional de expressar a probabilidade, por meio de uma fração: o número de resultados favoráveis “dividido” pelo número total de resultados possíveis (p. 49).

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 74-78.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 83.

vida, que serviria de base para a formação de um banco de dados hoje amplamente utilizado por empresas seguradoras²¹.

Ainda no século XVIII, outra noção seria fundamental para a compreensão da decisão em situações de incerteza: a ideia de utilidade, que foi desenvolvida pelo suíço Daniel Bernoulli e partiu da premissa de que as decisões em situação de risco pressupõem necessariamente dois elementos distintos: (i) os fatos objetivos; e (ii) “a visão subjetiva do desejo do que será ganho, ou perdido, com a decisão”²².

Isso quer significar que os indivíduos atribuem diferentes valores ao risco, de tal sorte que “A utilidade resultante de qualquer pequeno aumento de riqueza será inversamente proporcional à quantidade de bens anteriormente possuídos”²³.

Tem-se, portanto, que, objetivamente, o risco é calculado em termos estatístico e probabilísticos, tanto com relação à ocorrência do evento quanto às suas consequências. No entanto, não se pode ignorar que a tomada de decisão, nessas circunstâncias, pressupõe também um componente subjetivo, relacionado ao grau de utilidade que o indivíduo atribua ao ganho ou à perda que do risco decorra.

Assim, indivíduos com aversão ao risco, tendem a atribuir pouca utilidade à probabilidade de ganho, porque preferem preservar o capital que já possuem; por seu turno, aqueles outros com espírito aventureiro, dispostas a correr riscos, atribuem grande utilidade à baixa probabilidade de enormes ganhos e pequena utilidade à probabilidade de maior perda²⁴.

Como sintetiza BERNSTEIN, “Enquanto a teoria das probabilidades estabelece as opções, Bernoulli define as *motivações* das pessoas que optam”²⁵.

Esse processo de desenvolvimento da administração de risco e da tomada de decisões em situação de incerteza foi bastante enriquecido com importantes contribuições de diversos autores que se seguiram, desenvolvendo noções como a “lei dos grandes números” (Jacob Bernoulli), o “desvio padrão” (Abraham de Moivre) e lançando as bases do moderno método

²¹*Idem, ibidem*, p. 87.

²²*Idem, ibidem*, p. 100.

²³*Idem, ibidem*, p. 105.

²⁴*Idem, ibidem*, p. 104. Cumpre salientar que essa teoria de Bernoulli somente seria contestada cerca de duzentos anos depois, especialmente com os trabalhos desenvolvidos por Daniel Kahneman e Amos Tversky no campo da economia comportamental, demonstrando que, na prática, a maioria das pessoas tem sentimentos muito mais complexos para as perdas e ganhos do que as proposições racionais estabelecidas por Bernoulli.

²⁵*Idem, ibidem*, p. 105.

de inferência estatística e da probabilidade inversa (Thomas Bayes)²⁶. Ou ainda, a “regressão à média” (Francis Galton). Autores como John Maynard Keynes²⁷, Frank Knight²⁸ e Kenneth Arrow²⁹ também ofertaram importantes contribuições sobre o tema.

Como bem sintetizou BERNSTEIN:

Cardano, o jogador do Renascimento, seguido por Pascal, o geômetra, e Fermat, o advogado, os monges de Port-Royal e os pastores de Newington, o homem das noções e o homem com cérebro torcido, Daniel Bernoulli e seu tio Jacob, o reservado Gauss e o volúvel Quetelet, von Neumann, o brincalhão, e Morgenstern, o ponderoso, o religioso de Moivre e o agnóstico Knight, o conciso Black e o loquaz Scholes, Kenneth Arrow e Harry Markowitz – todos eles transformaram a percepção do risco da chance de perder em oportunidade de ganhar, de DESTINO e PROJETO ORIGINAL em previsões do futuro sofisticadas e baseadas nas probabilidades e de impotência para escolher³⁰.

Evidentemente, não se pretende aqui lançar um apanhado completo acerca do desenvolvimento histórico do tema, nem tampouco tratar detidamente sobre o conceito de cada uma das noções matemáticas, estatísticas e econômicas que importam para a análise do risco e da tomada de decisões em situação de incerteza³¹. Tal intento fugiria do objeto do presente trabalho.

O que se quer deixar claro, porém, é que a noção de risco somente foi alvo de análise, medição e controle a partir de um determinado momento histórico, mais precisamente durante o Renascimento, quando, então, as bases sociais e científicas do Ocidente já estavam desenvolvidas ao ponto necessário para que tal intento fosse possível.

Hoje, a noção de risco assume para a humanidade uma nova dimensão. Nesse sentido, vale destacar a observação feita por JOIA, SOLER e BERNAT:

Não se pode também esquecer o fundamental papel da Revolução Industrial na história do risco, já que ela trouxe uma série de outros perigos, até então desconhecidos da humanidade: os riscos tecnológicos. Riscos associados à estabilidade estrutural de pontes e edifícios, segurança de aviões e de reatores

²⁶ Segundo BERNSTEIN, o aspecto mais impressionante dessas noções é “a ideia ousada de que a incerteza pode ser medida”. Para ele, Jacob Bernoulli, Abraham de Moivre e Thomas Bayes “mostraram como inferir probabilidades anteriormente desconhecidas por fatos empíricos da realidade” (*op. cit.*, p. 131-132).

²⁷ Keynes publicou um livro chamado “Tratado sobre a probabilidade” (*A treatise on probability*), explorando o significado e as aplicações da probabilidade, formulando críticas a autores anteriores, incluindo-se aí Gauss, Pascal, Quetelet e Laplace (*apud* BERNSTEIN, *op. cit.*, p. 224).

²⁸ Também em 1921, Frank Knight publicou a obra “Risco, incerteza e lucro” (*Risk, uncertainty and profit*), que, segundo BERNSTEIN, seria a primeira relevante obra a tratar explicitamente com a tomada de decisões sob condições de incerteza (*op. cit.*, p. 219).

²⁹ Publicou em 1971 o livro *Essay in the theory of risk-bearing*.

³⁰ BERNSTEIN, Peter L., *op. cit.*, p. 338.

³¹ Para essa visão histórico-evolutiva do risco, ver, por todos, BERNSTEIN, Peter L. *op. cit.*

nucleares etc. começaram a se somar aos já conhecidos riscos físicos e monetários existentes³².

Por outras palavras, a partir do momento em que a crença ou o misticismo cedeu lugar ao conhecimento científico; a partir da visão de que o crescimento do comércio e a produção de riquezas implicam, necessariamente, na assunção de determinados riscos, agora passíveis de consideração e de mensuração, a sociedade ocidental moderna experimentou um salto evolutivo considerável. Como salientou BERNSTEIN, “A capacidade de administrar o risco, e com ele a vontade de correr riscos e de fazer opções ousadas, são elementos-chave da energia que impulsiona o sistema econômico”³³.

Esse impulso de desenvolvimento econômico, por sua vez, implicou o incremento de situações de risco que Ulrich BECK denominou de “riscos da modernização”, ou seja, uma consequência necessária do próprio progresso industrial que experimente, ao mesmo tempo, um crescente e sistemático agravamento³⁴.

BECK, que publicou seu livro em 1986, logo após o acidente na usina nuclear de Chernobyl, defende a ideia de que a modernidade vive um momento de ruptura, de reconfiguração, assumindo novos contornos, o que denomina uma “sociedade (industrial) de risco”. Assim, da mesma forma que, no século XIX, a modernização dissolvera a “esclerosada sociedade agrária estamental”, extraindo daí a estrutura de uma sociedade industrial, “hoje a modernização dissolveu os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge outra configuração social”³⁵.

Fala-se, hoje, na existência de uma sociedade de risco como uma “nova categoria da sociedade atual”³⁶, em que a pretensa busca da segurança por meio do desenvolvimento industrial e tecnológico, em certa medida atendida, levou ao surgimento de uma nova modalidade de risco, decorrente da própria atividade humana.

Nesse sentido, o avanço tecnológico permitiu ao homem um poder de ingerência sobre a vida, nos seus mais variados aspectos (naturais, sociais, financeiros etc.), com uma

³² JOIA, Luiz Antonio; SOLER, Alonso; BERNAT, Gisele Blak; RABECHINI JR, Roque. **Gerenciamento de riscos em projetos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 21.

³³ BERNSTEIN, Peter L. *op. cit.*, p. 3.

³⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 12-13.

³⁶ GUERRA, Sérgio. Riscos, assimétricas regulatórias e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno (coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 87.

abrangência e força jamais vistas, que não se poderia mais conceber uma sociedade de partilha de riquezas, mas preponderantemente, uma sociedade de partilha de riscos.

Segundo BECK, “A avaliação é a seguinte: enquanto na sociedade industrial a “lógica” da produção de riqueza domina a ‘lógica’ da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte”³⁷. E arremata: “O acúmulo de poder do ‘progresso’ tecnológico-econômico é cada vez mais ofuscado pela produção de riscos”³⁸.

No centro da questão estão os riscos e efeitos da modernização, que se precipitam sob a forma de ameaças à vida de plantas, animais e seres humanos. Eles já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política (...), faz surgir *ameaças globais supranacionais e independentes de classe*³⁹.

De certa forma, essa é a noção expressada também por GIDDENS, ao diferenciar dois tipos de riscos: (i) risco externo (decorrente da tradição ou da natureza) e o risco fabricado (ou seja, o risco criado pelo próprio impacto de nosso crescente conhecimento sobre o mundo, tais como os riscos ambientais)⁴⁰. A partir daí, GIDDENS conclui que estaríamos vivendo um período de transição do predomínio do risco externo para o do risco fabricado⁴¹, e à medida que o risco fabricado se expande, passaria a haver “algo de mais arriscado no risco”⁴².

As palavras de BECK, mesmo passados mais de trinta anos, não poderiam ser mais atuais. A realidade, com efeito, vem confirmando as inquietações do sociólogo alemão, bastando citar como exemplos a crise financeira de 2008, o desastre ambiental de 2015 em Mariana, os recorrentes ataques terroristas na Europa e nos Estados Unidos e a tensão armamentista na península coreana, reascendendo na humanidade os temores do risco de uma guerra com a utilização de armas nucleares de altíssimo poder destrutivo⁴³.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 15.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 15-16.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 16.

⁴⁰ GIDDENS, Anthony, *op. cit.*, p. 36. Segundo o autor, as situações de risco fabricado não facilmente previstas, com base em termos estatísticos e probabilísticos. Para ele, nesse caso, “Simplesmente não sabemos qual é o nível de risco, e em muitos casos não saberemos ao certo antes que seja tarde demais” (p. 38).

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 37.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 38.

⁴³ Tais riscos seriam, utilizando-se a terminologia de GIDDENS, “riscos fabricados”.

De toda sorte, para os propósitos do presente trabalho, convém destacar o que afirma Julie FROUD acerca dessa visão “pós-moderna” de sociedade de risco trazida por BECK e por GIDDENS. Com efeito, segundo a citada autora:

Essencialmente, estes são argumentos sobre uma "era nova" que, embora importantes e esclarecedores em alguns contextos, são muito limitados para serem úteis como uma forma de conceituar o risco em relação à infraestrutura pública, principalmente porque eles assumem uma visão excessivamente simplista da natureza dos estados anteriores e posteriores do mundo. (...) O que Beck e Giddens querem dizer com os novos "riscos" se aproxima do keynesianismo e da definição de incerteza do Dicionário Oxford da Língua Inglesa; o que é insondável, imprevisível ou não garantido. O reconhecimento de que nem todos os resultados são passíveis de modelos comportamentais e probabilidades perfeitos parece útil de imediato para uma crítica da aplicação de uma abordagem tecnológica à PFI. Mas o contraste do novo risco contra o risco antigo é muito simplista⁴⁴.

O que se percebe, portanto, é que, embora as noções de BECK e de GIDDENS possam ser importantes num contexto geral de apreensão da importância crescente da noção de risco para a sociedade cada vez mais globalizada e tecnológica (inclusive para assentar que há inúmeros riscos que não são suscetíveis de mensuração ou, sequer de previsão), não se mostram tão úteis e operacionais para o contexto mais específico da alocação de riscos em parcerias público-privadas. Como salienta a citada autora o “foco no risco macro e global é muito limitado para uma série de decisões e consequências ainda em grande parte dentro de um quadro nacional”⁴⁵.

2.2 Uma definição de risco

Embora o risco esteja presente em todas as atividades humanas, desde as mais triviais do cotidiano até as mais complexas e sofisticadas, não há um consenso nem quanto à etimologia da palavra, nem tampouco quanto a sua definição⁴⁶.

⁴⁴Tradução livre do original em inglês: “Essentially, these are arguments about a “new era” which, while importante and illuminating in some contexts, are too narrow to be useful as a way of conceptualising risk in relation to public infrastructure, not least because they assume an overly simplistic view of the nature of before and after states of the world. (...) What Beck and Giddens refer to as the new “risks” come close to the Keynesian and Oxford English Dictionary Definition of uncertainty; that which is unfathomable, unpredictable or uninsurable against. The recognition that not all outcomes are amenable to neat behavioural models and probabilities seems immediately useful to a critique of the application of a technicist approach to PFI. But the contrast of new risk against old risk is too simplistic” (FROUD, Julie. The private finance initiative: risk, uncertainty and the state. In: **Accounting, Organization and Society**. v. 28, n. 6, ago. 2003, p. 571-572).

⁴⁵ Do original em inglês: “The focus on macro and global risk is too narrow for a series of decisions and consequences still largely within a national frame” (FROUD, Julie, *op. cit.*, p. 572).

⁴⁶ JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 21.

Para BERNSTEIN, o termo risco provém de *riscare*, do italiano antigo, que significa “ousar”⁴⁷. De acordo com Fabiano Guasti LIMA, risco seria originado do latim *resicare*, que significa cortar ou separar com uma pedra, o que, por sua vez, teria relação com a noção de perigo que as pedras e rochas traziam para a navegação⁴⁸.

Já segundo Anthony GIDDENS a ideia de risco teria sido estabelecida por volta dos séculos XVI e XVII pelos exploradores europeus na época das grandes navegações. Para ele, o termo *risk* teria sido introduzido na língua inglesa a partir do português ou do espanhol (línguas então utilizadas pelos navegadores que rumavam por águas não cartografadas)⁴⁹.

O Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa atribui ao termo “risco” dois sentidos fundamentais, a partir dos quais se compreendem outros tantos significados análogos. Assim, o primeiro dele é tomado como derivação do verbo riscar, assumindo, assim, o sentido de “Qualquer traço em cor, ou sulco pouco profundo, na superfície de um objeto”, decorrendo, daí, outros significados, como desenho, esboço e linha⁵⁰.

O segundo sentido da palavra risco apontado pelo Dicionário Aurélio, e aquele que nos interessa para os fins do presente trabalho, é precisamente o seguinte:

1. Perigo ou possibilidade de perigo. 2. Situação em que há probabilidade mais ou menos previsíveis de perda ou ganho como, p. ex., num jogo de azar, ou numa decisão de investimento. 3. Em contratos e seguros, evento que acarreta o pagamento da indenização: (...) 4. *Jur.* Possibilidade de perda ou responsabilidade pelo dano [Cf. *álea*] (...) ⁵¹.

Os sentidos acima postos denotam, portanto, uma forte vinculação da noção de risco com perigo, dano ou perda.

Na língua inglesa, além do termo *risk*, a ideia de risco encontra pelo menos outros dois termos análogos muito utilizados no campo jurídico: *hazard* e *jeopardy*. Com efeito, de

⁴⁷ BERNSTEIN, Peter L. *op. cit.*, p. 8. Tal sentido é confirmado por Antônio Geraldo da Cunha, que, embora ressaltando que o termo possui etimologia obscura, faz referência, também ao verbo *arriscar*, como origem etimológica da palavra risco (CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 565).

⁴⁸ LIMA, Fabiano Guasti. **Análise de risco**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

⁴⁹ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 32.

⁵⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1847.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 1847-1848.

acordo com o *Black's Law Dictionary*, os termos *risk*, *hazard* e *jeopardy* possuem os seguintes significados, respectivamente⁵²:

Risk. In insurance law, the danger or hazard of a loss of the property insured; the casualty contemplated in a contract of insurance; the degree of hazard; a specified contingency or peril; and, colloquially, the specific house, factory, ship, etc., covered by the policy. Hazard, danger, peril, exposure to loss, injury, disadvantage or destruction, and comprises all elements of danger (...).

*In general, the element of uncertainty in an undertaking; the possibility that actual future returns will deviate from expected returns. Risk may be moral, physical or economic (...)*⁵³.

Hazard. A risk or peril, assumed or involved, whether in connection with contract relation, employment, personal relation, sport or gambling. A danger or risk lurking in a situation which by change or fortuity develops into an active agency of harm. (...) Exposure to the chance of loss or injury. (...) A game of chance or wagering.

*In insurance law, the risk, danger, or probability that the event insured against may happen, varying with the circumstances of the particular case*⁵⁴.

Jeopardy. Danger; hazard; peril. (...) ⁵⁵.

Fácil perceber que as definições jurídicas dos termos ingleses acima elencados (i) indicam que tais palavras são praticamente sinônimas, embora assumam alguns usos próprios, específicos para determinadas situações (tal como *moral hazard*, por exemplo, ou ainda risco como grau de perigo ou *degree of hazard*), e (ii) denotam sempre uma situação negativa de perigo, perda ou desvantagem.

De fato, não é raro encontrar definições de risco que levam em conta apenas consequências negativas. Na verdade, “a maior parte das definições de risco está associada apenas a ameaça”⁵⁶ e é bastante comum, e quase intuitivo, associarmos risco a consequências negativas. Nesse sentido, o risco é visto como uma “incerteza que pode ter um efeito negativo, prejudicial, adverso, indesejável ou ruim em um ou mais objetivos, ou seja, risco é igual a perigo”⁵⁷.

⁵²Cumpramos observar que, neste caso particular, preferimos manter no texto a transcrição original no idioma inglês, não fazendo a tradução, de modo a deixar claro a relação semântica entre os termos, o que, se traduzidos para o português haveria inevitável perda de fidelidade do que se pretende aqui destacar.

⁵³BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. Estados Unidos: Library of Congress, 1990, p. 1328.

⁵⁴*Idem, ibidem*, p. 719.

⁵⁵*Idem, ibidem*, p. 835.

⁵⁶JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 28

⁵⁷HILLSON, David; MURRAY-WEBSTER, Ruth. *Understanding and managing risk attitude*. Aldershot: Gower, 2005, p. 6. No original em inglês: “risk was seen as 'an uncertainty that could have a negative/harmful/adverse/unwelcome/bad effect on one or more objectives', that is, risk equals threat”.

No entanto, tais definições, em geral, desconsideram que o risco nem sempre acarreta consequências ruins, muito embora, como se disse, essa associação entre risco e consequências negativas seja mais usual. Há, com efeito, consequências advindas de situações de incerteza que representam ganhos, e muitas vezes ganhos consideráveis, representando assim, antes, consequências positivas (a exemplo de determinados investimentos que podem gerar grandes remunerações – normalmente a magnitude do retorno está associado ao nível de risco do investimento, ou melhor, ao nível de incerteza – risco esse que pode acarretar grandes perdas, mas, também, enormes retornos).

Podemos afirmar, portanto, com base em GIDDENS, que o risco possui dois lados ou aspectos: um positivo (associado a ganhos) e um negativo (referindo-se a danos, perdas ou perigos)⁵⁸.

Desse modo, é possível falar hoje numa definição **neutra** de risco, ou seja, como “uma incerteza que pode afetar um ou mais objetivos (onde o tipo de impacto é indefinido)”⁵⁹, ou pelo menos, uma definição **ampla** que considere tanto os impactos positivos quanto negativos, quer dizer, “uma incerteza que pode ter efeitos positivos ou negativos em um ou mais objetivos”⁶⁰.

Além disso, outra circunstância que favorece a falta de consenso quanto à definição de risco reside no fato de que cada área do conhecimento que lida com incertezas oferece uma definição de risco que melhor se adapte aos seus objetivos e métodos próprios⁶¹. E as disciplinas que lidam com riscos são inúmeras: engenharia, economia, finanças, seguros, administração de empresas, gerenciamento de projetos, responsabilidade civil etc.

Não obstante a inexistência de consenso quanto à conceituação, há pelo menos dois elementos comuns em todas as definições de risco: (i) incerteza; e (ii) consequências⁶².

⁵⁸ GIDDENS, Anthony, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁹ HILLSON, David; MURRAY-WEBSTER, Ruth. *op. cit.*, p. 6. No original: “an uncertainty that could affect one or more objectives (where the type of impact is undefined)”.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 6. No original: “an uncertainty that could have a positive or negative effect on one or more objectives”. Tzvi Raz e David Hillson, igualmente, trazem esses três parâmetros de definição de risco, que denominam, respectivamente, *negative definitions*, *neutral definitions* e *broad definitions* (RAZ, Tzvi; HILLSON, David. *A comparative review of risk management standards*. In: **Risk Management**: An International Journal, v. 7, n. 4, 2005, p. 64).

⁶¹ JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 29.

⁶² Idem, *ibidem*, p. 5.

A incerteza é elemento de todo e qualquer risco, muito embora com ele não se confunda. Todo risco pressupõe uma incerteza, mas nem toda incerteza necessariamente implica risco. É condição necessária, mas não suficiente.

Assim, por exemplo, um evento futuro e certo, embora de consequências negativas para um determinado indivíduo, projeto ou empreendimento, não se constitui em risco, mas em problema a ser resolvido. Com efeito, inexistindo o elemento de incerteza quanto a determinado evento futuro, não há que se falar em risco. Saltar de um avião sem paraquedas não se constitui em risco, mas em certeza do evento morte.

Evidentemente, tais incertezas deverão ser passíveis de identificação e mensuração, do contrário não poderão ser consideradas verdadeiros riscos⁶³. Quanto a esse ponto, quer dizer, a relação entre risco e incerteza, voltaremos a falar no item seguinte. Por hora, basta deixar assentado que essa incerteza a configurar um risco deve estar dotada de previsibilidade, de tal sorte que a probabilidade de sua ocorrência possa ser matematicamente estimada.

Por sua vez, mesmo um evento futuro e incerto, se não produz consequências relevantes para algum indivíduo, instituição, processo ou empreendimento, não implicará a existência de um risco. Assim, por exemplo, o sorteio de bolas pretas e vermelhas que estão dentro de uma urna em quantidades não conhecidas pelos participantes, sem que haja consequências para quaisquer deles (ou seja, não se está apostando nenhum bem, nem se colocando o bem-estar ou a fortuna à mercê da sorte), não se constitui risco⁶⁴.

Há que se ponderar, ainda, que as consequências que se atribui a um evento futuro e incerto são relacionadas a terminados contextos e objetivos. Desse modo, é possível considerar que há incertezas que produzem consequências, mas estas consequências podem ser cruciais para alguns indivíduos ou, ao contrário, podem ser totalmente irrelevantes para outros.

Desse modo, por exemplo, a previsão de tempestades e alagamentos em São Paulo pode ser um fator de risco para todos quantos morem naquela cidade, mas, a princípio, irrelevante para quem viva em Recife. Para os paulistanos, em princípio, haverá riscos; já para os recifenses não. Salvo, por exemplo, se um recifense estiver de viagem marcada para algum compromisso em São Paulo no dia previsto para tais eventos. Aqui, o contexto em que se

⁶³*Idem, ibidem*, p. 26.

⁶⁴Tal exemplo é dado por Luiz Antonio Joia (JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 23).

verificam as consequências de um evento é fundamental. “Assim, pode-se perceber que há incertezas que são completamente irrelevantes dentro de determinados contextos”⁶⁵.

Finalmente, tais consequências devem ter o condão de impactar consideravelmente determinados objetivos.

Como afirmam HILLSON e MURRAY-WEBSTER:

Definir esse vínculo entre risco e objetivos é essencial para o processo de gerenciamento de riscos, uma vez que é um pré-requisito para identificar os riscos, avaliar sua importância e determinar respostas apropriadas. É também, no entanto, um fator crucial na compreensão das atitudes de risco, uma vez que estas são conduzidas pelos objetivos do indivíduo, grupo ou organização em questão e na medida em que o risco "importa"⁶⁶.

Com base no que foi acima expandido, podemos esboçar uma definição de risco que, embora não tenha qualquer pretensão de validade universal, parece ser adequada para os objetivos mais modestos do presente trabalho. Partindo-se da noção aristotélica de definição que pressupõe um gênero próximo e uma diferença específica, poderíamos entabular a seguinte definição: **risco é o evento futuro e incerto (gênero próximo), mas previsível e mensurável (diferença específica), que produz consequências relevantes, positivas ou negativas, para um determinado objetivo.**

Assim:

a) risco é evento futuro e incerto – aqui é a essência da incerteza (se se tratasse de evento passado ou mesmo presente, não se cogitaria nem de risco nem de incerteza – tal constatação parece ser bastante óbvia);

b) risco pressupõe previsibilidade e mensurabilidade – do contrário, teríamos apenas a incerteza representada não só pela imprevisibilidade do evento (ou seja, a impossibilidade de identificação do risco), mas também pela impossibilidade de determinação da extensão de seus efeitos (quer dizer, impossibilidade de mensuração, de análise quantitativa e qualitativa do risco);

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 24.

⁶⁶ HILLSON, David; MURRAY-WEBSTER, Ruth. *op. cit.*, p. 5. No original: “*Defining this link between risk and objectives is essential to the process of risk management, since it is a prerequisite for identifying risks, assessing their significance and determining appropriate responses. It is also, however, a crucial factor in understanding risk attitudes, since these are driven by the objectives of the individual, group or organization concerned, and the extent to which the risk 'matters'*”.

c) risco deve produzir consequências relevantes a objetivos determinados: ou seja, eventos que, uma vez ocorridos, não tenham o condão de impactar em determinados objetivos, ou que tenham impacto desprezível, não poderão ser qualificados como verdadeiros riscos⁶⁷; e

d) essas consequências podem ser positivas ou negativas: muito embora predomine a noção negativa de risco, especialmente no contexto da alocação de riscos em parcerias público-privadas, nada obsta que haja consequências positivas que poderão, inclusive, ser consideradas como ganhos de eficiência de um determinado arranjo contratual.

2.3 Risco e incerteza

Dissemos acima que a incerteza é elemento do risco, embora com ele não se confunda. Essa relação entre risco e incerteza merece maiores reflexões⁶⁸.

Frank KNIGHT afirma que a noção de “risco”, tal como vagamente utilizada na linguagem comum e mesmo nas discussões econômicas, abrange dois conceitos que, pelo menos do ponto de vista funcional, são essencialmente distintos⁶⁹.

Com efeito, de acordo com KNIGHT:

O fato essencial é que "risco" significa, em alguns casos, uma quantidade susceptível de medição, enquanto outras vezes não é distintamente desse caráter; e há diferenças profundas e cruciais no suportamento do fenômeno a depender de qual dos dois está realmente presente e atuando. Há também outras ambiguidades no termo "risco", que serão apontadas; mas isso é o mais importante. Parecerá que uma incerteza *mensurável*, ou "risco" próprio, como usaremos o termo, é tão diferente de um *não-mensurável* que não é efetivamente uma incerteza. Por conseguinte, devemos restringir o termo "incerteza" a casos de tipo não-quantitativo. É essa "verdadeira" incerteza e não risco, como foi argumentado, que constitui a base de uma teoria do lucro válida e explica a divergência entre competição real e teórica⁷⁰.

⁶⁷ Como afirma David Hillson, tomando por base uma definição pragmática de risco, “*risk is uncertainty that matters*”, ou de forma expandida, “*risk is uncertainty that if it occurs, will affect achievement of objectives*” (HILLSON, David. **Managing risk in projects**. Surrey: Gower, 2009, p. 6-7).

⁶⁸ Convém destacar que, conforme afirma Marcos Nóbrega, “Muitos ainda misturam o entendimento de risco e incerteza e persiste, de fato, certa indeterminação semântica sobre isso” (NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 126).

⁶⁹ KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1964, p. 19.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 19-20. No original, em inglês: “*The essential fact is that risk means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearing of the phenomenon depending on which of two is really present and operating. There are other ambiguities in the term risk as well, which will be pointed out; but this is the most important. It will appear that a measurable uncertainty, or risk proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term uncertainty to cases of the non-quantitative type. It is this true uncertainty, and not risk, as has been*”

Assim, para KNIGHT, apenas incertezas quantificáveis ou mensuráveis seriam verdadeiros riscos. Tanto é que, mais adiante, o autor deixa claro o seu critério de distinção entre risco e incerteza:

A diferença prática entre as duas categorias, risco e incerteza, é que no primeiro a distribuição do resultado em um grupo de casos é conhecida (por meio de um cálculo *a priori* ou de estatísticas da experiência passada), enquanto que no caso de incerteza, isto é não é verdade, pela razão de que, em geral, é impossível formar um grupo de casos, porque a situação tratada é, em alto grau, única⁷¹.

Em suma, segundo KNIGHT, a incerteza “mensurável” é, propriamente, o que se denomina “risco”, ao passo que a incerteza “não-mensurável” é a incerteza *tout court*. Daí Kleber Luiz ZANCHIM afirmar que “... risco e incerteza são elementos do aleatório. Retirado o risco, que se conhece, resta a incerteza, que se desconhece”⁷².

Nesse sentido, JOIA, SOLER e BERNAT afirmam que “todo risco é uma incerteza, mas nem toda incerteza é risco, seja porque ela pode não ser identificável, pode não ser mensurável e/ou pode não ter impacto relevante em seu contexto”⁷³.

Por sua vez, Arnoud DE MEYER, Christoph H. LOCH e Michael T. PICH, fazem a distinção entre *foreseen uncertainty* (incertezas previsíveis) e *unforeseen uncertainty* (incertezas imprevisíveis)⁷⁴. As primeiras seriam *known unknowns* (incertezas conhecidas); as segundas, *unknown unknowns* (incertezas desconhecidas)⁷⁵.

argued, which forms the basis of a valid theory of profit and accounts for the divergence between actual and theoretical competition”.

⁷¹*Idem, ibidem*, p. 233. No original, em inglês: “The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former of distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation *a priori* or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique”.

⁷² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 41.

⁷³ JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 26

⁷⁴ DE MEYER, Arnoud; LOCH, Christoph H.; PICH, Michael T. Managing Project uncertainty: from variation to chaos. In: **Sloam Management Review**, v. 43, n. 2, 2002, p. 60-61. Rigorosamente, os autores vislumbram quatro tipos de incertezas: (i) variação; (ii) incerteza previsível; (iii) incerteza imprevisível; e (iv) caos. Não obstante, tal classificação tem um propósito bem específico de compreender as incertezas não previstas no objeto do gerenciamento de risco (o que denominam, então, de *uncertainty-based management*, ou seja, gerenciamento de incertezas). Assim, a variação seriam incertezas de pequenas influências no projeto, não sendo imprescindível o seu planejamento e monitoramento individual; as incertezas previsíveis são aquelas incertezas identificáveis, mas que há poucas informações, demandando um cuidado, um planejamento e monitoramento bem maior do que as variações, na medida em que podem afetar o projeto como um todo; incertezas imprevisíveis, são aquelas que não podem nem mesmo ser identificadas, seja pela falta de conhecimento ou consciência de sua possibilidade de

Rigorosamente, então, o que distingue risco de incerteza é a previsibilidade e a mensurabilidade, ou, em suma, o **conhecimento** acerca do evento futuro. Esse conhecimento pode envolver, assim, a própria ocorrência do evento (previsibilidade) e, também, a sua quantificação ou mensuração (mensurabilidade), ou seja, o impacto no objetivo a que se refere.

Um evento futuro e incerto que não se possa prever (ausência de previsibilidade) não é risco, mas incerteza. Um evento futuro e incerto que se pode prever, mas não se pode calcular o impacto nos objetivos de um determinado projeto, igualmente, não é risco, mas incerteza (ausência de mensurabilidade).

Não por outra razão, Maurício Portugal RIBEIRO distingue risco de incerteza com base na possibilidade de tratamento racional do impacto das ocorrências futuras. Com efeito, segundo o autor:

Riscos são as ocorrências futuras cuja probabilidade de realização e impacto sobre os agentes podem ser tratados racionalmente, isso é podem ser calculados, e, por isso, podem ser considerados nas decisões de investimento.

Incertezas se referem também a eventos futuros, mas que não podem ser racionalmente tratados e, por isso, em regra, elas inibem o investimento. No caso dos contratos, elas reduzem o sucesso da contratação, ou, ao menos, torna as contratações substancialmente mais caras para a Administração Pública ou para os usuários dos serviços⁷⁶.

Isso equivale dizer que o risco é o evento futuro e incerto, mas previsível e mensurável; e incerteza, o evento futuro e incerto imprevisível ou, então, previsível, mas não mensurável.

Tal afirmação nos leva a outra observação importante: a depender do nível de conhecimento, tanto a incerteza pode se tornar risco, quanto o contrário, ou seja, o risco pode

ocorrência, seja pela alta improbabilidade de ocorrência, demandando, com isso, para seu gerenciamento, mais do que planejamento formal, uma certa dose de flexibilidade; e caos, que são incertezas não diretamente ligadas a quaisquer objetivos ou metas razoavelmente estáveis (como se dá com as incertezas imprevistas). Não nos parecem relevantes, pelo menos para os fins do presente trabalho, nem a noção de variação, nem a de caos. Por essa razão, nos limitamos a fazer referência, apenas, às noções de incerteza previsível e de incerteza imprevisível, que, de certo modo, guardam relação com a distinção de KNIGHT acerca da incerteza mensurável (risco) e incerteza não-mensurável.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 62.

⁷⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93. In: **Direito do Estado**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante-a-lei-8-666-93>>. Acesso em 07.09.2017.

ser transposto à categoria da incerteza⁷⁷. Como afirma ZANCHIM, “Quanto mais variáveis, menos conhecimento, e mais incerto será determinado fato. Quanto menos variáveis, mais conhecimento, e mais para o risco estará a ocorrência”⁷⁸.

2.4 Elementos do risco

Conforme dito acima, risco é o evento futuro e incerto, mas previsível e mensurável, que produz consequências relevantes, positivas ou negativas, para um determinado objetivo. Desdobrando-se tal definição em suas partes constitutivas essenciais, poderíamos vislumbrar a existência de três elementos: (i) evento; (ii) probabilidade; e (iii) impacto.

Nesse mesmo sentido, afirma Marcos NÓBREGA:

A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais: o evento, que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade, que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo e, por fim, o impacto, que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco⁷⁹.

O **evento** compreende tanto a **causa** (fonte de risco) quanto a **consequência** (materialização da fonte de risco, quer dizer, a materialização da situação de fato decorrente da fonte de risco)⁸⁰.

A **probabilidade** reside precisamente na possibilidade de identificação e mensuração qualitativa e quantitativamente, ou seja, na estimativa matemática da probabilidade de ocorrência do evento risco (quer dizer, a probabilidade da materialização da fonte de risco).

Por fim, o **impacto** corresponde ao efeito das consequências do evento risco sobre determinado objetivo (efeito este que pode ser positivo ou negativo)⁸¹.

A gestão de riscos pode envolver tanto o tratamento das causas (probabilidade) quanto das consequências (impacto).

⁷⁷ Nesse sentido, ZANCHIM, Kleber Luiz. *op. cit.*, p. 42.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁷⁹ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. *op. cit.*, p. 126.

⁸⁰ JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 37.

⁸¹ Tanto é que a formulação matemática que representa o risco é dada pela função da densidade de risco $h(x,y) = g(x/y).f(y)$, que leva em conta a probabilidade e a amplitude do impacto dos vários eventos de risco. Aqui, $g(x/y)$ reflete o valor de x condicionada à ocorrência de y . Como afirma Luiz Antonio JOIA “Trata-se, portanto, de uma função condicionada a outra. Isso porque só podemos avaliar os efeitos do risco – $g(x)$ – se ele tiver realmente ocorrido – $f(y)$. Por isso, usamos $g(x/y)$ ” (JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 39-40).

2.5 Identificação, avaliação e classificação de riscos

2.5.1 Identificação dos riscos associados ao empreendimento

A primeira etapa na estruturação de um contrato de parceria público-privada consiste em identificar os riscos associados ao respectivo projeto. Não é demais repisar que os riscos associados a um projeto de parceria público-privada dependem de diversos fatores, que vão desde a natureza do projeto em si até as peculiaridades do país em que irá se desenvolver. De todo modo, há certos tipos de riscos que são inerentes a determinadas modalidades de concessão, o que se pode extrair tanto da natureza desses projetos quanto da própria experiência acumulada de projetos anteriores.

Como já se mencionou anteriormente, embora não haja uma definição padrão ou universal, podemos conceber o risco como um **evento** futuro e incerto, mas **previsível** e mensurável, que produz **consequências relevantes**, positivas ou negativas, para um determinado objetivo. Donde se extrai, portanto, três elementos inerentes ao risco que são: (i) **evento**; (ii) **probabilidade**; e (iii) **impacto**⁸².

O evento pressupõe uma **fonte de risco**(causa) que, uma vez materializado (ocorrido o evento, portanto), implica uma **consequência** ou **impacto** (efeito, que tem impacto relevante em determinada atividade ou objetivo).

Essa fonte de risco, por sua vez, está associada a uma **vulnerabilidade**. Isso significa dizer que o evento causador de um impacto no projeto (positivo ou negativo) refere-se às condições que possibilitam a sua ocorrência (fonte de risco + vulnerabilidade)⁸³.

A probabilidade e o impacto, conjuntamente considerados, constituem o **nível de risco**.

Como já se afirmou anteriormente, ao contrário das incertezas, que são imprevisíveis ou imensuráveis, os eventos associados a riscos são previsíveis e mensuráveis, quer dizer, podem ser antevistos, com certo grau de precisão matemática e estatística, e, ademais, podem ter mensurada a extensão de seus efeitos (o impacto do evento no projeto).

⁸²JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 37.

⁸³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Gestão de risco na administração pública e nos contratos administrativos**. Apostila do Seminário Nacional “Gestão de risco na administração pública e nos contratos administrativos”, São Paulo: Zênite, 2017, p. 19.

Do ponto de vista prático, o risco pode ser descrito com a seguinte sintaxe: “*Dada uma fonte de risco A, poderá ocorrer o evento A1, levado à ocorrência da consequência A2, com impacto A3 no projeto*”⁸⁴. Assim, por exemplo, a necessidade de realização de desapropriações (fonte de risco), poderá levar ao atraso na conclusão dos processos expropriatórios (evento), com o consequente atraso no cronograma de conclusão das obras previstas no projeto (consequência) e com impacto x no custo total do projeto (impacto).

Ademais, na repartição de riscos em parcerias público-privadas, deverá ser definido qual das partes suportará o ônus da materialização do evento “risco” (*i. e.*, para qual das partes será alocado o risco), valendo-se, para tanto, de critérios eminentemente econômicos, como veremos mais adiante.

De acordo com Fernando DIAS, o *Practice Standard for Project Risk Management*, um guia de gerenciamento de riscos formulado pela *Project Management Institute – PMI*, elenca uma lista de dez fatores críticos a serem considerados quando da identificação de riscos⁸⁵, a saber:

1. **Identificação o mais cedo possível:** quanto mais cedo forem identificados os riscos associados ao projeto, mais tempo disponível para o seu tratamento, além do que as respostas poderão ser mais eficazes e menos custosas. Ademais, no caso de projeto de parceria público-privada, os instrumentos de contratação (e, pois, a matriz de riscos do projeto) já deverão constar do instrumento convocatório, de tal sorte que, do ponto de vista temporal, pressupõe-se que quando da publicação do edital para a licitação, os riscos relacionados à contratação futura já foram devidamente identificados.

2. **Identificação iterativa:** apesar da necessidade de identificação dos riscos o mais cedo possível, poderá ocorrer de surgirem novos riscos durante o projeto, ou mesmo a reavaliação dos riscos existentes, que deverão ser objeto de negociação entre as partes, se já formalizado o contrato.

3. **Identificação emergente:** a identificação de novos riscos deve ser tarefa permanente, não estando restrita apenas ao início do projeto, muito embora todos os esforços de identificação de riscos devam se concentrar nessa fase (o mais cedo possível), como dito acima.

⁸⁴ Adaptado de CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 23

⁸⁵ DIAS, Fernando. **Gerenciamento dos riscos em projetos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 31-34.

4. **Identificação abrangente:** uma lista abrangente de fontes de riscos usada como material de apoio no processo de identificação de riscos contribui para a formulação de uma matriz de risco o mais completa possível.

5. **Identificação explícita de oportunidades:** considerando que os riscos não possuem sempre resultados negativos, podendo implicar também oportunidades e resultados positivos, no processo de identificação de riscos deverá levado em conta, também, esse aspecto.

6. **Múltiplas perspectivas:** a maior diversidade possível de partes envolvidas na identificação de riscos contribui para a elaboração de uma lista mais abrangente, mais adequada e mais completa dos riscos associados a um determinado empreendimento, uma vez que considera diversas perspectivas e experiências.

7. **Ligação às linhas de base:** cada risco deve ser relacionado com uma ou mais das linhas de base do projeto, tais como escopo, prazo, custo e qualidade.

8. **Declaração completa do risco:** o risco deve ser declarado de forma clara e completa, a fim de permitir a sua posterior análise, sem perda de informações.

9. **Nível de detalhe e propriedade:** a descrição de cada risco deve ser feita com um nível de detalhe que permita a identificação de um proprietário, ou seja, de quem é atribuída a responsabilidade pelo risco, ou pelo gerenciamento dele. O nível de detalhamento favorece também a identificação do que se chama de “gatilho”, quer dizer, sinais que indiquem a probabilidade de ocorrência do risco.

10. **Objetividade:** a identificação e descrição de riscos deve ser a mais objetiva possível, evitando-se a interferência de vieses oriundos de experiências anteriores ou interesses. Com maior razão tal cuidado deverá ser adotado quando da análise qualitativa e quantitativa de riscos.

Por sua vez, existem vários mecanismos utilizados para a identificação dos riscos associados a projetos de parceria público-privada, dentre as quais podemos destacar, a título meramente exemplificativo: (i) registro de riscos; (ii) *brainstorming*; (iii) analogia; (iv) entrevistas com especialistas; (v) *fault tree* ou árvore de falhas; (vi) árvore de eventos; e (vii) análise causa-consequência

O registro de riscos, na verdade, consiste numa base histórica de riscos, coletados da experiência própria ou de terceiros. Consubstancia-se por meio de uma lista de riscos identificados relativamente a um determinado projeto⁸⁶.

O *brainstorming* consiste numa “técnica de resolução de problemas, que envolve a contribuição espontânea de ideias dos membros de um grupo e, também, a reflexão por uma ou mais pessoas na tentativa de elaborar uma solução para um problema”⁸⁷.

Os dois princípios fundamentais dessa técnica são: (i) o atraso do julgamento; e (ii) criatividade em quantidade e qualidade. Pelo princípio do atraso do julgamento, não se descarta nenhuma ideia, de tal modo que o julgamento será atrasado enquanto ainda não tiver sido finalizado o processo de geração ou captação de ideias; pelo segundo princípio, compreende-se que quanto mais ideias forem geradas, mais chance de aparecer uma boa ideia, além do que não se deve dificultar o processo criativo, uma vez que de uma ideia má ou inadequada poderá surgir outra que seja boa ou relevante⁸⁸.

Num primeiro momento, os participantes tem a liberdade de levantar o maior número possível de ideias sobre o tema; num segundo momento, as ideias são reunidas em grupos semelhantes; por fim, os participantes passam a avaliar tais ideias assim dispostas em grupo, selecionando as melhores ou mais adequadas, por meio de alguma técnica de decisão em grupo⁸⁹.

De todo modo, não há uma regra específica, daí implicar em algumas dificuldades na sua realização, tais como a possibilidade de o processo tornar-se caótico, pela amplitude dos elementos trazidos, o que, por sua vez, pode levar a uma perda do foco⁹⁰.

Uma variante dessa técnica é o *brainwriting* que, com os mesmos objetivos, consiste em utilizar a forma escrita, em vez de debates.

A analogia, como o próprio nome sugere, consiste na comparação entre riscos atuais e riscos já identificados⁹¹.

As entrevistas com especialistas são normalmente utilizadas para riscos específicos, sobre os quais as partes não detêm conhecimento técnico. Pode-se recorrer a consultores,

⁸⁶ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 24.

⁸⁷ DIAS, Fernando. *op. cit.*, p. 41.

⁸⁸ JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 71-72.

⁸⁹ DIAS, Fernando. *op. cit.*, p. 41.

⁹⁰ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 26.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 25.

especialistas da própria Administração, de universidades ou de outras entidades privadas que detenham expertise na respectiva área⁹².

A *fault tree*, ou árvore de falhas, como ensina Marcos NÓBREGA, aplicando o método dedutivo, corresponde a um “diagrama que mostra a relação entre um específico e indesejável evento e o sistema, pontuando as falhas nos componentes desse mesmo sistema”⁹³.

A árvore de eventos, por outro lado, aplica o método indutivo, mostra a sequência de resultados de ocorrência possível relacionados a um determinado evento⁹⁴.

Por fim, a análise causa-consequência, ou *cause-consequence analysis* – CCA, que se apresenta como um misto entre os dois sistemas anteriores, combinando a análise das causas (*fault tree*) e a análise das consequências (árvore de eventos). Como afirma Marcos NÓBREGA, “o objetivo dessa técnica é identificar os tipos de eventos que podem ocasionar consequências indesejáveis e suas respectivas probabilidades em um diagrama CCA para então calcular as probabilidades das correspondentes consequências”, de tal modo que, ao final, estabelece-se o nível de risco do sistema⁹⁵.

Pode-se, ainda, recorrer a fontes idôneas para identificação de riscos, como manuais de melhores práticas, contratos similares já formalizados, riscos documentados em outros órgãos, geralmente organizados numa matriz de riscos etc.⁹⁶.

Evidentemente, fugiria ao escopo do presente trabalho estabelecer e precisar todos os métodos de identificação de riscos, parecendo-nos suficiente os exemplos acima dados para assentar que a identificação de riscos é um procedimento complexo e que não poderá ser empreendido sem a utilização de um método adequado. Além disso, conforme advertência de Marcos NÓBREGA, além da escolha do método adequado a um determinado projeto ou realidade, todos eles dependerão da qualidade dos dados coletados⁹⁷.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 25.

⁹³ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 127.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 127.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 127.

⁹⁶ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 27.

⁹⁷ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 128.

2.5.2 Avaliação e classificação dos riscos

Uma vez identificados os riscos, passa-se a uma segunda etapa que consiste nas análises quantitativa e qualitativa, com o fito de classificá-los de acordo com o grau de importância e de impacto.

A lógica aqui é a de, uma vez identificados os riscos associados a um específico projeto de parceria público-privada, proceder à determinação da probabilidade de ocorrência do evento e, em seguida, estimar os custos ou outra forma de impacto decorrentes desse evento.

É claro que, a depender do tipo de risco, há a possibilidade de se estabelecer medidas de mitigação, de tal forma que se possa reduzir a probabilidade de ocorrência do evento ou, uma vez ocorrido, reduzir-lhe o impacto no projeto.

Sob o prisma qualitativo, os aspectos de probabilidade e impacto são classificados por um sistema de avaliação que se vale de uma escala categórica ordinal, normalmente expressada por meio de adjetivos, tais como : “alto, médio ou baixo”, ou “muito alto, alto, médio, baixo, muito baixo”⁹⁸. Por sua vez, a avaliação quantitativa, o parâmetro probabilidade é indicado por um sistema de valores numéricos, representando um percentual, quer dizer a chance do fator de risco engendrar o evento. Já o impacto costuma ser indicado por unidades monetárias ou pelo tempo de atraso de um cronograma⁹⁹.

Os dados relativos à probabilidade e impacto de cada fator de risco devem ser combinados de modo que se possa estabelecer uma avaliação de peso, multiplicando-se o impacto geral pela probabilidade, de modo a determinar o nível de risco.

A tabela a seguir exemplifica bem esse procedimento:

		PROBABILIDADE (p)				
		MUITO BAIXA (1)	BAIXA (2)	MÉDIA (3)	ALTA (4)	MUITO ALTA (5)
IMPACTO (I)	MUITO ALTO (5)	5	10	15	20	25
	ALTO (4)	4	8	12	16	20
	MÉDIO (3)	3	6	9	12	15
	BAIXO (2)	2	4	6	8	10
	MUITO BAIXO (1)	1	2	3	4	5

⁹⁸JOIA, Luiz Antonio *et al. op. cit.*, p. 89.

⁹⁹*Idem, ibidem*, p. 89.

NÍVEL DE RISCO			
BAIXO	MÉDIO	ALTO	EXTREMO
Perdas potenciais pequenas e isoladas	Perdas potenciais setorizadas que afetam moderadamente a atividade	Perdas potenciais elevadas que impactam acentuadamente a atividade	Perdas potenciais catastróficas com impacto em um ou mais setores e podem afetar permanentemente a atividade

TABELA 1 –Fonte: adaptado de CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 53.

Assim, cada risco identificado será avaliado quantitativa e qualitativamente em seus aspectos de probabilidade e impacto, classificando-os de conformidade com o nível de impacto e o nível de probabilidade. O nível de risco é dado pelo correspondente peso, obtido pela multiplicação do coeficiente de impacto (I) pelo de probabilidade (p).

Por fim, uma vez identificados, avaliados e priorizados os riscos, bem como estabelecidas possíveis medidas de mitigação, passa-se à alocação de riscos às partes envolvidas. Trata-se, assim, de decidir com base em determinados critérios qual parte do contrato (parceiro público ou parceiro privado) assumirá os custos, ou auferirá os eventuais benefícios, decorrentes da verificação de eventos provocados por fatores de risco.

Esse é um dos pontos cruciais na modelagem de uma parceria público-privada, uma vez que a adequada alocação de riscos contribui para que o projeto chegue ao melhor *value for Money*, criando incentivos para que as partes possam gerenciar adequadamente os riscos, reduzindo custos, aumentando a qualidade e a eficiência. É um processo complexo e dinâmico, que demanda a aplicação de critérios econômicos. Esse é o ponto central da investigação aqui proposta e será objeto de análise no capítulo 4 mais adiante.

2.5.3 A matriz de risco

O resultado final desse processo de identificação, avaliação, classificação e alocação de riscos, normalmente, é formalizado numa tabela categorizada denominada “matriz de alocação de riscos”, ou, simplesmente “matriz de riscos”.

Há várias formas de elaborar uma matriz de riscos, desde as mais simplificadas, discriminando o risco e a respectiva alocação, até as mais completas, que discriminam de forma pormenorizada todos os aspectos relacionados aos riscos, tais como a sua categorização geral (risco político, risco de projeto, risco de operação etc.), a descrição detalhada do risco

(fonte do risco, evento e consequências), o grau de probabilidade e impacto, bem como o nível de risco (tal como explicitado anteriormente), a respectiva alocação (público, privado ou compartilhado) e as respostas ao risco (possíveis mitigações, reequilíbrio econômico-financeiro ou outras ações que correspondam a uma resposta adequada ao risco, visando mitigá-lo ou simplesmente aceitá-lo)¹⁰⁰.

Não raro, a Administração Pública elabora uma matriz geral de riscos para um determinado setor ou empreendimento, servindo como parâmetro para uma alocação preferencial de riscos, de tal sorte que na estruturação concreta de um projeto de parceria público-privada essa matriz seja tomada como ponto de partida para a alocação de riscos, sofrendo as adaptações necessárias para as especificidades do empreendimento, sempre visando a maximização da eficiência e do *value for money*.

A tabela 2 a seguir exemplifica uma matriz de riscos, aproveitando-se a classificação de nível de riscos realizada pela tabela 1 acima:

ID	CATEGORIA	DESCRIÇÃO DO RISCO			(p)	(I)	NR: p x I	ALOCACÃO DO RISCO	RESPOSTA
		FONTE	EVENTO	CONSEQUÊNCIA					
01	RISCO DE PROJETO	Erro na estimativa dos custos pela SPE	Custos subdimensionados pela SPE ou, ainda, ausência de insumos na elaboração dos preços apresentados	Impacto no custo total do projeto	1	3	3	SPE	Contrato deve prever que obras e serviços são obrigações da SPE, dentro do preço ofertado
02	RISCO DE DESAPROPRIACÃO	Necessidade de desapropriação	Atraso na conclusão da desapropriação	Impacto no cronograma de conclusão das obras	3	4	12	PÚBLICO	Extensão de prazo no cronograma. Reequilíbrio.
03	RISCO POLÍTICO	Alteração da carga tributária	Imposição de alíquota majorada sobre serviços	Impacto no custo total do projeto	1	4	4	PÚBLICO	Reequilíbrio econômico-financeiro

TABELA 2 – Fonte: adaptado de CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.*, p. 54.

Outro exemplo de matriz de risco, conforme a tabela 3 abaixo:

¹⁰⁰ PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; Marques Neto, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito público em evolução**: estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 484.

1. RISCOS DOS PROJETOS DE ARQUITETURA, INSTALAÇÃO E COMPLEMENTARES				
	RISCO	DEFINIÇÃO	MITIGAÇÃO	ALOCACÃO
1.1.	Licenças com condicionantes ambientais	Existência de condicionantes ambientais a serem cumpridas pela concessionária, previstas nas licenças ambientais existentes à época da licitação	Previsão na Concessão de Uso de que todas as obrigações de licenciamento ambiental e o cumprimento de condicionantes ambientais sejam de responsabilidade do Poder Público	Compartilhado
1.2	Necessidade de desapropriação	Necessidade de realizar desapropriações ao longo da execução do Contrato, inclusive para outras localidades, na hipótese de expansão	Previsão de cláusula contratual que alocue integralmente ao Poder Público a responsabilidade por eventuais desapropriações necessárias no decorrer da execução do contrato de Concessão	Público
1.3	Atraso na avaliação dos projetos	Demora na avaliação dos projetos pelo Poder Público sem que haja culpa da Concessionária	Recomposição da equação econômico-financeira. Acompanhamento do Poder Concedente junto aos Órgãos Públicos para liberação dos projetos	Público

TABELA 3 – Fonte: Governo do Estado do Piauí – disponível em: <http://www.ppp.pi.gov.br/ppp/wp-content/uploads/2017/03/Nova-Central-de-Abastecimento-Anexo-VI-do-Contrato-Matriz-de-Distribui%C3%A7%C3%A7%C3%A3o-de-Risco.pdf> – acesso em 14.01.18 (transcrita parcialmente).

2.6 Classificação dos principais riscos em contratos de parceria público-privada

Não há como empreender uma classificação de todos os riscos relacionados às parcerias público-privadas, nem se coaduna com o escopo do presente trabalho a explicitação de cada um dos riscos possíveis de serem encontrados numa parceria público-privada¹⁰¹.

Primeiro, porque cada empreendimento apresenta conotações específicas, de tal sorte que certos riscos poderão estar associados a determinados empreendimentos de parceria público-privada, mas não a outros.

Segundo, porque, como toda classificação ou divisão, a sua validade depende apenas da observância de regras lógico-formais, quais sejam, (i) completude ou adequação; (ii) irreduzibilidade de seus elementos; e, **principalmente**, (iii) a utilização do mesmo princípio

¹⁰¹ Para esse fim, consultar: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceira público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2013; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, p. 233-256, 2015; ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007; PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006; PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011; e FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. In: **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 25-45, jan.-mar. 2008; e YESCOMBE, E.R. **Public-private partnerships: principles of policy and finance**. Oxford: Elsevier, 2010.

ou critério de divisão¹⁰². Não há, pois, uma classificação definitiva, sendo válidas todas aquelas que observarem critérios lógicos de divisão e tenham utilidade prática.

Ademais, não há sequer uniformidade na classificação desses riscos, havendo autores que englobam numa só denominação certos riscos que, para outros, são classificados de forma autônoma. Assim, por exemplo, há quem separe risco político e risco macroeconômico¹⁰³, e há aqueles que entendem estarem ambos englobados no conceito de risco político¹⁰⁴.

Não obstante, a fim de não pecar pela incompletude da presente análise, podemos fazer referência a algumas modalidades de risco que são encontradas em parcerias público-privadas.

Eduardo ENGEL, Ronald FISCHER e Alexander GALETOVIC entendem que riscos em parcerias público-privadas podem ser classificados em sete categorias: (i) riscos de construção, incluindo falhar de projeto, sobrecustos e atrasos; (ii) risco de operação e manutenção (O&M); (iii) risco de execução do contrato, incluindo a disponibilidade do serviço ou da infraestrutura e a incerteza acerca da qualidade do serviço; (iv) risco do valor residual, notadamente a incerteza sobre os valor dos bens ao final do contrato; (v) risco político; (vi) risco de demanda; (vii) risco de financiamento; e (viii) risco regulatório e de desapropriação¹⁰⁵.

Um critério de classificação que nos parece bastante útil diz respeito às fases do empreendimento, considerando, ainda, que o modelo de formatação elegido pela Lei 11.079/2004 é o denominado BOT (*built, operate and transfer*), segundo o qual o parceiro privado tem a incumbência de construir e operar a infraestrutura ou o serviço, recebendo as contrapartidas públicas correspondentes, sendo que, ao final do contrato, se dá a reversão dos bens em prol do parceiro público¹⁰⁶.

¹⁰² JOLIVET, Régis. **Tratado de filosofia**. Tomo I – Introdução geral, lógica e cosmologia. Rio de Janeiro: Agir, 1969, p. 74.

¹⁰³ Nesse sentido, FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. In: **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, n. 1, jan.-mar. 2008, p. 31-32.

¹⁰⁴ Nesse sentido, WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords.). **Elementos de direito da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 82.

¹⁰⁵ ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. **The economics of public-private partnerships: a basic guide**. Nova Iorque: Cambridge University, 2014, p. 76.

¹⁰⁶ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 133.

Assim sendo, podemos considerar três grandes etapas ou fases nos projetos de parceria público-privada: (i) fase de estudo, de projeto e de construção; (ii) fase de início de funcionamento; e (iii) fase de operação¹⁰⁷.

Os riscos na primeira fase são bastante altos, máxime em virtude dos altos custos envolvidos e do tempo necessário para a implantação do projeto (nem sempre coincidente com o “calendário” político). O risco maior, aqui, é o de não conclusão do projeto, que pode ser, por exemplo, em virtude do decurso do prazo previsto de conclusão, ou por questões de limites orçamentários, ou ainda, a pura e simplesmente a não conclusão¹⁰⁸.

Para Fernando Vernalha GUIMARÃES, considerando que a Lei 11.079/2004 permitiu que os estudos de engenharia para a definição do valor da parceria público-privada tenham nível de anteprojeto (art. 10, §4º), a Administração poderá atribuir ao parceiro privado a responsabilidade pela elaboração do projeto, alocando para ele, assim, os riscos correspondentes. Com isso, pretende-se gerar um incentivo a que o parceiro privado busque a formatação mais eficiente do projeto, já que “os riscos de projeto se retratarão em maiores ônus ao longo da execução da obra (risco de construção)”, refletindo-se nos custos de manutenção e da própria operação¹⁰⁹.

De acordo com Viviane Gil FRANCO e João Batista PAMPLONA, os riscos de *design*, construção e operação “são aqueles que correspondem à possibilidade de que cada uma dessas etapas resultem em aumento de custos (*cost overrun*), atrasos ou consequências adversas para a prestação do serviço”¹¹⁰.

Por seu turno, Walfrido Jorge Warde Júnior e Diogo Nébias apontam algumas saídas para a diminuição dos riscos relacionados a fase de implantação do projeto, a saber:

- (i) a obtenção de garantias de conclusão que obrigam os *sponsors* a pagar toda a dívida, para além dos danos em caso de decurso do prazo; (ii) assegurar que os *sponsors* tenham significativo interesse no sucesso do projeto e aportem uma boa dose de recursos próprios; (iii) a consulta prévia a especialistas independentes em projetos e construções, que devem expressar as viabilidades construtivas, operacionais e financeiras do projeto; (iv) estabelecer os limites de variação positiva e negativa (sobretudo) de preços dos serviços e dos insumos necessários à construção; (v) a celebração de contratos de construção com prazos determinados para entrega da obra completa e operante (modalidade *turn-key*), com contratados

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 133.

¹⁰⁸ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 250-251.

¹¹⁰ FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. *op. cit.*, p. 36.

com sólida reputação profissional e financeira, submetidos a pesadas penas em caso de decurso do prazo à conclusão e a bônus se as obras terminares antes do prazo contratual¹¹¹.

Relatam, ainda, os referidos autores, que um dos problemas recorrentes na fase de operação tem origem ainda nesta fase de elaboração e implantação, e diz respeito à “incapacidade do projeto de alcançar determinados padrões de eficiência de operação (*output*, *input* e emissões de poluentes)”¹¹².

Os riscos dessa fase são bem mais elevados nos projetos *greenfield* (ou seja, projetos novos, em que não há infraestrutura pronta), do que nos denominados *brownfield*, quer dizer, aqueles que, aproveitando uma infraestrutura já existente, têm por escopo a sua recuperação e/ou expansão¹¹³.

Por sua vez, a fase de início de funcionamento do projeto (*start up*) envolve menores riscos, uma vez que, em tese, compreende-se que nesta fase “todos os equipamentos estão devidamente testados, os insumos e as matérias-primas foram encomendadas”¹¹⁴.

Finalmente, a fase de operação, que perdura por um longo prazo em razão da natureza do contrato de parceria público-privada e da necessidade de amortização dos pesados investimentos exigidos do parceiro privado, podendo chegar até o limite legal de trinta e cinco anos (art. 5º, inciso I, Lei 11.079/2004).

Nessa fase, são relevantes diversos riscos, dentre os quais podemos destacar o risco de demanda, que é “um dos aspectos centrais na configuração da matriz de riscos e responsabilidades em contratos de PPPs e concessões”¹¹⁵.

Tradicionalmente, o entendimento é o de que o risco de demanda se tratava de um risco inerente ao concessionário, na medida em que ele explora o contrato “por sua conta e risco”. Não obstante, atualmente, e sob o regime da Lei 11.079/2004, não há qualquer empecilho jurídico para o compartilhamento de risco de demanda entre o parceiro público e o

¹¹¹WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo.*op. cit.*, p. 76.

¹¹²*Idem, ibidem*, p. 76.

¹¹³ ENEL, José Virgílio Lopes. **Project finance**: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 197.

¹¹⁴NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**... *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 246.

parceiro privado¹¹⁶, estando tudo a depender da modelagem econômico-financeira do contrato e das peculiaridades do projeto em si.

Dessa forma, quanto maior o controle do parceiro privado sobre as situações que influenciam a demanda, maior será a sua exposição a tal risco. Por outro lado, nas hipóteses em que a demanda não dependa de modo tão intrínseco ao desempenho do parceiro privado, nada obsta que haja o compartilhamento desse risco com o parceiro público¹¹⁷.

Na prática, o compartilhamento do risco de demanda tem sido utilizado por alguns setores, tais como as concessões de rodovias, em que se prevê uma banda de variação referenciada pela estimativa inicial de demanda, de modo que, uma vez ultrapassados tais limites, haverá o compartilhamento das perdas, ou dos ganhos, conforme o caso¹¹⁸.

Para Fernando Vernalha GUIMARÃES:

A sistemática do compartilhamento do risco de demanda afigura-se desejável por algumas razões mais evidentes. Primeiro, porque o parceiro público não deve expor o contratante privado a riscos ampliados, uma vez que a ruína do concessionário pode comprometer a eficácia da concessão (com prejuízos que podem alcançar o poder concedente e os próprios usuários). Em segundo lugar, porque o compartilhamento de perdas e ganhos excessivos evita, de outro lado, ganhos desproporcionais ao concessionário, carreando uma riqueza apropriada para o benefício do usuário, no caso de uma concessão comum; da sociedade e do usuário, na hipótese de uma concessão patrocinada. Por fim, a hipótese minimiza os riscos do concessionário, tornando mais econômico o projeto, inclusive pela desoneração de certos custos financeiros¹¹⁹.

Por fim, podemos fazer referência, ainda, às seguintes modalidades de riscos:

a) riscos políticos: representam riscos ligados à atuação macroeconômica do Governo, tais como instabilidades financeiras, controles cambiais, expropriação de ativos e nacionalização. Envolvem, também, o risco de descumprimento de obrigações contratuais¹²⁰.

b) riscos de desapropriação: dizem respeito aos riscos na realização não só de desapropriações, mas também de desocupações e, eventualmente, reassentamento de pessoas. De um modo geral, considerando que as medidas de desapropriação e desocupação dependem

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 246-247. Esse ponto será mais bem explorado no capítulo 3.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 247.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 248. O exemplo dado por Fernando Vernalha Guimarães refere-se ao contrato de concessão da MG-050, que previu uma faixa de variação de 20% (10% para mais e 10% para menos da estimativa inicial de demanda), atribuindo-se o risco de demanda, dentro dessa faixa, exclusivamente ao parceiro privado. Havendo a superação daqueles limites, opera-se o compartilhamento dos ganhos ou das perdas, conforme o caso, na proporção de 50% para cada uma das partes (p. 248-249).

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 249.

¹²⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. *op. cit.*, p. 82

invariavelmente de medidas jurídicas e políticas típicas do Estado, aliado ao fato de que o parceiro privado normalmente tem pouco ou nenhum controle sobre tais situações, parece razoável entender que a alocação preferencial recaia sobre o parceiro público. De todo modo, havendo a possibilidade de o parceiro privado influir nesse fator de risco, nada obsta que, a depender da estrutura do projeto, os riscos, neste caso, sejam compartilhados¹²¹.

c) riscos regulatórios: relacionam-se à não obtenção, ou obtenção com atrasos ou condicionadas, de licenças e autorizações administrativas necessárias à construção ou operação do projeto. Dizem respeito, também à incidência dos efeitos de norma administrativa ou legal sobre a execução do projeto de parceira público-privada, implicando a elevação de custos¹²².

d) riscos de força maior e caso fortuito: está relacionado a eventos imprevisíveis, fora do controle das partes, que podem resultar em atrasos ou na impossibilidade do cumprimento das obrigações pelo parceiro privado. Podem decorrer de forças da natureza (tempestades, alagamentos, desmoronamentos, terremotos, secas etc.) ou pela ação humana (caso fortuito, ou seja, guerras, terrorismo, sabotagens etc.). Se tratar-se de um risco segurável, e o custo não for demasiadamente elevado, a alocação costuma recair sobre a parte privada; ao contrário, em se tratando de riscos não-seguráveis, ou seguráveis a preços extremamente elevados, a alocação preferencial recai sobre o parceiro público¹²³.

e) risco do ativo: dizem respeito ao valor e condições que estes terão ao final do contrato, quando se operar a reversão em favor do poder concedente. Trata-se de um risco inerente ao parceiro público, que deverá buscar mecanismos para minimizá-lo, tais como, por exemplo, a imposição de obrigação de manutenção e renovação de ativos e a realização de fiscalização e inspeções regulares, a fim de comprovar o cumprimento dessa obrigação. Segundo Viviane Gil FRANCO e João Batista PAMPLONA, essa prática tem sido adotada na Inglaterra para projetos rodoviários e penitenciários¹²⁴.

f) risco de *default*: está relacionado à incapacidade do parceiro privado de cumprir suas obrigações contratuais, de tal forma que o parceiro público não tenha condições de impor o cumprimento dessa obrigação e não tenha meios de obter uma compensação pelo inadimplemento. Normalmente, se relaciona com a insolvência do parceiro privado, ou então

¹²¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 255.

¹²² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. *op. cit.*, p. 82.

¹²³ FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. *op. cit.*, p. 36.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 39.

com a sua incapacidade de executar o objeto do contrato¹²⁵. Isso demanda que o parceiro público, quando da licitação, tome as devidas cautelas a fim de que participem do certame apenas entidades com sólida reputação profissional e financeira, exigindo, outrossim, a contratação de seguros (*performance bonds*) e realizando o acompanhamento do fluxo de caixa.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 39.

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

3.1 Acepções da expressão parceria público-privada no direito brasileiro

Há dois sentidos que se pode atribuir à expressão “parceria público-privada”: um sentido amplo e um sentido mais restrito¹²⁶.

No primeiro sentido, a parceria público-privada abrange uma multiplicidade de vínculos jurídicos possíveis entre os setores público e privado que guardam em comum a noção de cooperação contínua do privado com a execução de atividades que ou são de atribuição do Estado ou que, pelo menos, tenham por fim a consecução de algum interesse coletivo, seja de natureza econômica ou simplesmente social¹²⁷.

Tais vínculos entre o particular e o público, para ostentarem a qualificação de “parceria”, devem apresentar pelo menos três elementos caracterizadores que a distingue de outras espécies de relações contratuais entre a Administração e o particular tais como os contratos de prestação de serviços, de compras ou de obras públicas disciplinados pela Lei 8.666/93.

Em primeiro lugar, as parcerias público-privadas, nessa acepção ampla, são relações de natureza contínua, cuja execução de prolonga por um considerável lapso temporal. Em segundo lugar, são relações que criam interesses jurídicos comuns¹²⁸. E, por fim, no âmbito dessas relações continuadas e que geram interesses comuns, há a necessidade de se definir a forma de partilha das atribuições e deveres recíprocos, de modo a que seja possível o

¹²⁶ Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20. Em idêntico sentido, RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de ppp – parceria público-privada: ... op. cit.**, p. 26 e segs.

¹²⁷ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “... o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuem essencialmente na área social e não econômica” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 26).

¹²⁸ Nas compras públicas, por exemplo, não há, essencialmente, interesses comuns, mas simplesmente interesses contrapostos: de um lado, o interesse em receber o produto; de outro, o de obter a contraprestação ajustada.

atingimento dos objetivos comuns (incluindo-se, aí, a partilha dos riscos inerentes à atividade em questão)¹²⁹.

O que se tem, portanto, é que não é qualquer relação entre o público e o privado que poderá ser compreendida como parceria público-privada *lato sensu*, mas tão-somente aquelas que apresentarem concomitantemente as três características acima referidas.

Daí a definição de Carlos Ari SUNDFELD:

Em *sentido amplo*, “PPPs” são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecido entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc.). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas¹³⁰.

Nesse sentido largo estão incluídas, portanto, diversas formas específicas de parcerias público-privadas: contratos de gestão com organizações sociais (OSs), termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), concessões comuns e permissões de serviço público, concessões e permissões de uso de bem público, convênios administrativos firmados com particulares, concessões patrocinadas e concessões administrativas, dentre outras.

A modelagem das parcerias, nesse sentido amplo acima proposto, é fenômeno que remete à década de 1990 quando, a partir da Reforma do Estado¹³¹, e do reconhecimento da incapacidade fiscal (e gerencial) do Estado de proporcionar a adequada prestação de serviços de natureza econômica e social, se procurou incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro diversos instrumentos que permitiriam a maior participação da sociedade civil e da iniciativa privada em atividades que, antes, eram primariamente exercidas pelo próprio Estado, por meio da ação da máquina pública (estatais, autarquias, fundações ou mesmo órgãos da Administração Direta).

Em 1995, foi elaborado pelo então Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹³², com dois objetivos

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 20.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 24.

¹³¹ Lei 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei 9.491/97, tratando do Programa Nacional de Desestatização.

¹³² Tal Plano considerou **quatro** setores de atuação do Estado: (i) **núcleo estratégico**, compreendendo os órgãos de governo, em sentido amplo, com atribuição de definição e execução de leis e políticas públicas, abrangendo, assim, os três Poderes da República (no Executivo, o Presidente da República, Ministros de Estado e seus

principais: (i) a reforma do Estado, entendido como “um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira”¹³³; e (ii) reforma do aparelho do Estado, cujo escopo, mais restrito que a anterior, era tornar a Administração Pública “mais eficiente e mais voltada para a cidadania”¹³⁴.

Para cumprir os objetivos da Reforma do Aparelho do Estado, foram editadas diversas Leis Ordinárias, dentre as quais podemos citar as seguintes: Lei 9.737/98 (disciplinando as Organizações Sociais e os respectivos contratos de gestão); a Lei 9.790/99 (regulamentando as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e o termo de parceria); as Leis 8.987/95 e 9.074/95 (disciplinando a concessão de serviços públicos e de obras públicas) e a Lei 11.079/04 (criando as parcerias público-privadas)¹³⁵.

No plano constitucional, sobreleva a Emenda Constitucional nº 19/98 que, consoante Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, fez diversas modificações e inserções no texto constitucional a fim de permitir a consecução dos objetivos da Reforma¹³⁶.

auxiliares), bem como o Ministério Público; (ii) **atividades exclusivas**, abrangendo setores em que apenas o Estado pode atuar, em razão do exercício de seu poder extroverso (poder de polícia e poder regulamentar); (iii) **serviços não exclusivos**, abrangendo o setor em que o Estado atua paralelamente às organizações privadas ou públicas não-estatais – notadamente os serviços sociais do Estado; e (iv) **setor de produção de bens e serviços para o mercado**, correspondente à atividade privada econômica, voltada para o lucro. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no primeiro setor, o que deve prevalecer é a **efetividade das decisões** (sem desconsiderar, porém, a eficiência), ao passo que nos três demais setores, a **eficiência** é o que mais importa, “devendo prevalecer a administração pública gerencial” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 40). Segundo a autora, os objetivos globais da Reforma são: (i) “aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos”; (ii) “limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não estatal e destinando à iniciativa privada a produção de bens e serviços para o mercado”; (iii) “transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local; só em casos de emergência cabe a ação direta da União”; e (iv) “transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p.41).

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 38.

¹³⁵ Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 42.

¹³⁶ “...introdução do §8º ao art. 37 da Constituição, dando validade constitucional aos contratos de gestão celebrados entre o poder público e dirigentes de órgãos públicos e de entidades da administração indireta; previsão de lei disciplinando os direitos dos usuários dos serviços públicos (art. 37, §3º); alteração do art. 175, parágrafo único, prevendo lei que institua o estatuto das empresas estatais; previsão de gestão associada de serviços públicos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios e consórcios, com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 42). Cumpre salientar que diversas previsões trazidas pela referida Emenda de 1998 foram regulamentadas posteriormente pelas seguintes leis ordinárias: Lei 11.107/2005 (normas gerais de contratação de consórcios públicos); Lei 12.527/2011 (acesso a informações), Lei 13.019/2014 (regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público); Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico das empresas estatais); e Lei 13.460/2017 (participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos).

Como afirma DI PIETRO:

Com isso, a parceria serve ao objetivo de **diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado**, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a consequente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de **fomento** à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajuda-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de **eficiência**, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência¹³⁷.

Para SUNDFELD, “Toda essa legislação tem um sentido geral comum – que é o de viabilizar a gestão não exclusivamente estatal dos interesses públicos”¹³⁸.

Mas, como se disse, há um sentido mais restrito de parcerias público-privadas: são os vínculos contratuais que adotem a forma de concessão patrocinada ou de concessão administrativa, nos termos da Lei 11.079/04. Ou seja, na acepção restrita, parcerias público-privadas são apenas as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

Assim, consoante afirmam Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO, a Lei 11.079/04, dentre as várias possibilidades semânticas, empregou a expressão parceria público-privada em dois sentidos específicos: (i) para designar um tipo específico de contrato entre os setores público e privado, baseado nos contratos de concessão de serviço público, mas com a previsão de pagamento do parceiro público em favor do parceiro privado; e (ii) para se referir a contratos firmados nos moldes do programa britânico de financiamento privado (*Private Finance Initiative – PFI*), ou seja, contratos semelhantes aos de concessão, para prestação de serviço público ou de serviços à própria Administração, com remuneração exclusivamente paga pelo Poder Público¹³⁹.

É esse sentido restrito, portanto, que importa ao presente trabalho, de tal sorte que a referência à expressão “parceria público-privada” estará a indicar apenas as concessões patrocinadas e administrativas, excluindo-se, pois, todas as demais modalidades de concessão¹⁴⁰¹⁴¹.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 27.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 21.

¹³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de ppp...** *op. cit.*, p. 26-27.

¹⁴⁰ É importante destacar que essa acepção restrita adotada pela legislação brasileira não coincide com a amplitude conferida à expressão inglesa *public-private partnership*, que abrange diversos outros instrumentos, ficando mais próxima da noção de parceria público-privada em sentido amplo, tal como referimos anteriormente. Não obstante, a diversidade de instrumentos é muito maior na “versão” inglesa de PPP, abrangendo, dentre

Cumprir, por fim, que recentemente foi editada a Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016, criando o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI “destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º)¹⁴².

Essa Lei, de certo modo, confirma no plano positivo a classificação doutrinária aqui defendida, na medida em que parece evidente que o seu art. 1º, §2º tomou a expressão “contratos de parceria” num sentido amplo, a abranger, não só as parcerias público-privadas de que trata a Lei 11.079/04, mas também outras modalidades concessórias e negociais entre o setor público e o privado¹⁴³.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, de acordo com as precisas palavras de DI PIETRO, a Lei 13.334/16 “não institui modalidade nova de contrato, já que ela contém medida de fomento à celebração de contratos entre o poder público e a iniciativa privada, bem como às demais medidas do Programa Nacional de Desestatização”¹⁴⁴.

3.2 Parcerias público-privadas como espécies do gênero “concessões”

3.2.1 Definição legal de parcerias público-privadas como espécies de contrato de concessão

A definição legal de parceria público-privada é taxativa no sentido de conferir à parceria público-privada a natureza de contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (art. 2º, *caput*, Lei 11.079/04).

outros, as joint ventures, privatização de bens públicos, contratos de operação e manutenção, contratos de implantação de projetos greenfield de infraestrutura (normalmente designados pelas siglas BOT – *build, operate and transfer*, DF-BOT – *design, finance, build, own and transfer*, BOO – *build, operate and own*, etc.), as concessões, licenças e franquias (nesse sentido, RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de ppp...** *op. cit.*, p. 27-28).

¹⁴¹ Saliente-se que a definição legal exclui as concessões comuns do conceito estrito de parceria público-privada, tal como se pode verificar do §3º do art. 2º, da Lei 11.079/04.

¹⁴² Aqui, foi utilizado termo “parceria” no sentido mais amplo acima mencionado, abrangendo, portanto, não só as parcerias público-privadas, mas também outras formas de relacionamento entre os setores público e privado, tal como elencados no §2º do art. 1º da Lei em comento, a saber:

¹⁴³ Nesse sentido, assim dispõe o §2º do art. 1º, da Lei 13.334/16: “Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, 2017, p. 50.

Em que pesem as críticas existentes acerca dessa qualificação legal (contrato de concessão), como veremos adiante, não há como desconsiderar tal determinação legal, ainda que de caráter meramente conceitual, adotada pela legislação brasileira. Por essa razão, o instituto da concessão será o ponto de partida para a análise da parceria público-privada.

Assim sendo, faremos, inicialmente, um breve apanhado histórico-evolutivo do instituto da concessão, primeiro no Direito europeu continental, depois no Direito brasileiro. Em seguida, faremos uma exposição das origens da parceria público-privada, que, posteriormente, viria a influenciar o Direito brasileiro, até o ponto da edição da Lei 11.079/04.

Feito essa exposição histórica, passaremos a abordar a concessão como gênero (que comporta diversas espécies dentre as quais as concessões comuns e as parcerias público-privadas), para, em seguida, adentrarmos na análise de sua natureza contratual.

3.2.2 Breve histórico da evolução do instituto da concessão

3.2.2.1 Direito europeu continental

O direito administrativo é um ramo jurídico relativamente recente, tendo surgido como tal entre fins do século XVIII e início do século XIX¹⁴⁵. Não obstante, não se pode considerar que, até então, inexistiam normas disciplinando órgãos e institutos jurídicos que, hoje, seriam considerados tipicamente de direito administrativo.

Com efeito, é lícito afirmar que onde quer que existisse um agrupamento social, por mais primitivo que fosse, certamente havia normas e organismos que tinham por função a administração desse corpo social, com o fito de prover e gerenciar os serviços de interesse coletivo, a segurança pública, a administração da justiça.

Como nos lembra Edilson Pereira NOBRE JR., ainda que não se possa vislumbrar na antiguidade a existência de um direito administrativo, como ramo jurídico específico – objeto

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível na internet em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2017.

de estudo sistematizado por parte dos juristas, é inegável que, naquela época, já existiam inúmeros institutos que pertencem ao direito administrativo de nossos dias¹⁴⁶.

Não por outra razão, Antonio Fernández DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ afirma que:

O que não existe em Roma, nem se refere ao direito romano, é uma ciência do direito administrativo, na medida em que não foi objeto de especulação teórica geral por parte dos juristas romanos, nem foi construída pelos romanistas. Devemos esperar até o século XIX para falar de um Direito administrativo no sentido técnico, construído com base em princípios constitucionais próprios da Revolução Francesa, e devemos aguardar até o século XIX falar de uma ciência do Direito administrativo¹⁴⁷.

Nesse contexto, se insere o instituto jurídico da concessão, cuja existência precede, e muito, o próprio surgimento e conformação do Direito Administrativo (enquanto ramo jurídico) e, pode-se dizer, até mesmo a própria noção de serviço público¹⁴⁸. A concessão é, com efeito, um instituto bastante antigo e suas raízes podem ser encontradas nos primórdios do direito ocidental, havendo registros de sua existência na Grécia e na Roma Antiga¹⁴⁹.

Segundo Santiago Castán PÉREZ-GÓMEZ, a concessão administrativa no direito romano era compreendida como um “título jurídico mediante o qual a Administração outorga a um particular o desfrute exclusivo de um bem de domínio público”¹⁵⁰. Por outros termos, a noção de concessão em Roma trazia a ideia de outorga de um bem público, para ser explorado de modo privativo por um particular.

De início, as concessões se assemelhavam ao arrendamento ou à enfiteuse (as chamadas concessões *vectigais* de terra), consistindo em outorgas de terras públicas não

¹⁴⁶ NOBRE JR., Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. In: **Direito Federal - Revista da AJUFE**. São Paulo, ano 23, n. 83, 1º trimestre, 2006, p. 83.

¹⁴⁷ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernández. **Derecho público romano: y recepción del derecho romano en España, Europa e Iberoamérica**. Madri: Civitas, 2002, p. 216. No original, em espanhol: “*Lo que no existe en Roma, ni referida al Derecho Romano, es una ciencia del Derecho administrativo, en cuanto que no fue objeto de especulación teórica general por parte de los juristas romanos, ni ha sido construida por los romanistas. Incluso hay que esperar al siglo XIX para que pueda hablarse de un Derecho administrativo en sentido técnico, construido sobre la base de los principios constitucionales propios de la Revolución Francesa, y también hay que esperar al XIX para que pueda hablarse de una ciencia del Derecho administrativo*”.

¹⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁰ PÉREZ-GÓMEZ, Santiago Castán. **Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano**. Madri: Dykinson, 1996, p. 95. No original, em espanhol: “*La concesión administrativa es el título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular el disfrute exclusivo de un bien de dominio público*”.

cultivadas para serem exploradas por particulares mediante o pagamento de um foro (anual) ou de parcela da produção¹⁵¹.

Posteriormente, ainda durante o período da República, surgiram outras formas de concessões tais como a concessão de edifício público, a concessão de superfície de terrenos urbanos para edificação, concessão de captação d'água, concessões minerárias, concessões de pesca, concessão de arrecadação de tributos. No Império, novas modalidades de concessão aparecem: a concessão de obra pública e concessões que poderíamos dizer próximas do que hoje se entende por concessão de serviços públicos (concessão de banhos públicos e concessão de prevenção contra o fogo)¹⁵².

MARQUES NETO, afirmando da inexistência de uma disciplina unitária dessas diferentes manifestações de concessão em Roma antiga, destaca, no entanto, três aspectos comuns a todas elas: (i) a outorga, para um particular, de direitos sobre um bem público ou uma atividade pública; (ii) a consecução de um fim de interesse público; e (iii) a existência de uma remuneração do particular que, de algum modo, estaria vinculada ao objeto da concessão¹⁵³.

Muito embora essas três características possam ser encontradas na moderna noção de concessão, parece evidente, porém, que a evolução e a reconfiguração ao longo do tempo, tanto do próprio instituto da concessão quanto do ambiente político e jurídico em que se insere, não seria lícito concluir pela perfeita identidade entre as concessões romanas e aquelas que foram desenvolvidas a partir do século XIX na Europa, especialmente na França pós-revolucionária.

Com o período medieval, a fragmentação e descentralização do poder político implicou o arrefecimento do uso da concessão (pela própria ausência de Estado), mas não o seu desaparecimento por completo. Algumas manifestações das concessões romanas se mantiveram, notadamente no campo agrário. E não só. Como lembra MARQUES NETO, “em alguns períodos do medievo, o recurso à concessão se mostrou alternativa ao próprio enfraquecimento do poder central”¹⁵⁴.

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...***op. cit.*, p. 39. No mesmo sentido, PÉREZ-GÓMEZ destaca serem as concessões de *ager publicus* as mais antigas concessões realizadas pelo Estado romano (PÉREZ-GÓMEZ, Santiago Castán. *op. cit.*, p. 114).

¹⁵² Idem, *ibidem*, p. 38-39. Ver também: PÉREZ-GÓMEZ, Santiago Castán. *op. cit.*, p. 113-118.

¹⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...***op. cit.* p. 40.

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 41.

Nesse sentido, Odete MEDAUAR afirma que os senhores feudais, por meio de formas contratuais, concediam aos vassallos a exploração de minas e de riquezas naturais, e em contrapartida, atribuíam-lhes terras ou rendas, exercendo, outrossim, a fiscalização e a ordenação da atividade, podendo, inclusive, rescindir unilateralmente o vínculo. O concessionário, por sua vez, “exercia, no todo ou em parte, os poderes do senhor sobre seus subordinados”¹⁵⁵.

Na França, por sua vez, já na época do Absolutismo, o Estado passou se utilizar das concessões de obras públicas, atribuindo ao concessionário o encargo da construção de uma obra de utilidade pública, por sua conta e risco, reservando-se ao rei certas prerrogativas exorbitantes (afastando-se, portanto, a aplicação pura e simples do direito comum), “transferindo-se ao particular direitos próprios do regime de propriedade plena em troca do pagamento de um cânone pela concessionária”¹⁵⁶.

Evidentemente, a concessão, aqui, ainda era encarada como um privilégio real, de tal sorte que as garantias do concessionário eram mínimas. Só em momentos posteriores é que são conferidos, paulatinamente, certo grau de segurança para os concessionários. Nesse sentido, pontua MEDAUAR:

Os concessionários têm situação de sujeição, em benefício do serviço público. No séc. XVII poucas são as garantias dadas aos concessionários. O quadro se altera no séc. XVIII, ampliando-se as garantias; já se preveem: direitos de indenização em caso de culpa da Administração, aumento de obra, rescisão unilateral sem culpa do concessionário, ocorrência de situações imprevistas¹⁵⁷.

Até fins do século XVIII, a concessão se apresenta fundamentalmente como uma prerrogativa do soberano, por meio do qual este atribui um privilégio real ao súdito¹⁵⁸, para explorar um bem ou utilidade pública, não raro pagando a devida compensação pecuniária à Coroa¹⁵⁹.

Com a nova ordem estabelecida, a partir da Revolução Francesa, e já agora sob a égide do Estado de Direito e, assim, do princípio da legalidade, o instituto da concessão se mantém como importante instrumento de parceria entre o poder constituído e os particulares,

¹⁵⁵ MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: RT, 1995, p. 12.

¹⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...op. cit.** p. 48.

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51.

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...op. cit.** p. 50.

a fim de prover bens e serviços de utilidade pública. Aliás, esse aspecto funcional é que, segundo MARQUES NETO, teria propiciado a manutenção do instituto mesmo após o fim do Absolutismo e, por conseguinte, dos privilégios reais¹⁶⁰.

Aliás, bem mais do que apenas incorporar o instituto à nova ordem, a sua utilização sofreu um grande incremento no curso do século XIX, “inclusive com o efeito de definição de seu perfil jurídico sob um regime de Estado de Direito”¹⁶¹.

Evidentemente, tal transição não se deu de modo abrupto. Com efeito, muitas das primeiras concessões estabelecidas no século XIX ainda não traziam qualquer traço diferencial daquelas verificadas no século anterior.

Paulatinamente, porém, as concessões foram sofrendo o influxo das novas concepções e da ideia de Estado de Direito, de tal sorte que foram sendo incorporadas alterações significativas em seu regime jurídico, tais como: (i) limitação temporal (as concessões passaram a ser por prazo determinado, e não mais com caráter perpétuo e hereditário, como até então ocorria)¹⁶²; (ii) reversão dos bens públicos concedidos, ao final da outorga (uma vez que pelo regime anterior, as concessionárias eram “proprietárias plenas da utilidade pública concedida”)¹⁶³; (iii) forma de remuneração do concessionário (ou seja, a remuneração do concessionário não poderia mais se resumir na propriedade dos bens concedidos, devendo-se, pois, estabelecer mecanismos de remuneração autônomos com relação àquele patrimônio e que tivessem a capacidade de compensar o concessionário ao longo do tempo pelos investimentos inicialmente demandados)¹⁶⁴; e (iv) processo de escolha do concessionário (que antes se dava por mera designação real, passa a ocorrer por meio de procedimentos mais isonômicos e transparentes)¹⁶⁵.

Um aspecto interessante trazido por MARQUES NETO é o fato de que, mesmo naquele período de meados do século XIX, inúmeras concessões demandavam enorme volume de investimentos, como por exemplo, as estradas de ferro. Com isso, “muitas

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 50.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos...***op. cit.*, p. 51.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 54.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 54.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 55.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 55.

concessões passaram a se estruturar sobre métodos de financiamento misto: público e privado”¹⁶⁶.

Em fins do século XIX e até meados do século XX, o uso da concessão para implantação de infraestrutura e serviços públicos aumentou consideravelmente, máxime em face da crescente demanda social por tais utilidades (o que, por sua vez, pode ser em parte explicado pelo processo de urbanização e, também, pelo ingresso de novas tecnologias, tais como motor a explosão, eletricidade, aviação, telecomunicações etc.)¹⁶⁷.

No entanto, progressivamente a partir da década de 1930 e, com muito maior ênfase, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a utilização da concessão foi sendo substituída pela atuação estatal direta, principalmente com a criação de entes descentralizados (autarquias e empresas estatais).

Evidentemente, essa modificação do papel do Estado na atividade econômica não pode menosprezar o componente ideológico, que implicou, de um lado, o enfraquecimento do liberalismo econômico e do caráter absenteísta do Estado, e, de outro, o fortalecimento do intervencionismo estatal direto na economia, como forma de atuação ativa do Estado para a efetividade de direitos sociais.

Com efeito, a superação do Estado absenteísta demandou que o ente estatal passasse a assumir um papel ativo no atendimento das necessidades sociais e na efetiva garantia dos direitos de liberdade assegurados, até então, de modo meramente formal.

Por outro lado, novos direitos com caráter notadamente social passaram a ser reconhecidos e assegurados pela ordem jurídica. Surgem, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, que exigem não apenas uma omissão estatal, mas principalmente uma atuação positiva com o fito de implementá-los.

Essa modificação da forma de atuação do Estado, antes passivo, apenas garantidor da ordem pública, transmudando-se num Estado ativo, interventor, direta e indiretamente da ordem econômica e social, constitui em verdadeira superação do Estado liberal clássico, passando a ser denominado Estado social, Estado do bem estar social, ou ainda *Welfare State*.

É claro que essa modificação se deu ao longo de um processo iniciado na segunda metade do século XIX e concluído, se é que assim se pode dizer, ao longo do século XX.

¹⁶⁶*Idem, ibidem*, p. 55.

¹⁶⁷*Idem, ibidem*, p. 55-56.

Podemos citar como marcos importantes desse processo a Encíclica *Rerum Novarum* de 1891 da Igreja Católica, as Constituições do México de 1917 e a de Weimer de 1919 e as diversas crises econômicas nos sistemas capitalistas de cunho liberal, tal como a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929. Conforme Di Pietro, “Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o **Estado Social**, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito”¹⁶⁸.

No entanto, ao lado desse componente ideológico, outro fator contribuiu para o declínio das concessões a partir do fim da II Guerra Mundial: a fragilidade econômica dos atores privados, como decorrência mesma do então recente período de conflitos em escala mundial¹⁶⁹.

Não por outra razão, André de LAUBADÈRE nos lembra que uma das novidades do pós-guerra, diretamente ligada ao papel intervencionista que o Estado passara a assumir, é precisamente o surgimento do “Estado banqueiro” como forma de estimular os investimentos privados. Segundo ele, a razão dessa medida teria sido “o quase desaparecimento do mercado financeiro a que as empresas, antes da guerra, tinham por hábito recorrer e cuja falta o Estado teve que suprir”¹⁷⁰.

Isso não significou, porém, o fim por completo do uso da concessão como meio de oferecimento de utilidades públicas. Mas, certamente, o seu uso passou a ser em escala muito menor da que se verificou na passagem do século XIX para o século XX¹⁷¹.

Essa situação só mudaria a partir de 1980, especificamente na Inglaterra, e, de forma mais generalizada, a partir de 1990, com a implementação de reformas na estrutura do Estado e na forma de relacionamento entre os setores público e privado.

O que deve ficar claro, portanto, é que a configuração do instituto da concessão, desde a antiguidade até a época presente, experimentou modificações importantes em sua própria natureza jurídica e mesmo no seu grau de utilização pela Administração Pública.

¹⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**...*op. cit.*, p. 15-16.

¹⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**... *op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁰ LAUBADÈRE, André de. **Direito público econômico**. Coimbra: Almedina, 1985, p.48.

¹⁷¹ Que, consoante MARQUES NETO, foi um período de “profusão do emprego da concessão para implantação e oferta das diversas utilidades públicas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**...*op. cit.*, p. 55).

Como afirma MARQUES NETO, “embora se reconheça a permanência do recurso ao instituto da concessão, ele foi sendo reciclado, adaptando-se a novos objetos e finalidades alvitrados pelo Poder Público a seu tempo”¹⁷².

Evidentemente, essas transformações pelas quais passou o instituto da concessão não ocorreram linearmente no tempo, quer dizer, não se revelaram uma evolução contínua, mas sim uma sucessão de avanços e retrocessos, que, paulatinamente, alteraram as suas feições essenciais, até o ponto em que hoje se apresenta.

Nesse caminhar evolutivo do instituto da concessão, podemos, com base em MARQUES NETO, destacar três aspectos fundamentais que tem sido objeto dessas modificações e reconfigurações, a saber:

a) **finalidade**: a concessão passa de um instituto destinado a fins arrecadatórios, passando a ser um meio de outorgas de privilégios do soberano aos seus escolhidos, até chegar a ser um instituto destinado a realizar o interesse público, por meio do provimento de utilidades em favor dos usuários, nas situações em que o Estado não possa (ou não queira) diretamente desempenhar essa obrigação¹⁷³.

b) **objeto da concessão**: que inicialmente era a atribuição de domínio de bens públicos, passando a englobar a concessão de obras e extração de recursos naturais (águas, pesca, minas, sal, hidrocarbonetos) chegando, finalmente, à concessão de serviços públicos e mesmo de atividades industriais¹⁷⁴.

c) **natureza jurídica**: desde a concepção de um título unilateral expedido pelo soberano, passando por teorias contratuais (de direito privado e de direito público), bem como teorias mistas, até chegar à feição atual de contratos complexos, “verdadeiros instrumentos de regulação contratual ou contratos relacionais”¹⁷⁵.

Interessante notar que, a despeito desse quadro histórico-evolutivo do instituto, ainda permanece bastante atual o aspecto funcional da concessão, ou seja, a concessão como instrumento de “parceria” entre o poder concedente (público) e o particular concessionário

¹⁷²*Idem, ibidem*, p. 47.

¹⁷³*Idem, ibidem*, p. 37.

¹⁷⁴*Idem, ibidem*, p. 37.

¹⁷⁵*Idem, ibidem*, p. 37.

(privado), com o fito de atingir os objetivos do primeiro, sejam eles econômicos, políticos, comerciais ou fiscais¹⁷⁶.

3.2.2.2 Direito brasileiro

O Direito brasileiro incorporou o instituto da concessão a partir do processo de colonização portuguesa, como instrumento para a ocupação do vasto território e, também, como meio de outorgar aos particulares a exploração do comércio e de rotas marítimas¹⁷⁷.

Em linhas gerais, o percurso evolutivo do instituto no Brasil seguiu os mesmos caminhos então verificados na Europa continental, ou seja, inicialmente caracterizado como privilégio real, passando, em seguida, a incorporar elementos que passariam a configurar o regime jurídico do instituto, sofrendo grande influência do Direito europeu continental, especialmente do Direito francês¹⁷⁸.

Para fins meramente didáticos e facilitar a exposição a seguir, poderíamos dividir três fases da evolução do instituto da concessão no Direito brasileiro, a saber: (i) primeira fase: período que vai de 1808 até o fim da República Velha; (ii) segunda fase: da Era Vargas (1930) até a edição da Lei 8.987/95; e (iii) terceira fase: a partir da Lei de Concessões¹⁷⁹.

Não seria equivocado afirmar que as primeiras concessões efetivamente brasileiras (ainda que regidas por um arcabouço normativo e institucional português) teriam sido realizadas a partir de 1808, com a chegada da família real no Brasil, máxime pela necessidade premente de provimento de uma infraestrutura mínima para as cidades brasileiras, especialmente para o Rio de Janeiro.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 50.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 75.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 76.

¹⁷⁹ Tal esquema foi proposto por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, a partir de exposição de Carlos Ari Sundfeld, ocorrida no Seminário sobre PPP em Belo Horizonte, em 23.11.2005 (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de ppp – parceria público-privada...** *op. cit.*, p. 37). Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, faz uma divisão levando em conta a evolução política do Brasil, ou seja, uma primeira fase entre a chegada da Corte portuguesa e o fim do Império; uma segunda fase a partir da República até os anos de 1930; uma terceira fase, do período Vargas até a redemocratização em fins da década de 1980; e uma quarta fase, a partir da Constituição de 1988, passando pelas reformas do Estado brasileiro na década de 1990 até os dias atuais (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 76, nota de rodapé 243). Preferimos nos basear pela primeira classificação, que leva em conta a evolução do instituto da concessão em si mesmo, considerando que, como lembrou o próprio MARQUES NETO, a “proclamação da República, embora implique alterações importantes no contexto institucional, não trouxe alterações significativas no âmbito do emprego do instituto da concessão” (*op. cit.*, p. 87).

Com efeito, como lembra MARQUES NETO, Dom João VI, já em solo brasileiro e no mesmo ano de sua chegada, editou Carta Régia de 24 de novembro de 1808, “concedendo a Luiz e Souza Menezes, por dez anos, o direito (e o privilégio) de explorar a mineração de ferro em Minas Gerais”¹⁸⁰.

A partir daí, diversas outras concessões foram outorgadas pelo príncipe regente, tais como a concessão da atividade de comércio entre as capitanias de Goiás e do Pará (Carta Régia de 5 de setembro de 1811) e, no tocante à infraestrutura, concessões de estradas no interior de Minas Gerais, concessão do serviço de navegação a vapor dentro do Porto do Rio de Janeiro e a delegação para o serviço de transporte por coches e seges entre o Rio de Janeiro e os palácios de Santa Cruz e Boa Vista¹⁸¹.

Com a independência, em 1822, o instituto da concessão manteve-se como importante instrumento para a provisão de infraestruturas. Em 1825, Dom Pedro I editou Decreto por meio do qual disciplinou o regime geral das concessões de mineração. Em 1828, foi editada uma lei que “estabelecia regras para a construção de obras públicas necessárias para navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos”¹⁸². Ainda no mesmo ano, foi concedida a iluminação de gás da cidade do Rio de Janeiro¹⁸³ e em 1835 foi editado o Decreto nº 101 trazendo normas gerais para a concessão de estradas de ferro¹⁸⁴.

Interessante notar que MARQUES NETO ponderou ser essa concessão de iluminação de gás de 1828, possivelmente, a primeira “concessão administrativa”, na conceituação que hoje dá a Lei 11.079/2004, uma vez que para a remuneração do concessionário não havia a estipulação de tarifa paga pelo usuário, mas sim de contraprestação integralmente a cargo do Poder Público¹⁸⁵.

Tal situação não só se manteria, mas seria sobremaneira expandida com o advento do Segundo Reinado. Como afirma MARQUES NETO, “foi D. Pedro II o governante que mais recorreu ao instituto da concessão”¹⁸⁶.

¹⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 77.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 78.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 79.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 79.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 80.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 79.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 80.

Com efeito, nesse período, foram editados diversos instrumentos normativos de regulação setorial de concessão, tais como, por exemplo, o Decreto nº 720, de 24 de outubro de 1850 (serviço de transporte de ônibus entre o Rio de Janeiro e a Vila de Iguassú); o Decreto nº 632/1851 (disciplinando de forma geral os serviços de navegação a vapor em todo o país); o Decreto nº 641/1852 (regulamentando a concessão de ferrovias), posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880 (que, efetivamente, previu um regime jurídico geral para as concessões ferroviárias); o Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869 (regime geral de concessões portuárias)¹⁸⁷.

A última concessão outorgada pelo Império, em 1887, teve por objeto a construção de moradias, cuja remuneração adviria do pagamento de aluguel, em valores estabelecidos pelo Poder Público, o que MARQUES NETO considerou se tratar de uma concessão que apresentava “os exatos contornos do que hoje se poderia chamar de PPP habitacional”¹⁸⁸.

As características comuns dessas concessões outorgadas durante o período imperial podem ser resumidas nas seguintes: (i) se apresentavam como importante instrumento relacional entre as esferas pública e privada, para viabilizar a implantação de utilidades públicas e a prestação de serviços públicos; (ii) caráter eminentemente contratual da concessão, a despeito da existência de regulações setoriais específicas; (iii) concedidas por prazo determinado, normalmente bastante alongado, de modo a permitir a amortização do capital investido e a obtenção do lucro pelo privado; (iv) remuneração por cobrança de tarifas dos usuários, com a asseguuração de lucros líquidos específicos; (v) previsão de reversão dos bens utilizados na concessão, ao final do contrato; (vi) previsão do poder de fiscalização e aplicação de penalidades.

Não obstante, a outorga de tais concessões se dava por um critério próprio e subjetivo do Imperador, normalmente a partir da manifestação de interesse do futuro concessionário¹⁸⁹.

Com a proclamação da República, em 1889, a despeito das modificações políticas e institucionais havidas, a utilização das concessões não experimentou qualquer alteração significativa¹⁹⁰. Com efeito, o novo regime recorreu com grande frequência ao instituto da concessão, muito embora, tal como na época do império, a outorga se dava sem qualquer

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 81-86.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 88.

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 87.

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 87.

procedimento prévio de seleção objetiva do concessionário. Tal situação perduraria até pelo menos meados da década de 1910, quando o Decreto nº 2.943, de 6 de janeiro de 1915 passou a prever a realização de concursos ou concorrências para a seleção do concessionário¹⁹¹.

Interessante notar que nesse período, tal como nos lembra Vitor Rhein SCHIRATO, “a base dos debates acerca das atividades de interesse coletivo e sua relação com o Estado passou a tomar rumo distinto, verificando-se nas primeiras décadas do século XX uma aproximação muito maior do direito norte-americano do que ao direito francês”¹⁹². Aproximava-se, assim, da noção de *public utilities* do direito norte-americano¹⁹³.

Com efeito, as atividades objeto de concessões eram consideradas atividades de utilidade pública, sujeitas à liberdade de iniciativa, mas, também, à regulação estatal do seu exercício, de modo que se pudesse garantir o atingimento das finalidades públicas. Desse como, a “concessão era o instrumento utilizado para regulamentar o exercício das atividades de interesse público, sem as colocar entre as típicas do Estado”¹⁹⁴.

Essa primeira fase das concessões brasileiras se encerraria na década de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder e com a intensificação da intervenção estatal nas esferas social e econômica.

Como afirma MARQUES NETO:

A necessidade de iniciar o processo de deslocamento da estrutura agrária para a industrialização e a consequente organização (com as demandas trazidas para a necessidade de serviços públicos), associada ao cenário econômico gerado pela crise de 1929 e, depois, pela Segunda Guerra Mundial e pela desestruturação da economia mundial posterior a ela, colocaram o Estado num papel de proeminência que antes não lhe cabia. A par disso, a estruturação de uma burocracia estatal – lenta, mas crescentemente profissionalizada – e a influência do aparato militar sobre o político colocaram o Estado em uma posição de antagonismo em relação à sociedade. Todos esses fatores contribuíram para o predomínio do Poder Público na realização de tarefas de interesse geral e para o perfil autoritário (não necessariamente ditatorial) do Estado brasileiro¹⁹⁵.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 90.

¹⁹² SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

¹⁹³ CID, Clarissa Felipe. **O serviço de utilidade pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65. Cumpre notar que, conforme afirma a autora, as concessões de eletricidade e de transporte público eram prestadas nos moldes da *public utilities* do direito norte-americano, que, em linhas gerais, de acordo com Odilon Braga (citado e transcrito pela autora), se caracterizariam pela “propriedade privada de seus bens tangíveis e intangíveis e pela estrita observância da santidade dos seus contratos de natureza civil” (p. 95-97).

¹⁹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**, *op. cit.*, p. 94.

Com isso, a doutrina vai paulatinamente se afastando da concepção de *public utilities* do direito norte-americano e se aproximando da noção de serviço público do direito francês, com a consequente incidência de um regime jurídico de direito público¹⁹⁶.

Na década de 1940, porém, o recurso à concessão passou a ser preterido em favor da utilização de mecanismos de descentralização administrativa, com a criação de entidades integrantes da administração indireta¹⁹⁷.

Neste particular, Caio TÁCITO afirma:

A partir da terceira década do século, a crise oriunda, sobretudo, do desequilíbrio do primeiro pós-guerra, recruta a ação estatal para os novos direitos que começam a ingressar no elenco das garantias fundamentais.

(...)

A empresa pública, com os lineamentos básicos que a distingue, ingressa na vida econômica nacional com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942. A estas se seguiram, em 1943, a Companhia Nacional de Álcalis, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946.

(...)

Após o interregno do período revolucionário instaurado em 1937 e com o restabelecimento do Congresso Nacional, a lei federal instituiu novas empresas públicas, entre as quais sobressaem a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás (1953) com o monopólio estatal na área e a Eletrobrás – Centrais Elétricas Brasileiras (1961), empresa *holding* do sistema federal de eletricidade¹⁹⁸.

Ao mesmo tempo, verifica-se uma crescente tendência de estatização dos serviços públicos antes outorgados a particulares, principalmente por volta da década de 1960. É o caso, por exemplo, das concessões de ferrovias que, consoante nos lembra Alexandre Santos ARAGÃO, foram estatizadas principalmente pelo fato de que “a maioria das concessionárias privadas eram deficitárias e era o Estado que acabava arcando com a garantia de lucratividade mínima contratualmente assegurada”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. *op. cit.*, p. 43. No mesmo sentido Clarissa Felipe CID, ao afirmar que “A prestação de serviço público no Brasil, no período que abarca o início de 1930, perdura até o final da década de 1980 do século XX, caracterizando-se por sofrer *turn over*, ou seja: os serviços de utilidade pública seriam substituídos por serviços públicos concedidos vinculados à escola francesa” (CID, Clarissa Felipe. *op. cit.*, p. 99)

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁸ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 723. No artigo em questão, intitulado “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro”, TÁCITO compara esse movimento oscilante entre uma maior intervenção estatal na econômica e na prestação direta de serviços públicos, de um lado, e uma maior liberdade da iniciativa privada na exploração econômica, inclusive na prestação de serviços públicos, de outro, com o movimento de um **pêndulo** que, balançando entre extremos, tenderia à busca “do equilíbrio estável da perfeição” (p. 733).

¹⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65-66.

Na década de 1970 esse processo de descentralização administrativa, como sucedâneo das concessões propriamente ditas, atingiu, também, o setor de telecomunicações, com a criação da Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás, em 1974. O curioso é que, aqui, o Decreto nº 74.379/1974 tratou a Telebrás como a “concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional”.

Nesse ponto, MARQUES NETO destaca o seguinte:

Com isso, nos anos 1970 e 1980, a par de uma redução (e não desaparecimento) das manifestações concessórias, o instituto da concessão passou a ser utilizado menos na sua acepção de mecanismo de delegação da implantação e da oferta de utilidades públicas pelos particulares e mais em um sentido impróprio, como mecanismo de descentralização intra ou interfederativa.

Esse movimento de criação de empresas estatais, por um lado, e de reserva de atuação estatal, por outro (como ocorria no setor de petróleo, em que a criação da empresa foi sempre associada ao reforço do monopólio estatal no setor), implicou um retrocesso do recurso ao instituto da concessão como veículo de implementação do interesse coletivo²⁰⁰.

Essa segunda fase das concessões no Brasil, embora tenha implicado no arrefecimento do uso clássico da concessão (como meio de outorga aos particulares de atividades de interesse público titularizadas pelo Estado), em favor da outorga da prestação de serviços públicos para entidades da administração indireta (ou seja, muito mais um mecanismo de descentralização administrativa do que propriamente de concessão), não significou, porém, o desaparecimento do instituto no direito brasileiro. Pelo menos do ponto de vista formal²⁰¹.

Tal situação perduraria até pelo menos a década de 1990, quando entramos na terceira e atual fase da evolução do instituto da concessão no Brasil, cujo marco inaugural é representado pela edição da Lei 8.987/95 por meio da qual, finalmente, após décadas de omissão legislativa de regulamentação constitucional, foi disciplinado o regime geral das concessões de serviço público e de obras públicas.

Com efeito, em 13 de fevereiro de 1995 foi sancionada a Lei Federal 8.987, que, regulamentando o previsto no parágrafo único do art. 175, da Constituição Federal, dispôs

²⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, *op. cit.*, p. 105.

²⁰¹ Tanto é que o Decreto-lei nº 200/67, em seu art. 10, §7º determinou que “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (destacamos).

sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Pela primeira vez, a despeito de previsões semelhantes desde a Constituição de 1946, foi editada uma Lei Geral sobre Concessões de Serviços Públicos²⁰². Até então, a regulação legislativa das concessões brasileiras se dava de modo setorial²⁰³.

Como salientou Odete MEDAUAR, tal Lei foi editada no contexto do ressurgimento do interesse pela concessão a partir da década de 1980, como instrumento de execução de serviços públicos sem ônus financeiro para o Estado, após décadas de relativo abandono da figura, na sua expressão clássica (de relação entre público e privado) e de forte presença do Estado, diretamente ou por meio de empresas estatais, na prestação dos serviços públicos²⁰⁴.

O contexto de surgimento dessa Lei, como já se antecipou anteriormente, ao tratarmos da noção de parceria, foi o de Reforma do Estado, com a intenção deliberada de reduzir o tamanho do aparelho estatal, com a privatização de empresas públicas, flexibilização de monopólios estatais e fortalecimento da relação negocial entre os setores público e privado, seja para a área social com entidades privadas sem finalidades lucrativas, seja para a prestação de serviços públicos por meio de outorga de concessão e permissão para empresas privadas.

Nesse sentido, segundo Almiro COUTO E SILVA, “A onda de privatizações, que rolou por todo o mundo, provocou no Brasil, como também em muitos outros países, um renascimento ou revivescência da concessão de serviço público...”²⁰⁵.

A edição dessa lei geral de concessões de serviço público não significou, porém, o desaparecimento de leis setoriais que tratassem de um regime jurídico especial de concessão, tais como, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.427/97) e a Lei do Petróleo (Lei 9.478/97) que introduziu as concessões para exploração de reservas de petróleo e gás²⁰⁶.

²⁰² A Constituição de 1946 tratou de forma expressa da necessidade de Lei, conforme o seu art. 151, que prescrevia no seu *caput* que “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais”. Tal previsão foi mantida (e, de certa forma, ampliada) pela Carta de 1967 (art. 160) e de 1969 (art. 167). As Constituições anteriores não mencionavam a necessidade de estabelecimento de um regime jurídico próprio, fazendo menção apenas à necessidade de regulação por Lei da política tarifária e o mínimo de empregados brasileiros a ser mantido nos serviços públicos dados em concessão (arts. 135 e 137 da Constituição de 1934; arts. 147 e 153, da Constituição de 1937 – disposições mantidas na Constituição de 1946 no parágrafo único do art. 151 e no art. 157, inciso XI, bem como nas Cartas de 1967 e 1969).

²⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, *op. cit.*, p. 109.

²⁰⁴ MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: *Revista da PGE: cadernos de direito público* Almiro de Couto e Silva. Porto Alegre, n. 57, dez. 2003, p. 209.

²⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões...*, *op. cit.*, p. 110.

Finalmente, em 30 de dezembro 2004 foi editada a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), estabelecendo dois novos modelos de concessão, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, com aplicação subsidiária de diversos dispositivos da Lei 8.987/95.

Segundo MARQUES NETO, a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas em 2004 “deu conformação jurídica para a delegação de atividades públicas que transcendem o âmbito estrito dos serviços públicos divisíveis e de natureza econômica, permitindo o emprego do instituto na delegação de uma grande gama de utilidade pública”²⁰⁷.

3.2.2.3 Origem das parcerias público-privadas e sua incorporação ao direito brasileiro como espécie de concessão

O surgimento do modelo de parceira público-privada no contexto mundial está intimamente relacionado com a crise econômica dos anos de 1970 que, com a retração do crescimento econômico e a expansão crescente do déficit público, colocou em xeque a sustentabilidade financeiro-econômica de um modelo de Estado Providência.

Com efeito, o modelo tradicionalmente utilizado pelo Estado de Bem-estar Social, qual seja, o de atuação direta do Poder Público tanto na prestação de serviços públicos, como na construção e operação de equipamentos e serviços de infraestrutura, e até na exploração econômica em sentido estrito²⁰⁸, ora em monopólios legais, ora sob o regime de concorrência com a iniciativa privada, não mais se sustentava.

Como afirma Maria Eduarda AZEVEDO:

A partir de meados da década de oitenta, após longo período em que se havia acreditado na excelência da intervenção do Estado e proclamado as vantagens de grandes sectores públicos, o balanço negativo das políticas económicas dos anos setenta e os efeitos da depressão provocada pelo segundo choque petrolífero fizeram com que crescessem as críticas tanto à onipresença e ao gigantismo do sector público, como à rigidez das políticas públicas²⁰⁹.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 111.

²⁰⁸ Utilizaremos, aqui, a distinção (não insuscetível de críticas, porém) consagrada por Eros Roberto Grau que separa a atividade econômica em sentido amplo (que inclui, portanto, os serviços públicos) da atividade econômica em sentido estrito, precisamente o campo típico de atuação da iniciativa privada (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91 e p. 99 e segs.).

²⁰⁹ AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governança pública**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 89.

Essa visão maximizadora da função do Estado na ordem econômica e social, por seu turno, implicou num considerável afastamento entre os setores público e privado, entre o Estado e a iniciativa privada, na consecução de atividades de fins públicos²¹⁰.

Ademais, não se pode desconsiderar também a questão da ineficiência do Estado Providência na atuação econômica direta, inclusive no tocante aos serviços públicos, mas em especial, na ordem econômica em sentido estrito²¹¹.

Essa confluência de fatores levou à necessidade de estabelecimento de um novo paradigma do papel do Estado, especialmente no curso da década de 1980, muito mais em razão de questões práticas, como o déficit fiscal e a necessidade de maior eficiência na prestação de serviços públicos, do que propriamente por opções ideológicas (embora, evidentemente, não se possa ignorar o peso que o ressurgimento da concepção liberal passa a adquirir naquele contexto)²¹².

Isso implicou não só a revisão do papel do Estado na ordem econômica (com a diminuição do peso ou tamanho da máquina pública²¹³), mas também, por via de consequência, a “revalorização do mercado e da concorrência”²¹⁴, bem como no fortalecimento da participação da iniciativa privada na consecução de atividades de interesse

²¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 90-91.

²¹¹ Vale, nesse particular, lembrar a lição de Reinhold Zippelius: “A ineficiência do Estado-providência está especialmente relacionada com o facto de aqui faltar a racionalidade controladora do mercado. No mercado, os bens são distribuídos de acordo com o princípio “prestação a troco de contrapartida”. Para se beneficiar de uma prestação de outrem, é neste caso razoável para o indivíduo apresentar uma contrapartida. É diferente no caso de bens que são financiados através de prestações colectivas, especialmente através de impostos e que são disponibilizados sem contrapartida individual de igual valor. Neste caso, e na perspectiva do indivíduo, parece ser economicamente racional (embora nem sempre decente) tirar tanto proveito quanto possível das prestações financiadas colectivamente. Isso leva não raras vezes ao parasitismo social e a que os beneficiados sejam libertados, para além das marcas socialmente justificadas, da necessidade de resolverem os seus problemas à sua própria responsabilidade e esforço. Em relação a estas debilidades, o sistema de redistribuição é tanto mais susceptível quanto menos transparente e controlável for para os cidadãos (cf.3 III 2). Quando o Estado intervém com a sua acção controladora – ora lançando impostos, ora através de prestações sociais e de subvenções – é também muitas vezes duvidoso saber se a receita paga as despesas. Num sistema fiscal e de prestações sociais refinadamente urdido, uma parte considerável dos impostos e das contribuições sociais é consumida pelo aparelho administrativo e pelos custos com pessoal, que são aplicados para arrecadar e administrar estes meios. Também as subvenções do Estado e de outros controlos ressentem-se muitas vezes do facto de conduzirem a um resultado muito diferente do desejado.” (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 538-539).

²¹² AZEVEDO, Maria Eduarda. *op. cit.*, p. 101.

²¹³ “Traduzidas na alienação do patrimônio público do Estado, cujo produto foi em regra consignado à redução do défice público, as privatizações fizera diminuir de forma substancial a participação do sector público na economia, tendo a privatização material dos serviços públicos tradicionais determinado o aligeiramento do peso do Estado, a redução da área do público e a atenuação das incumbências e responsabilidades da Administração, circunscrevendo-a cada vez mais ao dever de garantir das prestações” (AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias...** *op. cit.*, p. 98).

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 94.

público, antes realizadas exclusivamente pelo Estado, de modo a suprir as duas principais deficiências então encontradas pelo setor público: necessidade de investimentos em infraestruturas e eficiência na prestação dos serviços públicos.

Pois bem. É nesse contexto que surgem as parceiras público-privadas. E não há como deixar de reconhecer que a experiência pioneira e paradigmática dessa forma de relação entre o Estado e a iniciativa privada se deu na Inglaterra, no início da década de 1990, a partir da implantação de um programa governamental denominado *Private Finance Initiative – PFI*.

Trata-se, como afirma Philippe COSSALTER, “de um programa de governo britânico visando a encorajar a realização de obras e a gestão de serviços mediante o apoio de um financiamento ou de um pré-financiamento privado”²¹⁵, lançado em 1992 no “discurso do orçamento” do *Chancellor of the Exchequer*.

A finalidade da PFI era propiciar ao Governo britânico a oferta de serviços públicos, notadamente de caráter social, como hospitais e transporte público, transferindo para o setor privado o ônus da realização dos investimentos com infraestrutura e gestão dos serviços para uma maior eficiência.

Como se disse, trata-se de um programa de governo, não propriamente de uma modalidade contratual. Não obstante, tal programa é operacionalizado fundamentalmente por meio contratual, ou mais especificamente, por “contratos de obras e de serviços com pagamento público”²¹⁶.

Segundo COSSALTER, os contratos de PFI eram de duas categorias, a depender do modo de remuneração: (i) *services sold to the public sector* (em que o pagamento é feito pela Administração); e (ii) *financially freestanding* (em que a remuneração se dá pela cobrança de tarifas dos usuários).

Por outro lado, as PFI eram arranjos do tipo DBFO (*design, building, finance, operate*) estruturados em financiamento de projetos (*project finance*)²¹⁷, por meio do qual a

²¹⁵ COSSALTER, Philippe. A “*private finance initiative*”. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005, p. 426.

²¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 426.

²¹⁷ Segundo José Virgílio Lopes Enei: “Do ponto de vista meramente econômico, financiamento de projetos é uma técnica de colaboração financeira por meio da qual, de um lado, o empreendedor pode captar recursos para viabilizar um projeto sem expor o seu patrimônio total e balanço, ou expondo-os em menor grau, ao endividamento oriundo do financiamento, e, de outro, o financiador externo pode conceder um empréstimo vinculado à exploração de certo projeto, satisfazendo-o essencialmente com a capacidade de geração de receitas, e ativos alocados ao projeto, como fontes primárias de pagamento.

garantia para financiamento do projeto é assegurada pelos fluxos financeiros. Isso implica considerar a PFI como sendo um arranjo contratual tripartite: (i) o contrato principal de PFI celebrado entre a Administração e o particular, constituído em sociedade de propósito específico (*special purpose vehicle*); (ii) o contrato de financiamento entre o particular e os financiadores do projeto; e (iii) um acordo direto (*direct agreement*) entre os financiadores e a Administração²¹⁸.

De acordo com Maria Eduarda AZEVEDO, em certos casos, o recurso ao financiamento privado por meio de contratos DBFO poderia implicar custos mais elevados ao Poder Público do que o financiamento público tradicional²¹⁹.

Contudo, tratava-se de aspectos passíveis de compensação por um largo espectro de vantagens: a transferência para a esfera privada de uma parte substancial dos riscos inerentes ao desenvolvimento de novos projectos do sector público; a mobilização do investimento privado para a realização de empreendimentos infraestruturais públicos; a competição entre os concorrentes privados; a inovação das soluções desenvolvidas pelo sector privado para responder às especificações feitas pelo parceiro público; a minimização dos custos dos projectos, na óptica do respectivo ciclo de vida; e, ainda, os correspondentes benefícios ao longo desse período²²⁰.

Em 1997, agora sob a batuta do governo trabalhista, uma reformulação do programa de parceria entre os setores público e privado, iniciados com a PFI, levou à “nova política PPP” (*public-private partnership*), reformulando e reclassificando os esquemas de parceria entre os setores público e privado, em basicamente três modelos: (i) prestação de serviços públicos pelo setor privado, em contratos de longa duração; (ii) projetos financeiramente sustentáveis (em que não há desembolso público); e (iii) *joint venture* entre os setores público e privado²²¹.

Assim, com este aprofundamento do programa trabalhista ficou marcada a ruptura com a versão conservadora baseada no simples conceito liberal “comprador/fornecedor”, como sublinha Bougrain, tendo passado o campo de aplicação do conceito PFI/PPP a ser visto, sucessivamente, como uma forma de

Partindo-se para uma perspectiva jurídica e ressaltando apenas as características fundamentais do financiamento de projetos em prol de uma maior síntese, este pode ser definido como uma rede de contratos coligados que, alocando riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou predominante, as receitas e bens do próprio empreendimento financiado. Para dizer o mínimo, é um financiamento com foco no empreendimento” (ENEI, José Virgílio Lopes. *op. cit.*, 2007, p. 38-39).

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 429-431.

²¹⁹ AZEVEDO, Maria Eduarda. *op. cit.*, p. 140.

²²⁰ *Idem, ibidem*, p. 141.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 144-145.

racionalização do investimento público e de inovação e melhoria da eficiência da generalidade dos serviços públicos²²².

Desse modo, a PPP inglesa passou a designar um amplo leque de modelos de parceria entre o setor público e o setor privado²²³, influenciando outros países europeus, como França, Itália e Portugal, a adotar mecanismos semelhantes²²⁴.

As PPP's representam hoje um instrumento de intervenção ao dispor dos Governos para enfrentar os desafios e as exigências da sociedade e da economia em matéria de reforço do investimento público e modernização dos serviços públicos, consubstanciando formas variadas de prestação de bens infraestruturais e serviços públicos por parte de operadores privados, cuja provisão era assegurada tradicionalmente pelo universo público²²⁵.

No âmbito brasileiro, as parcerias público-privadas surgem no contexto de reforma do Estado verificada na década de 1990 e a partir de experiência internacionais exitosas, especialmente na Inglaterra, como já foi mencionado anteriormente²²⁶.

As primeiras leis brasileiras de parcerias público-privadas foram editadas pelos Estados de Minas Gerais (Lei 14.868, de 16/12/2003) e de São Paulo (Lei 11.688, de 19/5/2004). Já em 30/12/2004 foi editada a Lei Federal disciplinando a matéria, qual seja, a Lei 11.079/2004.

Segundo Carlos Ari SUNDFELD, que participou ativamente da elaboração do texto que seria ao final aprovado pelo Congresso Nacional:

No segundo semestre de 2002 o autor estudou, para o Ministério do Planejamento, quais as possíveis dificuldades dos programas de PPP no Brasil. Sua conclusão foi no sentido de que, embora muitas formas de parceria já fossem juridicamente viáveis, havia necessidade de uma nova lei nacional, que complementasse a Lei de Concessões, bem como de criar uma estrutura orgânica na Administração Federal para cuidar do programa. Então, apresentou para debates a primeira proposta de texto normativo, que deu início à consideração do assunto pelo Governo Federal.

(...)

Por fim, no segundo semestre de 2004, tendo analisado os substitutivos ao projeto de lei federal sob consideração do Senado, o autor formulou uma incisiva crítica. Alertou que a edição de uma lei naqueles termos desestabilizaria o sistema legal

²²² *Idem, ibidem*, p. 148.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 149.

²²⁴ Segundo Maria Eduarda Azevedo, na França, por exemplo, foi criado em 2004 o *Contrat de Partenariat Public-Privé*, como uma espécie de contrato intermediário entre a contratação pública tradicional, em que não se admitia o financiamento privado, e a concessão de serviço público, em que a remuneração do concessionário deveria provir diretamente da própria exploração do serviço concedido (*Idem, ibidem*, p. 155).

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 135.

²²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 18.

existente, especialmente em matéria de contratos administrativos, concessão e licitação. Em consequência, preparou uma nova proposta, reconstruindo o texto do projeto, criando os conceitos de concessão “administrativa”, “patrocinada” e “comum”, definindo as relações entre os vários diplomas legais e concebendo uma nova solução para o Fundo Garantidor. Suas ponderações e sugestões acabaram aceitas e serviram de base para a elaboração de um novo texto, que também incorporou outras preocupações, tanto do Governo como da Oposição, especialmente em matéria de financiamento e responsabilidade fiscal. Assim se chegou à Lei 11.079/2004 – a *Lei das PPPs*²²⁷.

O que se pode notar da Lei 11.079/2004 é que a incorporação da experiência inglesa de parceria público-privada em nosso Direito se deu de modo bem mais restrito, vinculando-se a uma modalidade específica de parceria entre os setores público e privado, qual seja, a concessão.

Com efeito, de acordo com a disciplina legal adotada pelo Brasil, as parcerias público-privadas não seriam outra coisa senão **contratos de concessão** de longo prazo²²⁸ e envolvendo quantias vultosas²²⁹ em que a remuneração do parceiro privado (concessionário) se daria não mais de maneira exclusiva pelas tarifas pagas pelo usuário (tal como na concessão comum, disciplinada pela Lei 8.987/95), mas também por intermédio de “contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”, conjuntamente com a cobrança de tarifas (concessões patrocinadas) ou integralmente pelo parceiro público (concessões administrativas).

É claro que já existia uma normatização própria das concessões de serviços públicos, de conformidade com a Lei 8.987/95. Todavia, a instituição da parceria público-privada, para além de permitir, de um lado, uma expressiva participação do Poder Concedente na complementação das tarifas associadas à exploração do objeto concedido, e, de outro, a instituição de uma nova modalidade de concessão inteiramente custeada pelo erário, com objeto mais amplo que a concessão de serviço público, previu também determinados instrumentos destinados a conferir maior segurança jurídica (e econômica) ao parceiro privado e a proporcionar (ao menos em tese) uma maior eficiência e qualidade na prestação do objeto concedido.

De um modo geral, a incorporação do modelo de parceria público-privada no ordenamento jurídico brasileiro se deu em virtude da necessidade de alternativas ao

²²⁷ *Idem, ibidem*, p. 19.

²²⁸ Art. 2º, §4º, II, Lei 11.079/04.

²²⁹ Art. 2º, §4º, I, Lei 11.079/04.

endividamento público no tocante ao financiamento de projetos de infraestrutura²³⁰, bem como a criação de mecanismos que atraíssem o investimento privado, como a criação de garantias para os compromissos pecuniários do parceiro público e a **eficiente alocação de riscos**²³¹.

Nesse sentido, além da questão da contraprestação paga pelo parceiro público, podemos destacar os seguintes pontos trazidos pela Lei 11.079/2004: (a) exigência de valor mínimo de R\$ 10.000.000,00²³²; (b) delimitação do prazo entre cinco e trinta e cinco anos; (c) possibilidade de utilização de arbitragem para solução dos conflitos entre as partes; (d) necessidade de criação de uma sociedade de propósito específico (SPE); (e) previsão de garantias de pagamento da contraprestação pública; (f) possibilidade de o agente financiador assumir o controle da sociedade de propósito específico, na hipótese de inadimplemento do contrato de financiamento; (g) compartilhamento objetivo dos riscos entre os parceiros público e privado; (h) possibilidade de alteração do processo licitatório, como a inversão de fases, com exame das propostas antes da habilitação²³³.

De todo modo, convém ressaltar que, do ponto de vista do Direito brasileiro, as parcerias público-privadas são espécies do gênero concessão. E, assim sendo, faz-se necessário analisar qual o núcleo essencial caracterizador do gênero concessão bem como afastar a noção corrente na doutrina segundo a qual a concessão estaria limitada ou reduzida à concessão de serviço público. É o que será feito a seguir.

²³⁰ DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo, RT, 2015, p. 57.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 55.

²³² Conforme redação dada à Lei 11.079/2004 pela Lei 13.529/2017.

²³³ CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessão: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (Coord.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 252.

3.2.3 Concessão como gênero

3.2.3.1 A equivocada redução da concessão à concessão de serviço público

Segundo MARQUES NETO, a doutrina e a jurisprudência, em grande medida, considera o instituto da concessão como apenas a concessão de serviço público, incorrendo, assim, numa sinédoque, ou seja, tomando-se a parte pelo todo²³⁴.

Para o referido autor, tal circunstância implica duas reduções que comprometem a adequada compreensão do instituto: (i) subestima o papel amplo que a concessão desempenha no âmbito do direito administrativo, como instrumento de colaboração dos particulares com o Estado; e (ii) vincula a noção de concessão a uma concepção bastante restrita de serviço público²³⁵.

Assim, por exemplo, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO toma como paradigma do conceito de concessão os elementos que, na sua concepção, configuram a concessão de serviço público, dentre os quais sobressaem a necessidade de que a remuneração do concessionário advenha da própria exploração do serviço público, mediante a cobrança de tarifas diretamente dos usuário²³⁶.

No mesmo sentido, Luiz Tarcísio Teixeira FERREIRA, para quem a “*possibilidade de remuneração por tarifa* constitui então, a nosso ver, condição mínima essencial para haver concessão, mesmo quando concreta e excepcionalmente essa tarifa viesse a ser suportada exclusivamente pelo Poder Público”²³⁷.

Como se pode verificar, esse posicionamento doutrinário relaciona de modo essencial a noção de concessão com a perspectiva restritíssima de serviço público, que, consoante Alexandre Santos de ARAGÃO contemplaria tão-somente os serviços que pudessem ser financiados por tarifas cobradas dos usuários, ou seja, “os serviços específicos e

²³⁴ Como exemplos, MARQUES NETO cita Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 776-777) e Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira (FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 166-167).

²³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**, *op. cit.*, p. 155.

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...**, *op. cit.*, p. 701.

²³⁷ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *op. cit.*, p. 166. Mais adiante, o autor afirma que “...não se poderia sustentar seriamente que configure ‘tarifa’ a remuneração cobrada por serviços prestados diretamente à Administração Pública...” (p. 167). Tal concepção é a mesma defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello e que, em linhas gerais, exclui diversas outras modalidades concessórias, tal como a chamada “concessão administrativa” da Lei 11.079/2004.

divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufrui o serviço e em que proporção”²³⁸. Vale dizer, apenas os serviços *uti singuli*.

Em primeiro lugar, a noção de serviço público no direito sempre foi e ainda é hoje objeto de grandes controvérsias, não se podendo afirmar que essa noção restritíssima se afigure como sendo a única válida. Mesmo sob a ótica do direito positivo, não há um sentido unívoco para serviços públicos.

A própria Constituição Federal, por exemplo, toma a expressão “serviço público”, ora numa acepção amplíssima (como se pode verificar, por exemplo, da leitura do art. 37, inciso XIII²³⁹; do art. 39, §7º²⁴⁰; e do art. 40, III²⁴¹), ora numa acepção específica ou mais restrita (tal qual se verifica no art. 175, caput²⁴² e também nos arts. 35, III²⁴³, 167, IV²⁴⁴ e 198, caput²⁴⁵, apenas para citar alguns)²⁴⁶.

²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos...** *op. cit.*, p. 143. Nesse particular, convém lembrar que o autor vislumbra quatro concepções de serviço público: (i) concepção amplíssima, que é aquela noção de serviço público da chamada Escola do Serviço Público (Léon Duguit e Gaston Gèze) e que equivale a “todas as atividades exercidas pelo Estado”; (ii) concepção ampla, que corresponderiam a “atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, Às funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado; (iii) concepção restrita, abrangendo apenas aquelas atividades estatais que “tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada”; e (iv) concepção restritíssima, que, como dito, contemplaria tão-somente os serviços que pudessem ser financiados por tarifas cobradas dos usuários, ou seja, “os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufrui o serviço e em que proporção” (p. 138-143). Para o autor, a terceira opção, quer dizer, a concepção restrita, parece ser a mais adequada e operacional, passando a formular o seguinte conceito de serviço público: “serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade” (p. 151).

²³⁹ “XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

²⁴⁰ “§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade”.

²⁴¹ “III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:”.

²⁴² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

²⁴³

²⁴⁴ “IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

²⁴⁵ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes”.

Além disso, essa noção tradicional de serviço público, focada na especificidade do regime jurídico, na titularidade estatal e na sua distinção com relação as chamadas atividades econômicas em sentido estrito, tem sido questionada pela doutrina mais recente²⁴⁷.

Como salienta MARQUES NETO, a própria aposição de um qualificativo (“serviço público”) já deixa claro que “o instituto *concessão* se presta a delegar outros objetos, sem o que não faria sentido especificar”²⁴⁸.

E assim, de fato, ocorre. Basta tomar como exemplos, a concessão ferroviária, a concessão de mineração, a concessão de navegação, a concessão de obra pública e a concessão urbanística. São objetos totalmente distintos da noção restritíssima de serviço público e, não entanto, não se poderia desconsiderar tais institutos como espécies de concessão.

Neste particular, MARQUES NETO conclui:

A concessão, na acepção aqui tratada (*concessão-delegação*), é o instituto jurídico pelo qual o Poder Público pactua transferir a um particular um plexo de direitos (prerrogativas) e obrigações que lhe são originalmente atribuídas, não se despojando, porém, nem da obrigação concernente, nem das prerrogativas relacionadas com essa utilidade (bem, serviço, atividade) pública. Podem ser objeto de concessão, nesse sentido, utilidades muito mais amplas do que os chamados *serviços públicos*. E exatamente por essa pluralidade de objetos é que não parece fazer sentido nem a preconização de um único regime para todas as possíveis concessões, nem, muito menos, o critério de identificação da concessão com base na verificação dos caracteres de uma dada espécie²⁴⁹.

Essa visão da concessão enquanto gênero, de certo modo, não é novidade na doutrina. Com efeito, já na década de 1940, Themístocles Brandão CAVALCANTI reconhecia que:

A palavra *concessão* tem na teoria do direito administrativo os mais variados significados e aplicações mais diversas, embora seja a mesma usada especialmente em relação à exploração e execução dos serviços públicos.

Veremos, entretanto, que esta é apenas uma de suas aplicações, pressupondo-se um sentido genérico àquela palavra, embora tivessem alguns autores, como veremos, procurado reduzir o seu significado a uma expressão comum.

(...)

²⁴⁶ Vale ressaltar que os serviços públicos de saúde, embora possam ser individualmente considerados, por expressa opção constitucional, não são suscetíveis de remuneração por tarifa.

²⁴⁷ Nesse sentido, por todos, ver Vitor Rhein Schirato (SCHIRATO, Vitor Rhein. *op. cit.*, p. 126-127).

²⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 156. Não é o caso de adentrarmos, aqui, na análise detida da chamada “crise” da noção de serviço público, uma vez que o escopo do presente trabalho é o compartilhamento (contratual) dos riscos nas parcerias público-privadas.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 158.

É empregada para designar certas ocupações privativas do domínio público pelos particulares: fala-se, assim, corretamente em concessão de ocupação do domínio (...).

Usa-se da palavra concessão para designar a outorga do direito de explorar certas indústrias, sujeitas ao controle do Estado, como as minas.

(...)

Há, entretanto, na palavra concessão, qualquer que seja a sua aplicação, um sentido comum que é a transferência, a outorga a terceiro dos poderes, ou de alguns dos poderes, vantagens, utilidades que pertencem ao concedente e que, por efeito da própria concessão, passam ao concessionário, reservando-se, entretanto, o concedente alguns dos direitos vantagens ou utilidades.

Assim, a venda de um imóvel transfere ao comprador todos os direitos inerentes ao domínio, enquanto que, pela concessão do domínio útil, reserva-se ao proprietário uma parte do domínio, isto é, o domínio direto. Da mesma forma, nas concessões de serviço público, reserva-se o Estado uma série de direitos que caracterizam a concessão, direitos inerentes ao próprio Estado.

Sob este aspecto tem a palavra concessão sentido peculiar que bem caracteriza o negócio jurídico, qualquer que seja a sua aplicação, ao domínio público, a obras públicas ao serviço público²⁵⁰,

Aliás, nem mesmo na França, país que serviu de inspiração para o Direito Administrativo brasileiro, a concessão de serviço público tem um conceito tão restrito assim, como aquele defendido por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por exemplo. A bem da verdade, a *concession de servisse publique* (o modelo mais próximo à nossa tradicional “concessão de serviço público”) é apenas uma das várias modalidades de **delegação de serviços públicos**²⁵¹.

²⁵⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 341-343. Convém esclarecer, porém, que o próprio autor, ao tratar dos elementos essenciais que integram o contrato de concessão acaba por limitar o objeto à prestação de serviço público, o que faz com base em Gaston Jèze. Isso confirma a posição de Vera Monteiro, ao afirmar que o “sentido atribuído para a concessão nos estudos doutrinários está invariavelmente relacionado à prestação de serviço público, ainda que se reconheçam outros usos para o instituto” (MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33).

²⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas. In: In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39. Com efeito, de acordo com Alexandre Santos de ARAGÃO, o Direito francês atual compreende as seguintes espécies de delegação de serviços públicos: “1. *Concession de servisse publique*: Modelo-tipo da delegação de serviço público, é o contrato em virtude do qual o concedente, pessoa pública, encarrega um concessionário, pessoa pública ou privada, de explorar um serviço público por sua conta e risco. (...); 2. *Affermage*: Muito próxima a concessão, diferencia-se dela apenas em razão do objeto da delegação ser apenas a prestação em si do serviço, sem a construção de infraestrutura, que já é entregue pelo poder público ou por um concessionário anterior, que construíra a infraestrutura. Como o *fermier* fica livre dos ônus da criação da infraestrutura (*frais de premier établissement*) e o Estado continua responsável pela eventual expansão da infraestrutura, geralmente ele deve pagar ao poder concedente pelo exercício do direito delegado; 3. *Régie intéressé*: Situada entre a delegação e a mera terceirização, é pela maioria (mas não pela totalidade) da doutrina francesa ainda considerada como um tipo daquela. O delegatário presta um serviço a partir de uma infraestrutura já fornecida pelo poder concedente, que mantém a sua propriedade ao longo de todo o contrato. Deve realizar apenas pequenas obras de manutenção e, naturalmente, a prestação do serviço. O serviço é pago pelos usuários, mas diretamente ao Estado, que, por sua vez, paga orçamentariamente ao *régisseur* valor calculado de acordo

É claro, porém, que não se pode atribuir ao termo concessão uma acepção tão ampla, como fazem os italianos, que compreendem não só aquilo que MARQUES NETO chama de concessão-distinção, mas, também, a “outorga pela Administração Pública de ‘qualquer direito’ ao particular”²⁵².

Com efeito, como afirma Vera MONTEIRO (em obra que defende a noção genérica de concessão):

Acertada, assim, seria a opção dos franceses e alemães, que restringem o emprego do termo aos “atos administrativos de delegação a terceiro, por parte da Administração Pública, de poderes e deveres que lhe competem, para, em seu lugar e sob sua fiscalização, desempenhar certos cometimentos, em nome e contra própria”²⁵³.

Seja como for, Alexandre Santos de ARAGÃO reconhece que a Lei 8.987/95 e, principalmente, a Lei 11.079/2004, ampliaram o conceito de “concessão de serviço público” brasileiro, tornando-o bastante similar à noção genérica de “delegação de serviço público” francesa²⁵⁴.

Assim, o que efetivamente caracteriza a concessão (qualquer que seja o seu objeto) é a delegação ao particular de “obrigações atinentes a um objeto de interesse geral (genericamente tratado aqui com o uma utilidade pública – bens, serviços, atividades)”²⁵⁵ que deverá executá-lo com certa margem de autonomia técnica e gerencial e assumindo determinados riscos.

Nesse sentido amplo, a **concessão é tomada como gênero**, abarcando diversas outras espécies, dentre as quais, evidentemente, a concessão de serviço público e, também, as concessões patrocinadas e administrativas, vale dizer, as parcerias público-privadas²⁵⁶.

com a quantidade de usuários e a qualidade do serviço prestado; 4. *Bail emphytéotique administratif*: por ele o particular faz determinados investimentos em imóvel público, que servirão à prestação de determinado serviço público, remunerando-se através da exploração de outras instalações por ele construídas no imóvel (ex.: constrói um hospital em um shopping). Ademais, ressalta o autor, “Além de o Direito francês possuir diversos tipos de delegação de serviços públicos, a própria concessão nem sempre é remunerada apenas pelo usuário...” (p. 40).

²⁵² MONTEIRO, Vera. *op. cit.*, p. 33. Nesse sentido, a autora, com base em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirma que, na Itália, a concessão abrange desde a outorga de prêmio por ato público, como o ato administrativo de concessão de perdão de crime e a outorga de poderes ao funcionário público pela nomeação para cargo público.

²⁵³ *Idem*, p. 33.

²⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas... *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**... *op. cit.*, p. 171.

²⁵⁶ Dinorá Adelaide Musetti Grotti, compartilhando desse entendimento, quer dizer, da concessão como gênero, afirma: “As concessões comuns e as PPPs são espécies do gênero contrato administrativo de concessão, cuja expressão concessão indica um gênero, que contempla várias espécies” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musatti. A

3.2.3.2 Os modelos de concessões das Leis 8.987/95 e 11.079/04

A Lei 8.987/95 tratou de definir as modalidades de concessão por ela disciplinadas, quais sejam, a concessão de serviço público (art. 2º, II) e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (art. 2º, III), o que fez nos seguintes termos:

Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado²⁵⁷;

Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado²⁵⁸;

Na verdade, como se pode verificar, a Lei 8.987/95 tratou de três espécies de concessão: (i) a concessão pura de serviço público; (ii) a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; e (iii) a concessão de obra pública. Vejamos.

A primeira, por óbvio, tem por objeto a prestação do serviço em si, ausente, portanto, qualquer investimento privado que implique em acréscimo patrimonial a ser revertido no final da concessão. Como afirma Fernando Vernalha GUIMARÃES, mesmo que o serviço público “dependa da existência de uma ‘obra’ que lhe seja acessória e instrumental, a outorga estatal da gestão do serviço clausulada com a cessão de direito do uso de obra existente configura a concessão pura de serviço público”²⁵⁹. Tal modalidade está descrita no inciso II do art. 2º, da Lei 8.987/95.

A segunda, ou seja, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, há um vínculo de instrumentalidade entre o desempenho do serviço público e a obra pública que o precede, de tal sorte que a prestação do serviço está a depender do provimento

experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar./abr. 2007, p. 120).

²⁵⁷ Art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/95.

²⁵⁸ Art. 2º, inciso III, da Lei 8.987/95.

²⁵⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

pelo concessionário de determinada infraestrutura “instrumental e acessória à prestação do serviço público”²⁶⁰. Tal previsão está no inciso III do art. 2º, da Lei 8.987/95.

Por fim, a concessão de obra pública, que se depreende da parte final do inciso III do art. 2º, da Lei 8.987/95, como observou GUIMARÃES ao afirmar que, embora o dispositivo em questão se refira apenas à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, a sua parte final evidencia que a remuneração e amortização do investimento do concessionário pela “construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público” poderá se dar tanto pela “exploração do serviço” (ou seja, concessão de serviço público precedida de obra pública) quanto pela exploração “da obra” (concessão de obra pública)²⁶¹.

A concessão de obra pública não envolve qualquer tipo de prestação de serviço, mas sim a exploração da infraestrutura em si, desde que tal exploração seja passível de “divisibilidade do uso da obra em unidades autônomas, propiciando a utilização remunerada pelos usuários”. Do contrário, deverá ser tratada como empreitada de obra pública (Lei 8.666/93) ou de concessão administrativa (Lei 11.079/04)²⁶².

Como afirma Egon Bockmann MOREIRA:

O concessionário de obra pública não administra qualquer serviço público. Em termos singelos, há duas fases: a construção, seguida da cobrança. É o que se pode dar na construção de pontes, ferrovias ou gasodutos – seguida apenas da arrecadação de tarifas dos usuários dessas obras²⁶³.

Cumprindo observar, no entanto, que, de acordo com Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, a concessão de obra pública, pura e simples, sem qualquer vinculação à prestação de um serviço público, está em desuso²⁶⁴. Segundo o referido autor:

De passagem, convém observar, que as concessões de obra pública precederam às de serviços públicos. E elemento fundamental das concessões antigas era a execução de trabalho público. Encerrava sistema utilizado pelo governo para obter melhoramentos públicos independente de inversão de fundos, pois entregava a terceiro essa atribuição. Executando este a obra pública, ficava com o direito de

²⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 127.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 129. Aliás, como se verá, a própria Lei 11.079/04, ao se referir à concessão patrocinada, remetendo à Lei 8.987/95, deixa claro que esta última norma disciplina a concessão de serviço público e a concessão de obra pública: “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995...” (art. 2º, §1º, da Lei 11.079/04).

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 131-132.

²⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p.25.

²⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 26, Rio de Janeiro, FGV, p. 1-18, out./dez. 1951, p.17.

cobrar a tarifa por seu uso pelos cidadãos, e para leva-la a efeito lhe outorgava a Administração os poderes necessários. Ao fim de certo tempo a obra revertia ao poder público sem qualquer despesa, constituindo, portanto, um processo econômico de realização de empreendimentos públicos, com o capital de outrem.

Muitas vezes, como consequência da execução da obra, havia necessidade de explorá-la, prestando os serviços aos quais ela era destinada. Assim, a par da concessão de obras públicas surgia a concessão de serviços públicos. Não obstante, estes não tomavam posição independente e eram considerados como decorrência natural, apenas, da concessão de obra pública. Com o correr dos tempos, dada a importância que tomaram tais serviços, e o vulto das suas explorações, foi se delineando a figura da concessão de serviço público. E, hoje em dia, os papéis se inverteram, sendo que a concessão de obra passou a ocupar a posição de elemento integrante da de serviço público²⁶⁵.

Por seu turno, em 30 de dezembro de 2004 foi editada a Lei Federal nº 11.079 que trata das parcerias público-privadas, no sentido restrito aqui adotado, quer dizer, disciplinando não as várias formas de parceria *lato sensu*, mas apenas duas: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Trata-se, com efeito, de uma Lei que, de certa forma, complementa a Lei 8.987/95, viabilizando formas específicas de contrato que, até então, não poderia ser formalizados pela Administração, seja “por insuficiência normativa”, seja por “proibição legal”²⁶⁶. Como afirma SUNDFELD, “embora muitas formas de parceria já fossem viáveis, havia a necessidade de uma nova lei nacional, que complementasse a Lei de Concessões”²⁶⁷.

Essa complementaridade de modelos concessórios, no entanto, tem um sentido bastante específico, vinculado à ampliação dos possíveis formatos jurídicos de concessões. Assim, determinados projetos concessórios sem sustentabilidade econômica pelo modelo da Lei 8.987/95 (porque a remuneração primariamente feita por tarifas não seria suficiente para a amortização do capital investido e para legítimo retorno esperado, ou ainda teriam valor demasiadamente elevado, violando o princípio da modicidade tarifária), poderiam ser agora implantados pela via jurídica prevista pela Lei 11.079/2004.

É bem verdade que o regime da Lei 8.987/95 permitia o pagamento estatal ao concessionário, por meio de subsídios. O que não havia, porém, era a previsão de um regime de garantias de pagamento pelo concedente, apto a persuadir o particular a investir. Esse foi um dos principais aspectos trazidos pela Lei 11.079/2004.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 17.

²⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico..., *op. cit.*, p. 23.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 19.

Do ponto de vista da aplicabilidade legal, porém, a relação de complementaridade é inversa: é a Lei 8.987/95 que complementa a Lei 11.079/2004, como se pode observar do art. 3º e seus respectivos parágrafos²⁶⁸.

Nesse sentido, a Lei 11.079/2004 estabeleceu duas novas modalidades de concessão²⁶⁹: (i) concessões patrocinadas; (ii) concessões administrativas. E, de outro lado, denominou de “concessão comum” aquela regida pela Lei 8.987/95. Assim, de acordo com a definição legal:

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado²⁷⁰.

Concessão administrativa é o contrato 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 bens²⁷¹.

Além disso, determinou que:

Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado²⁷².

Temos, portanto, que, além de outras formas específicas de concessão disciplinadas por Leis especiais existentes em nosso sistema jurídico (e cuja análise detalhada refoge aos

²⁶⁸ “Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa”.

²⁶⁹ A bem da verdade, a novidade estaria antes na nomenclatura, salvo no tocante às concessões administrativas. Isso porque a concessão patrocinada não seria outra coisa senão a concessão comum remunerada não só por tarifas, mas também (e, em certos casos, em maior medida) pelo pagamento de contraprestação pecuniária por parte do parceiro público. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld, ao dizer que as “concessões patrocinadas não são algo novo, pois já existiam juridicamente. Novo é o nome, criado só para facilitar a comunicação” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídicos das parcerias público-privadas...*, *op. cit.*, p. 23).

²⁷⁰ Art. 2º, §1º, da Lei 11.079/04.

²⁷¹ Art. 2º, §2º, da Lei 11.079/04.

²⁷² Art. 2º, §3º, da Lei 11.079/04.

limites metodológicos do presente trabalho²⁷³), há três modalidades que mais de perto nos interessa para os fins do presente trabalho, quais sejam²⁷⁴:

- a. as concessões comuns;
- b. as concessões patrocinadas; e
- c. as concessões administrativas.

Pela visão literal da Lei 11.079/2004, especialmente considerando o que dispõe o seu art. 2º, §3º, apenas “b” e “c” acima seriam propriamente parcerias público-privadas em sentido estrito. Não obstante, considerando que o regime jurídico das concessões patrocinadas pressupõe, em muitos aspectos, a aplicação de previsões legais das concessões comuns, não há como apartar de forma absoluta a análise das Leis 11.079/2004 e 8.987/95²⁷⁵.

3.2.3.3 Concessão comum e concessão patrocinada

Em linhas gerais, tal modalidade concessória tem por objeto a delegação pelo Estado ao particular de um serviço público passível de utilização e mensuração específica de tal sorte que a remuneração do concessionário será obtida primordialmente pela tarifa cobrada do usuário, embora se admita, de forma complementar, a percepção de receitas alternativas²⁷⁶.

Como afirma MARQUES NETO, a concessão de serviço público disciplinada pela Lei 8.987/95, a partir da edição da Lei 11.079/2004 e, pois, com a previsão da modalidade de

²⁷³ Para tal análise ver, por todos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...***op. cit.*

²⁷⁴ Segundo Carlos Ari SUNDFELD, “As concessões de serviço público de que trata o art. 175 da CF são um gênero, que se caracteriza por seu objeto: a atribuição, ao concessionário, do encargo de executar serviços públicos (aí incluído o de implantar e manter obras públicas, como rodovias e pontes). Quanto ao regime remuneratório, há três possíveis espécies: concessão comum, a patrocinada e a administrativa” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídicos das parcerias público-privadas..., *op. cit.*, p. 29).

²⁷⁵ Como nos lembra Juarez de Freitas “Assim, claro que doutrinariamente pode-se cogitar de parcerias administrativas em sentido amplo – englobando toda e qualquer vinculação do Poder Público com particulares, colimando benefícios mútuos - , contudo, as PPPs, em sentido legal, são apenas as ‘concessões’ assim denominadas por opção política do legislador”. E, mais adiante, completa: “O regime de PPPs veio produzir alterações pontuais no regime de ambos [os tipos contratuais de PPPs], contudo não a ponto de fazer genuína essa modalidade de contratação”. Desse modo, para o ilustre administrativista gaúcho, a despeito das notas acidentais que especificam o regime jurídico das parcerias público-privadas, o legislador não teria criado novas formas de contratação distintas, em essência, do regime de concessão (FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP): características, regulação e princípios. In: **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan./fev. 2005. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=501106. Acesso em 27 jun. 2017, p. 2 e 5).

²⁷⁶ Art. 11, Lei 8.987/95.

concessão patrocinada, sofreu uma “adjetivação”, passando a ser denominada de “concessão comum”²⁷⁷.

Assim, a partir da instituição da modalidade concessória patrocinada, a concessão comum disciplinada pela Lei 8.987/95 é aquela em que não há a previsão de qualquer tipo de contraprestação paga pelo concedente, ao contrário da concessão patrocinada, em que a remuneração do concessionário se dá em parte pelo pagamento de tarifa pelo usuário e pela exploração de receitas alternativas, e, também, pela contraprestação pecuniária paga diretamente pelo concedente.

Desse modo, podemos afirmar que o principal diferencial entre as modalidades comum e patrocinada reside essencialmente na forma de remuneração do concessionário: (i) na concessão comum, o concessionário será remunerado de forma precípua pela tarifa paga pelo utente do serviço público e, complementarmente, por meio de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade²⁷⁸; por seu turno, (ii) a concessão patrocinada, além da tarifa paga pelo usuário do serviço concedido, contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público em favor do parceiro privado²⁷⁹.

Todavia, é importante destacar que esse critério de distinção está necessariamente atrelado a outros requisitos legais. Assim, por exemplo, não se discute a possibilidade de concessão comum parcialmente subsidiada com recursos públicos²⁸⁰. Isso, porém, não implica na automática conversão da delegação em concessão patrocinada. Não basta, com efeito, tão-somente a existência de contraprestação pública para a caracterização da concessão patrocinada, uma vez que, quanto a esta última, a contraprestação se reveste de modos

²⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 175. Nesse sentido, a Lei 11.079/04, em seu art. 1º, §3º, é expressa: “Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

²⁷⁸ Art. 11, da Lei 8.987/95.

²⁷⁹ Art. 2º, §1º, da Lei 11.079/2004.

²⁸⁰ Vide os arts. 11 e 17, da Lei 8.987/95. Aliás, de acordo com Rafael Wallbach SCHWIND, mesmo após a edição da Lei 11.079/2004, o “recurso à concessão comum subsidiada continua sendo possível”. E mais: “as concessões comuns que prevejam contraprestações por parte do Estado não perderam completamente o seu interesse, nem precisam necessariamente ser convertidas em concessões patrocinadas ou administrativas” (SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207).

específicos de efetivação (art. 6º, da Lei 11.079/2004) e de garantias especiais, não aplicáveis às concessões comuns (art. 8º, da Lei 11.079/2004)²⁸¹.

Nesse sentido, aliás, deve ser interpretado o disposto no art. 2º, §3º, *in fine*, da Lei 11.079/2004, ou seja, não constitui parceria público-privada a concessão comum, tratada pela Lei 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária **realizada nos termos e condições previstos na Lei 11.079/2004**. Entender de outro modo seria impossibilitar a Administração de subsidiar o regime tarifário de uma concessão comum, o que levaria a interdição indevida de um mecanismo legítimo de efetivação do princípio da modicidade tarifária, previsto nos arts. 6º, §1º e 11, da Lei 8.987/95²⁸².

Em outras palavras, os subsídios tarifários e as contraprestações pecuniárias submetem-se a regimes jurídicos diferenciados, e apenas num sentido amplo, genérico, poderiam ser entendidas como contraprestações a cargo do Poder Público²⁸³. Em sentido próprio, os subsídios tarifários seriam formas de **subvenção econômica**, submetendo-se aos regramentos da Lei 4.320/64, ao passo que as contraprestações públicas configurariam modalidade de **pagamento** a cargo do Poder Público, tal como disciplinado pela Lei 11.079/2004²⁸⁴.

²⁸¹ Isso sem mencionar outros requisitos específicos da Lei 11.079/2004 que, se não atendidos, impedem a celebração de contratos de parceria público-privada, notadamente os previstos nos incisos do §4º do art. 2º, da Lei 11.079/2004.

²⁸² Nesse sentido, Rafael Wallbach SCHWIND, ao afirmar que “como a aplicação de recursos públicos já era viável anteriormente, ela não passou a ser vedada fora das hipóteses das concessões patrocinadas e administrativas” (*op. cit.*, p. 215). No mesmo sentido, Carlos Ari SUNDFELD, ao afirmar que “A concessão patrocinada já era viável anteriormente, pois adicionais de tarifa podiam ser pagos como receita complementar (Lei de Concessões, art. 11). Cuidados de responsabilidade fiscal na assunção desses compromissos financeiros já eram devidos (CF, art. 167; Lei 4.320/1964; e Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2002). O que fez a Lei das PPPs foi reafirmar essas exigências (art. 10) e criar limites específicos para as despesas com contratos de PPP (arts. 22 e 28). O objetivo claro é reforçar a responsabilidade fiscal (Lei das PPPs, art. 4º, IV)” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 25).

²⁸³ Não se está aqui, porém, a desconsiderar outras formas de subsídios, que, consoante Floriano de Azevedo Marques Neto, podem ser de três espécies: (i) subsídios entre serviços (quando um serviço mais rentável compensa outro serviço deficitário); (ii) subsídios entre usuários (quando as tarifas são diferenciadas pelo nível social e econômico do usuário, de tal sorte que os mais ricos subsidiam os mais pobres); e (iii) subsídio externo (em que há a complementação da tarifa por meio de pagamentos oriundos de fundos específicos ou de gastos do Tesouro). (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa. **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 341).

²⁸⁴ Nesse sentido, Rafael Wallbach SCHWIND (*op. cit.*, p. 219-222). Aliás, segundo o autor, “é possível que o Estado empregue recursos públicos, em qualquer concessão, inclusive patrocinada e administrativa, sob a forma de subvenção econômica. Neste caso, deverá editar lei específica que o autorize a realizar tal operação (conforme exige o artigo 19 da Lei nº 4.320/64) e os valores recebidos pelo concessionário a título de subvenção não serão tributados. Entretanto, os valores recebidos pelo concessionário sob essa modalidade não configurarão contraprestação pública nos termos do artigo 6º da Lei 11.079/2004. A concessão, assim, será subsidiada pelo Estado, mas o simples fato de haver o emprego de recursos públicos não a tornará necessariamente uma

3.2.3.4 Concessão administrativa

Consoante a Lei 11.079/2004, a concessão administrativa é uma espécie de concessão, enquadrável como parceria público-privada (em sentido estrito), e cujo objeto é a delegação ao parceiro privado da prestação de serviços de que o parceiro público seja usuário direto ou indireto, objeto esse que não deixa de ser prestacional pelo fato de ter havido a obrigação de execução prévia de obra ou de fornecimento e instalação de bens. Além disso, para tal modalidade concessória a remuneração do parceiro privado advém integralmente do parceiro público (contraprestação), ainda que em conjunto com outras receitas alternativas²⁸⁵.

A concessão administrativa é, certamente, a mais polêmica das modalidades de parceria público-privada. Isso se dá, de início, pela própria denominação escolhida pelo legislador, mas principalmente por colocar em discussão aspectos fundamentais da própria conceituação de concessão tal como entende a doutrina administrativista mais tradicional, de forte influência francesa.

A denominação, de fato, não nos parece a mais adequada. Concessão é um instituto típico do direito administrativo, de tal sorte que qualquer concessão, seja qual for seu objeto e seu particular regime jurídico, será essencialmente “administrativa”. Não obstante, essa foi a escolha do legislador e, portanto, a despeito de toda crítica que se possa fazer, não há como desconsiderar a qualificação normativa posta pela Lei 11.079/2004.

Mas essa crítica não é, nem de longe, a mais séria. Com efeito, respeitável doutrina afasta-lhe até mesmo o caráter concessório²⁸⁶, reconhecendo tal modalidade como sendo um simples contrato de prestação de serviço de constitucionalidade duvidosa.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO é um dos críticos ferrenhos da chamada concessão administrativa. Segundo ele, trata-se de uma **falsa concessão** na medida em que “a exploração do serviço é que distingue a concessão de um simples contrato administrativo de

concessão patrocinada ou administrativa tal como definida pelo artigo 2º da Lei nº 11.079/2004. Será uma concessão comum subsidiada” (*op. cit.*, p. 222).

²⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídicos das parceiras público-privadas... *op. cit.*, p. 31.

²⁸⁶ Assim, por exemplo, de acordo com Francisco CAVALCANTI, a parceria público-privada não seria propriamente uma concessão, mas um contrato específico, com características novas. Para o autor, o conceito de concessão, tal como concebido pela doutrina brasileira, seria insuficiente para abarcar a figura das parcerias público-privadas. Segundo ele, isso deixaria evidente a dificuldade de se pretender amoldar “novos institutos e instrumentos, frutos da evolução do direito, em velhos modelos” (CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessão: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (Coord.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 255-260).

prestação de serviço”²⁸⁷. Nesse sentido, o autor entende que a exploração do serviço a caracterizar a concessão equivaleria dizer que a concessionária o faz sua “conta e risco”, remunerando-se pela tarifa paga pelo usuário e não por meio de pagamento certo e ajustado a cargo do Poder Público²⁸⁸.

Mais adiante, o autor afirma que a parceria público-privada tem por objeto, necessariamente, “a prestação de um serviço público precedido ou não de obra pública, caso contrário não se lhe poderia atribuir o caráter de modalidade de concessão”²⁸⁹.

Caso o Poder Público pretenda efetuar parceria público-privada tendo objeto diverso do indicado, a relação jurídica não se caracterizará como parceria, *pois nesta qualidade seria nula, como nula seria a transformação de outro contrato ou concessão em parceria*, já que haveria burla da licitação, pois a parceria oferece ao parceiro privado e a seus financiadores *vantagens incomensuravelmente maiores do que em qualquer outra relação comutativa travada pelo Poder Público*²⁹⁰.

Em suma, o autor defende que a concessão administrativa não seria verdadeira concessão porque (i) a exploração do serviço concedido não seria remunerada por tarifa paga pelo usuário; e porque (ii) o objeto da concessão não é um serviço público (no sentido estrito que assim compreende o autor), não se podendo, portanto, falar propriamente em concessão (e, neste caso, o contrato seria **nulo** por ofensa ao princípio da licitação).

Quanto à questão da remuneração por tarifa, a posição de BANDEIRA DE MELLO pode ser assim sintetizada: (i) a cobrança de tarifa é inerente a qualquer concessão, uma vez que (ii) a não remuneração de uma concessão por tarifa implicaria na eliminação da margem de risco empresarial do concessionário (que explora o serviço “por sua conta e risco”); e (iii) a não cobrança de tarifa implicaria na previsão de outra remuneração que não a decorrente da exploração do serviço²⁹¹.

²⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 114.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 115.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 116.

²⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 116.

²⁹¹ Nesse sentido, Vera Monteiro (MONTEIRO, Vera. *op. cit.*, p. 163). Da mesma forma, Floriano de Azevedo Marques Neto: “Em essência, a aversão de parte da doutrina ao enquadramento como concessão de ajuste pelos quais se encarrega a iniciativa privada de prestar um serviço público à população, sem cobrar diretamente do usuário a devida remuneração, se baseia em três linhas de argumentação: i) primeira que a cobrança de tarifa do usuário seria intrínseca ao regime de concessão; ii) segunda que a não oneração do usuário e consequente assunção do pagamento pelo poder público elidiria a margem de risco inerente ao instituto; iii) terceira que a não cobrança desnaturaria o caráter de exploração do serviço” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário... op. cit.*, p. 343-344).

Em última instância, o que BANDEIRA DE MELLO está a dizer é que a assunção pelo particular do **risco de inadimplemento do usuário** é o que caracterizaria a concessão, na exegese que faz da noção de “exploração por conta e risco do concessionário”.

Do ponto de vista constitucional, essa posição é pretensamente fundada no disposto no inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, que se refere à “política tarifária” como um dos aspectos que, necessariamente, deverão ser tratados pela lei mencionada no *caput* do dispositivo²⁹².

Nesse sentido, Luiz Tarcísio Teixeira FERREIRA, ao afirmar que:

O pressuposto da dicção constitucional “política tarifária” é exatamente o de que a remuneração do concessionário (na concessão de serviços públicos) se faça preponderantemente pela tarifa, cobrada diretamente do usuário, aliviando-se o Estado do encargo econômico-financeiro.

(...)

Em resumo, a expressão constitucional “política tarifária” indica não só que pode haver subsídio tarifário concretamente como indica, também, que a tarifa é o instrumento básico de remuneração do concessionário.

A possibilidade da remuneração por tarifa constitui então, a nosso ver, condição mínima essencial para haver concessão, mesmo quando concreta e excepcionalmente essa tarifa viesse a ser suportada exclusivamente pelo Poder Público²⁹³.

Não obstante essas respeitáveis opiniões doutrinárias, não parece que a cobrança de tarifa seja essencial para a caracterização da concessão, nem que a eventual previsão de remuneração do particular integralmente custeada pelo Poder Concedente constitua, por si só, em vício de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 175, parágrafo único, inciso III, CF.

O que parece ser fundamental para a existência da concessão não é propriamente a origem da remuneração, mas a sua vinculação à execução do objeto da concessão, ou seja, àquilo que a Administração Pública delega ao particular para execução com relativa liberdade

²⁹² Apenas para facilitar a imediata compreensão do texto, transcrevemos os dispositivos constitucionais referidos:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – A lei disporá sobre:

(...)

III – política tarifária;”

²⁹³ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 166.

de organização e gestão (por sua conta) e dentro de um arcabouço legal e contratual de repartição de riscos (pelos riscos que assume, portanto)²⁹⁴.

Aliás, como lembra Alexandre Santos de ARAGÃO, mesmo na França, país que inspirou o Direito Administrativo brasileiro, há várias modalidades de concessão, muitas das quais a remuneração do concessionário não se dá exclusivamente por meio de tarifas²⁹⁵.

Corroborando o posicionamento ora defendido, Floriano Azevedo MARQUES NETO afirma que “não é a remuneração direta do concessionário por meio de tarifa paga pelo usuário que caracteriza a concessão, e sim o fato de a remuneração do particular ser atrelada à fruição da utilidade concedida, seja quem for o ente pagador”²⁹⁶.

De igual modo, Pedro GONÇALVES:

... o facto de a remuneração pelo utentes ou da assunção de um risco pelo concessionário serem eventualmente normais no regime da concessão não exclui a natureza concessória do contrato em que a Administração assume o dever de remunerar, total ou parcialmente, o concessionário, nem mesmo o contrato em que ela assume a álea económico-financeira inerente à gestão do serviço; para que possa falar-se de ‘concessão de um serviço público’, essencial é que a gestão (autónoma) do serviço seja transferida para o concessionário por um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa²⁹⁷.

No mesmo sentido, Juarez FREITAS, ao afirma que a contraprestação exclusivamente pública, no caso de concessão administrativa, não a descaracteriza enquanto espécie de concessão, **salvo se não houver riscos partilhados**²⁹⁸.

Ademais, e a propósito da questão do risco, não é correto afirmar que o fato de a remuneração do concessionário advir integralmente do poder concedente (como é o caso da concessão administrativa) implicaria a eliminação da margem de risco empresarial do concessionário. Se é certo, por um lado, que o concessionário assume riscos próprios da atividade empresarial, não é menos correto afirmar que isso não implica necessariamente a assunção integral pelo particular de todos os riscos inerentes ao negócio, incluindo-se aqui aqueles relativos ao inadimplemento dos usuários.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO afirma:

²⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário..., *op. cit.*, p. 345.

²⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas. *op. cit.*, p. 39.

²⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 256.

²⁹⁷ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 145-146.

²⁹⁸ FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 5.

De outro bordo, quando dizemos que o concessionário presta o serviço assumindo riscos inerentes à atividade, está-se a dizer que a concessão comete ao particular riscos maiores do que os mezinhos contratos de empreitada. Esses riscos podem corresponder, por exemplo, a alterações nos custos dos insumos ou elevação nos investimentos necessários; podem dizer respeito ao risco de demanda dentro de margens naturais de oscilação; pode ainda se tratar do risco de perda ou ganho de maiores fatias de mercado, nos serviços públicos sujeitos à competição.

Ou seja, não há de ser obrigatoriamente o risco decorrente da inadimplência do usuário. Mesmo porque me parece um pouco contrário ao Direito eleger como traço essencial de uma dada relação jurídica o risco da conduta ilícita do consumidor (pois o não-pagamento pelo uso de um bem ou serviço de utilização onerosa nada mais é do que um ato ilícito). Quanto mais pelo fato de que, tratando-se de um serviço público, o risco de inadimplência se reveste de características especiais, que impedem a atribuição de todos seus ônus ao particular (por exemplo, a resistência ao corte de fornecimento ao usuário inadimplente, situação que facilmente pode ser caracterizada como fato do príncipe, exorbitante ao quadro normal das relações de consumo)

(...)

Portanto, embora se reconheça ser inerente à concessão a assunção pelo particular de alguma margem de risco associada ao negócio (cuja organização e gestão lhe é delegada), nada há que indique que este risco deva envolver, necessariamente, os ônus da cobrança diretamente ao usuário²⁹⁹.

Por seu turno, não se pode inferir do inciso III do parágrafo único do art. 175, da Constituição Federal, a necessária imposição da remuneração por tarifa como requisito para a existência válida de uma concessão. Com efeito, a Constituição fala em “política tarifária” o que, antes de implicar a obrigatoriedade de remuneração por tarifa, na verdade, está a conferir certa margem de discricionariedade ao legislador, de modo que possa fixar a forma remuneratória que, ante um determinado contexto fático e jurídico, melhor atenda ao interesse público subjacente³⁰⁰.

²⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário..., *op. cit.*, p. 347-348.

³⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. IN: SOUZA, Mariana Campos de (coord.). **Parceria público privada: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 58. Com efeito, neste particular, assim afirma o autor: “Segundo, o de que o regime de concessão pressuporia prestação direta do serviço ou utilidade ao usuário e pagamento do valor contraprestacional mediante um preço público (tarifa) entendido como desembolso obrigatório deste usuário. Esta concepção que, sinceramente, não sei de onde a doutrina extrai, é, na melhor das hipóteses, *ultra legem*. A Constituição (artigo 175), ao tratar do instituto da concessão e da permissão, nos dá como elementos caracterizadores do instituto da apenas (i) o fato dela envolver a delegação da prestação de um serviço público; (ii) que esta delegação reger-se-á por um contrato de caráter especial; (iii) que estabelecerá uma relação prestacional ofertada aos utentes (a Carta não fala aqui em consumidores) com respeito aos seus direitos; (iv) que ela se balizará não no pagamento obrigatório de tarifa, mas uma política tarifária, o que implica em conferir alguma margem de liberdade ao legislador e, por conseguinte, à Administração, para fixar o arranjo de remuneração mais apto ao interesse público; e, por fim, (v) que a prestação do serviço delegado dar-se-á com observância de parâmetros de adequabilidade”.

Aliás, pode ser favorável ao interesse público que a “política tarifária” consista, precisamente, em não se cobrar tarifa do usuário, seja por opção política (“tarifa zero”), seja por inviabilidade técnica ou econômica (como ocorre com o serviço de limpeza urbana³⁰¹), seja até em razão de vedação legal ou constitucional, como se dá, por exemplo, com relação ao serviço públicos sociais (saúde e educação)³⁰².

O segundo ponto de críticas acerca da concessão administrativa, como mencionado anteriormente, diz respeito ao seu objeto, ou seja, a prestação de serviços delegada ao particular e de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta. Nesse particular, também BANDEIRA DE MELLO representa uma das vozes críticas mais eloquentes.

Todavia, e antes de qualquer coisa, é preciso considerar que BANDEIRA DE MELLO restringe a concessão (entendida, aqui, como gênero) à concessão de serviço público (uma de suas espécies – incorrendo, pois, no que MARQUES NETO qualifica como “um caso de sinédoque”, conforme dito anteriormente). Daí ser lógico inferir que, dentro dessa concepção restritiva, qualquer outro objeto que não se enquadre na noção de serviço público (e numa particular noção de serviço público por ele assumida – no seu sentido mais restrito), não poderia, *ipso facto*, ter a sua execução delegada ao particular por meio de concessão³⁰³.

Com efeito, para o citado autor, a concessão só poderia ser “de serviço público” e, serviço público, segundo ele, só seria aquele em que, além da característica específica de submissão ao regime jurídico-administrativo, seria **singularmente** fruível pelos administrados³⁰⁴. Assim sendo, segundo essa concepção, operada a delegação do serviço

³⁰¹ Questão, aliás, que está em análise perante o STF, sob a sistemática da repercussão geral (Repercussão Geral no RE 847.429/SC, assim ementada: “(...) Possui repercussão geral a questão constitucional relativa à possibilidade de delegação, mediante contrato de concessão, do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares, bem como a natureza jurídica da remuneração de tais serviços, no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade”).

³⁰² SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário...** *op. cit.*, p. 217-218.

³⁰³ Como já visto, com arrimo em Vera Monteiro e Floriano de Azevedo Marques Neto, não é essa a posição aqui defendida.

³⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...** *op. cit.*, p. 671. Em outra obra, o autor afirma: “Mesmo antes de escandir e justificar o que se contém nas afirmações imediatamente subsequentes, diga-se que, à vista delas, para estar presente um objeto mencionável como serviço público devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); e (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público...** *op. cit.*, p. 72).

público ao particular, a remuneração que este terá direito de auferir deveria advir precipuamente da cobrança de tarifas dos usuários.

Como se afirmou anteriormente, de acordo com o pensamento de BANDEIRA DE MELLO, a concessão administrativa representaria uma **falsa concessão**, posto que seu objeto não seria outra coisa senão a mera prestação de um serviço, com pagamento certo e ajustado, à cargo do concedente. Ou seja, segundo esse pensamento, o objeto da chamada concessão administrativa nada mais seria do que um serviço submetido à contratação pela forma e sob os limites da Lei 8.666/93.

Tal pensamento, porém, parece ser equivocado. Senão, vejamos.

De acordo com a Lei 11.079/04, e aqui vale repetir, o objeto da concessão administrativa é a “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”³⁰⁵. Não obstante, analisando-se sistematicamente a Lei 11.079/04, em cotejo com a Lei 8.666/93, não se pode afirmar que a prestação de serviços a que se refere a primeira, teria relação de identidade com a prestação de serviço disciplinada pela segunda.

Nesse particular, Carlos Ari SUNDFELD vislumbra a existência de duas espécies de concessão administrativa: (i) a **concessão administrativa de serviços públicos**, que seria a própria concessão disciplinada pela Lei 8.987/95, mas sem a cobrança de tarifa do usuário, de tal modo que a remuneração do concessionário advenha primordialmente da própria contraprestação paga pelo concedente (e, eventualmente, de outras receitas alternativas); e (ii) a **concessão administrativa de serviços ao Estado**, que, por seu turno, teria por objeto “os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações”³⁰⁶, caso em que, aqui, a Administração comparece como usuária “direta” dos serviços.

A primeira, quer dizer, a concessão administrativa de serviços públicos, o seu objeto é o mesmo da concessão patrocinada e da concessão comum, razão pela qual, de plano, poderíamos afastar quaisquer das críticas nesse particular. As objeções estariam ligadas, assim, à questão da inexistência de remuneração do serviço por tarifa, o que já foi tratado e refutado anteriormente.

³⁰⁵ Art. 2º, §2º, Lei 11.079/04.

³⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 31.

Já a segunda, a concessão administrativa de serviços ao Estado, ou seja, aquela em que a Administração é a usuária direta é, de fato, o objeto das críticas doutrinárias ora representadas pelo pensamento de BANDEIRA DE MELLO.

O ponto central das críticas se dá pelo fato de que os serviços prestados à Administração sob concessão administrativa são identificáveis com a definição dada pelo inciso II do art. 6º da Lei 8.666/93, para fins de contratação administrativa em geral, que assim reza:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (destacamos);

Ora, segundo BANDEIRA DE MELLO, havendo, de um lado, prestação de serviço para a Administração e, de outro, o pagamento por essa última da correspondente contraprestação, estaríamos diante de uma mera contratação administrativa de prestação de serviço. Assim sendo, para essa parcela doutrinária, a Lei 11.079/04 teria criado um mecanismo para fraudar as limitações impostas pela Lei 8.666/93 para contratações com tal objeto, oferecendo ao particular “vantagens inconcebíveis nos contratos administrativos em geral”³⁰⁷.

Ao que nos parece, tal crítica é apenas parcialmente procedente e deve ser levada em conta não sob o prisma conceitual da concessão administrativa, mas tão-somente nas hipóteses patológicas de seu uso. Explicamos.

Suponhamos que o Estado pretenda construir um presídio. Para tanto, deverá elaborar o projeto básico (pelo menos), licitar e contratar a execução de obra pública, além de, paralelamente, realizar a licitação e contratação de prestação de serviço de gerenciamento de obra pública (não raro, o Estado não dispõe de corpo técnico suficiente apto a acompanhar a execução de obras desse jaez). Após alguns aditivos, reequilíbrios, eventuais paralisações (por força maior, por falta de recursos, enfim, as hipóteses são inúmeras) e após algumas dilações e adequações de cronograma físico-financeiro, a obra é concluída e recebida.

Deverá, agora, proceder a todas as contratações para o funcionamento do estabelecimento penal, ciente de que, com relação aos serviços continuados, não poderá

³⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público...** *op. cit.*, p. 115.

ultrapassar o limite de vigência total dos contratos de sessenta meses. Isso sem mencionar que, uma vez em funcionamento, toda a estrutura do presídio deverá ter os serviços de manutenção e reparos, o que demanda novas, demoradas e dispendiosas contratações. Até aqui, imperaram os ditames da Lei 8.666/93 e, quiçá, da Lei 10.520/02 para as contratações e registros de preço que possam ser licitadas por pregão.

Por outro lado, com a Lei 11.079/04, o Estado poderá delegar ao privado a construção do estabelecimento prisional, apresentando tão-somente um anteprojeto, remunerando-o, somente a partir da disponibilidade da obra (assumindo, portanto, o risco do financiamento e da construção da infraestrutura), pelo serviço de manutenção e de hotelaria dos presos que o particular explorará pelo período necessário à amortização dos vultosos investimentos por este inicialmente despendidos.

Aqui, o Estado, além de evitar elevados gastos com grande impacto fiscal, obtém ganhos de eficiência na medida em que poderá focar (e direcionar os recursos públicos) nas atividades que lhe são próprias e indelegáveis ao particular (a custódia dos presos e o exercício do poder de polícia etc.).

Tal exemplo, embora bastante simplificado da realidade, é, porém, suficiente para demonstrar que a concessão administrativa de serviços ao Estado, embora envolva uma “atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, não pode ser reconduzida a uma mera prestação de serviço, nos moldes da Lei 8.666/93.

Primeiro, porque a concessão administrativa pressupõe a construção ou melhoramento de uma infraestrutura pública, de tal sorte que a prestação de serviço se revela como o caminho para que, de um lado, haja a prestação de um serviço que, sem as amarras da burocracia estatal, tem grandes chances de ser mais eficiente, e, de outro, possibilite que o investimento inicial pelo privado seja amortizado ao longo de um lapso temporal relativamente longo (até trinta e cinco anos).

Inconcebível, pois, a prestação do serviço à Administração sob o regime da concessão administrativa sem que haja a implantação de uma infraestrutura pública por parte do parceiro privado³⁰⁸. Como afirma SUNDFELD:

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual – a *concessão administrativa* – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível:

³⁰⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário...** *op. cit.*, p. 218.

aquele em que o particular *investe financeiramente na criação da infraestrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la*³⁰⁹.

Segundo, a prestação de serviços da concessão administrativa, ao contrário da mera prestação de serviços da Lei 8.666/93, incorpora a lógica econômica da concessão, **inclusive no que concerne à partilha de riscos**³¹⁰ e de ganhos de eficiência, criando incentivos ao parceiro privado para o incremento da eficiência. Como afirma Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO:

Observe-se que, ao transferir em conjunto para um mesmo parceiro privado as obrigações de realizar o investimento na infra-estrutura e de explorar o serviço, os contratos de PPP, assim como os de concessão comum, promovem alterações relevantes na lógica econômica subjacente aos contratos de prestação de serviço comuns.

(...)

Em primeiro lugar, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos cria incentivos ao aumento da eficiência. Como o parceiro privado terá que manter a infra-estrutura por anos, ele sopesará se é melhor investir mais na construção para, por exemplo, reduzir o custo de manutenção ou, ao contrário, investir menos na obra e gastar mais com manutenção. A transferência em conjunto dessas responsabilidades para o parceiro privado tende, portanto, a gerar uma maior eficiência na prestação dos serviços – eficiência, essa, que, em condições de mercado perfeito ou de regulação econômica adequada (...), retornaria ao usuário e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços e/ou de menores tarifas e subsídio público.

(...)

Além disso, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por fazer os projetos (básico e executivo), financiar, construir, operar e manter o serviço permite que o Poder Público foque o processo de fiscalização apenas nos resultados finais, nos níveis de serviço disponibilizados ou prestados, deixando ao parceiro privado a escolha sobre o melhor modo, a melhor tecnologia, os melhores meios de prestar o serviço. Isso é uma mudança fundamental em relação à nossa tradição de fiscalização de obras públicas ou dos contratos de compra ou fornecimento de materiais³¹¹.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 26.

³¹⁰ E nesse particular, como já afirmamos anteriormente, concordamos com Juarez Freitas quando afirma que a concessão administrativa, para ser legitimamente tomada como tal, deve prever necessariamente a partilha de riscos, muito embora, e diferentemente do que aqui se defende, o citado autor entenda que a concessão impropriamente denominada “administrativa” não se configure, propriamente, uma concessão, mas sim uma “mera contratação administrativa peculiar”, quer dizer, uma contratação de serviço nos moldes da Lei 8.666/93, mas com um regime jurídico próprio, ditado pela Lei 11.079/2004 e por alguns dos dispositivos da Lei 8.987/95 que, por força de determinação legal, são aplicáveis à espécie (FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas... *op. cit.*, p. 5).

³¹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada...** *op. cit.*, p. 34.

Ademais, a despeito do que dispõe o art. 124 da Lei 8.666/93³¹², entender-se que a prestação de serviço na concessão administrativa é a mesma coisa que a prestação de serviço disciplinada pela Lei 8.666/93 é desconsiderar as especificidades de regimes de cada uma dessas modalidades de contratação.

Tanto isso é verdadeiro que, apenas para ilustrar, podemos destacar as seguintes distinções entre ambos os regimes:

(i) sob o regime da Lei 8.666/93, a prestação de serviço demanda prévia e exaustiva definição não apenas do seu objeto, mas também do modo de prestação do serviço (art. 7º, §2º, incisos I e II); já sob o regime da Lei 11.079/04, o detalhamento se dá por meio de anteprojeto, além de ser possível o recebimento de projetos dos particulares (art. 21, da Lei 8.987/95, aplicável por força do art. 3º, *caput*, da Lei 11.079/04);

(ii) pela Lei 8.666/93, o pagamento deverá ser feito com periodicidade mensal, compreendendo o custo da prestação do serviço naquele período (art. 7º §2º, III e 40, XIV, “a”), além do que, as parcelas do preço são calculadas em função da tarefa executada e não do resultado final alcançado (art. 7º, §2º, II e 40, XIV, “a”); sob o regime da Lei 11.079/04, a contraprestação pode se dar por uma das modalidades do art. 6º, inciso I a V (não necessariamente a contraprestação pecuniária), além do que a composição da contraprestação poderá ser modulada pelo desempenho do concessionário (art. 6º, §1º);

(iii) pela Lei 8.666/93, não se pode “incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem”, ou seja, o contratado não pode financiar a operação (art. 7º, §3º); já na sistemática da Lei 11.079/04, a obtenção de financiamento é inerente à própria lógica concessória, especialmente na sistemática adotada pelas parcerias público-privadas (constituição de sociedade de propósito específico e possibilidade de assunção de controle temporário pelos financiadores – o chamado *step-in rights* – art. 5º, §2º, I); e

(iv) pela Lei 8.666/93, o prazo máximo de vigência de contratos de prestação continuada de serviços, incluindo-se as prorrogações, é de sessenta meses (art. 57, II), podendo, excepcionalmente, chegar a setenta e dois meses (art. 57, §4º); já pela Lei 11.079/04, o prazo mínimo é de cinco anos e o máximo de trinta e cinco.

³¹² “Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”.

Trata-se, portanto, de um novo modelo de contratação de serviços, valendo não do regime jurídico dos contratos administrativos em geral, mas sim do regime jurídico dos contratos de concessão, seja com regras específicas ditadas pela Lei de parcerias público-privadas, seja com a aplicação de dispositivos da Lei 8.987/95 (por força do disposto no art. 3º, *caput*, da Lei 11.079/04³¹³).

Nesse particular, é importante lembrar a advertência de Floriano de Azevedo MARQUES NETO ao fazer menção ao que ele denomina de “maldição do regime único”, a atormentar o direito administrativo brasileiro pela aplicação irrefletida da noção do regime jurídico-administrativo como eixo delimitador do campo temático e metodológico desse ramo do direito público³¹⁴.

Segundo ele, isso se daria pela verificação concomitante de três fatores: (i) necessidade de afirmação metodológica do direito administrativo, em sua gênese e autonomização em fins do século XIX; (ii) necessidade de demarcar o critério de competência da jurisdição administrativa face à jurisdição comum (dualidade de jurisdição); e (iii) tendência da doutrina, inclusive com um viés corporativista, em pretender, tendo em vista a dualidade de jurisdição estabelecida tratar os institutos administrativos de forma unificada, sem considerar “modulações e matizes de regimes”³¹⁵.

Para o autor, não se trata de discutir da existência ou não de um regime jurídico específico a que se submete a Administração Pública; o problema está em submeter todo o direito administrativo a “um único e uniforme tratamento”³¹⁶.

Isso seria causa de diversas mazelas, dentre as quais se destacam a ineficiência da máquina pública, na medida em que as mais diversas finalidades administrativas deverão ser atendidas com base em idênticos parâmetros normativos, além de sempre colocar em evidência a posição de autoridade da Administração Pública, em detrimento dos direitos dos administrados³¹⁷.

³¹³ “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”.

³¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, Ano XXIX, n. 107, dez. 2009, p. 77.

³¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 77.

³¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 77-78.

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 78.

Desse modo, sob o ponto de vista conceitual, as críticas de BANDEIRA DE MELLO são infundadas. No entanto, conforme havíamos mencionado acima, essas mesmas críticas podem ser admitidas no caso em que se pretenda (ilegalmente) fazer incidir o regime da Lei 11.079/04 para a mera prestação de serviço, aquela que não se enquadra na lógica econômica das concessões e que não pressupõe a construção, melhoramento ou pelo menos a manutenção de qualquer infraestrutura pública.

Aqui, teríamos, portanto, a utilização patológica do instituto da concessão administrativa, redundando precisamente naquilo que BANDEIRA DE MELLO vislumbra como fraude à Lei 8.666/93 e como concessão de vantagens demasiadamente vantajosas (e injurídicas) ao particular.

Por fim, cumpre lembrar outra importante objeção relativa ao objeto da concessão administrativa: a de que só se poderia falar propriamente em concessão se o objeto delegado ao particular se enquadrasse no rol de atividades monopolizadas pelo Estado, ou seja, atividades que não apenas devam ser prestadas pelo Poder Público, mas que, sem a formal delegação de seu titular exclusivo, não podem ser prestadas pelos particulares³¹⁸.

E na medida em que o objeto da concessão administrativa, especialmente aquela em que a Administração é usuária direta, não se enquadra propriamente como atividade exclusiva do Estado, teríamos, assim, que, em verdade, a concessão administrativa não seria concessão propriamente dita.

Parece-nos, porém, que a exclusividade da atividade não é essencial para caracterizar a concessão, bastando apenas que se trate de uma atividade de competência do poder concedente que, embora pudesse executá-la diretamente, entende por bem delegá-la à iniciativa privada por meio da concessão (incluindo-se, aqui, a concessão administrativa)³¹⁹.

³¹⁸ Esse parece ser o entendimento de Francisco Cavalcanti, pelo menos no tocante à diferenciação entre concessão e parceria público-privada, ao afirmar que tal distinção, dentre outras razões, se daria “pelo fato de se poder firmar contratos de PPP referentes a áreas nas quais não há monopólio legal, ou constitucional do Estado para exercício da atividade” (CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessão..., *op. cit.*, p. 258).

³¹⁹ Nesse particular, Celso Antônio Bandeira de Mello admite a titularidade não exclusiva do Estado. Segundo ele: “Em princípio poder-se-ia pensar que o titular *exclusivo* dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais a Constituição não lhe conferiu exclusividade, pois, conquanto as tenha colocado a seu cargo, simultaneamente deixou-as também *liberadas* à iniciativa privada” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público...** *op. cit.*, p. 86).

Com efeito, a existência da concessão não pressupõe a exclusividade de um cometimento público, mas sim a existência de um dever da Administração de ofertar determinada utilidade de interesse público³²⁰. Nesse mesmo sentido MARQUES NETO ao afirmar que “o pressuposto da concessão não é o fato de a utilidade ser exclusiva do poder concedente, mas sim a circunstância de o ente público deter a competência de exercer os direitos e obrigações concernentes àquela utilidade”³²¹.

Nesse diapasão, podemos considerar que o objeto da concessão administrativa poderá não ser enquadrado como uma atividade exclusiva do parceiro público, sem que isso implique em desnaturar o seu caráter concessório.

3.2.4 *A natureza contratual da concessão*

Como mais uma premissa metodológica para se enfrentar a questão da repartição de riscos, é imperioso deixar assentado que se está aqui tomando a concessão patrocinada e a concessão administrativa (e, certamente, a concessão comum), como um modelo de atuação administrativa regulada por meio de contrato.

Evidentemente, de um ponto de vista geral, não se poderia considerar a concessão apenas como uma manifestação contratual do Estado, já que, como salienta Marçal JUSTEN FILHO, trata-se de um “instrumento de implementação de certas políticas públicas” e de uma “alternativa para a realização de valores constitucionais fundamentais”³²².

Não obstante, ainda que sob uma perspectiva mais restrita, é inegável que a concessão se materializa por meio de um contrato³²³. Resta saber, então, se isso seria suficiente para inferir a sua natureza contratual. Vejamos, então.

A doutrina brasileira costuma indicar pelo menos três linhas de pensamento acerca da natureza jurídica da concessão: (i) a contratualista; (ii) a unilateralista; e (iii) a eclética ou mista. A tese contratualista compreende, ainda, aquela que privilegia a visão privatística, de um lado, e, de outro, a que compreende a concessão como um contrato de direito público.

³²⁰ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos...** *op. cit.*, p. 58.

³²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 132.

³²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos...** *op. cit.*, p. 58.

³²³ Nesse sentido, tanto o art. 4º, da Lei 8.987/95 quanto o art. 2º, *caput*, da Lei 11.079/2004 ressaltam a natureza contratual da concessão.

Não seria o caso, aqui, de discorrer sobre cada uma dessas linhas de pensamento. De todo modo, para os fins do presente trabalho, é suficiente destacar a relativa predominância da tese contratualista (sob o prisma publicista), tanto do ponto de vista doutrinário, quanto legal, malgrado a existência de opiniões doutrinárias atuais advogando a tese eclética ou mista, a exemplo do que fazem Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO³²⁴ e, mais recentemente, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO³²⁵.

Com efeito, este último autor defende a tese segundo a qual a concessão (de serviço público) possui natureza dúplice, ou seja, de ato unilateral quanto às cláusulas regulamentares e de ato negocial no tocante às cláusulas econômicas.

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário³²⁶.

Haveria, assim, um “ato prévio e determinante, do Poder Público seguido de um negócio jurídico (um contrato)”.

Embora tal posicionamento pareça refletir uma realidade objetiva, ou seja, a de que boa parte da disciplina dos serviços públicos a serem delegados esteja materializada em leis formais e em instrumentos normativos infralegais expedidos unilateralmente pela Administração, peca por um aspecto fundamental: sem o concurso de vontades entre poder público e o particular, materializado num contrato, não há, verdadeiramente, concessão.

Com efeito, todos os atos prévios e necessários à existência da concessão, de responsabilidade do poder concedente, por si só, não importam na existência da concessão (do contrário, teríamos a imposição unilateral da delegação, prescindindo-se a expressa aquiescência do particular). Podemos dizer que tais atos da Administração são condições necessárias, mas não suficientes para a existência da concessão.

Não há, assim, verdadeiramente, uma separação entre ato administrativo (ato-condição) e contrato. A concessão é, simplesmente, contrato.

³²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A natureza jurídica da concessão de serviço público. In: **Revista de Direito Público – RDP**, v. 19, São Paulo, RT, p. 9-36, jan./mar. 1972, p. 32-35.

³²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...** *op. cit.*, p. 711-713.

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 711.

Mário Masagão, em sua obra clássica a respeito da natureza jurídica da concessão editada em 1933, asseverou:

149 – É certo que os órgãos da entidade concedente praticam atos administrativos, antes que a concessão se perfeça. Assim, o órgão legislativo a declara permitida, fixa-lhe por vezes os termos gerais, autoriza o executivo a contratá-la. Este, por sua vez, costuma precisar cláusula e detalhes, e, sendo caso, abrir concorrência para escolha do particular que, aceitando o negócio, maiores vantagens ofereça, inclusive quanto à idoneidade. Algumas vezes, um decreto, um declara mesmo que a concessão fica outorgada, nos termos da proposta do concessionário. Obtido, de uma forma ou de outra, o acordo de vontades, surgiu o contrato, que se vai concretizar no competente instrumento.

150 – Mas nem por isso a concessão se compõe de ato e de contrato. É apenas contrato.

151 – Quaisquer que sejam os atos administrativos acima aludidos, eles não passam de uma destas coisas:

a) autorização dada por um a outro órgão do poder público, para que fique apto a realizar o contrato.

b) fixação das cláusulas, em que a *concessão* se há de basear.

c) manifestação de vontade do ente público, quanto à outorga da *concessão*³²⁷.

Assim, poderá existir uma lei autorizando a concessão³²⁸, delimitando os aspectos gerais do serviço e os objetivos a serem alcançados; pode ser editado o respectivo ato regulamentar, poderá ser iniciado o processo para concessão, com as devidas justificativas da decisão de delegar, conforme exigido por lei. Poderá mesmo ser escolhido o concessionário, após a conclusão e homologação do procedimento licitatório. Não obstante, sem a assinatura do instrumento que formaliza a existência do contrato não há, ainda, concessão³²⁹.

O fato de existir uma regulação do serviço concedido por meio de prévios atos unilaterais da Administração não infirma a natureza contratual da concessão. Até porque tais

³²⁷ MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 91-92.

³²⁸ Como lembra Floriano de Azevedo Marques Neto, “Há concessões cuja outorga depende de prévia autorização legislativa, como ocorre com algumas concessões de serviços públicos (cf. art. 2º da Lei nº 9.074/1995) ou concessões de uso de bens públicos, como a de terras de área superior a 2.500 hectares (art. 188, §1º, da CF)... Essas exigências de prévia lei estão longe de ser de constitucionalidade pacífica, pois bem se pode entender que a decisão de conceder ou não, de contratar ou não integra a função precípua da administração (logo, do poder executivo) e que sua submissão à decisão legislativa afrontaria a separação de funções. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**, *op. cit.*, p. 144, nota de rodapé nº 611).

³²⁹ De acordo com Themístocles Brandão Cavalcanti: “A teoria da concessão como contrato de direito público é a mais lógica e de acordo com a realidade. A natureza contratual da concessão se nos afigura manifesta porque a sua existência e obrigatoriedade decorrem de uma dupla manifestação da vontade, do poder concedente e do concessionário. É indispensável, assim, o acordo de vontades. Pouco importa que hajam cláusulas obrigatórias, decorrentes de normas gerais e impessoais, ditadas pela lei, preexistentes, e às quais se acham subordinadas as autoridades administrativas na estipulação das cláusulas contratuais” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *op. cit.*, p. 356).

normas regulatórias só poderão ser impostas ao particular a partir do momento em que exista a sua anuência expressada por meio de um contrato, que, em última análise, incorporará tais regramentos como cláusulas necessárias (ainda que formalizadas em instrumento apartado).

O fato de as condições de contratação terem sido unilateralmente estabelecidas pela Administração, sem a participação do contratado, não desnatura a natureza contratual – como afirma Edmir Netto de ARAÚJO, para a caracterização do contrato não é necessária a existência de “liberdade de discussão das cláusulas”, sendo suficiente a “liberdade de aceitação das estipulações” (tal como se verifica, por exemplo, nos contratos de adesão)³³⁰.

Nem mesmo a mutabilidade das chamadas cláusulas de serviço ou regulamentares (que para BANDEIRA DE MELLO não têm natureza contratual) pode ser invocada em favor da tese eclética.

Primeiro, porque essa mutabilidade unilateral de cláusulas contratuais não é exclusividade dos contratos públicos, podendo ser encontrada, também em contratos privados³³¹. Daí não ser correto entender que, pelo simples fato de poderem ser alteradas unilateralmente, as chamadas cláusulas regulamentares não integrariam a estrutura contratual da concessão, como se esse poder de alteração unilateral significasse algo incompatível com a noção de contrato³³².

Segundo, essa própria possibilidade de alteração contratual unilateralmente pela Administração constitui também ponto de aquiescência do contratado, de tal sorte que, aceitando as condições previamente estabelecidas pela Administração (tal como constante do edital de licitação e da minuta do futuro contrato), o particular está anuindo, também, com a possibilidade de alteração unilateral dessas condições contratuais, desde que assegurado o equilíbrio econômico-financeiro³³³.

³³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 713.

³³¹ Por exemplo, os arts. 483, 633 e 835, todos do Código Civil.

³³² Nesse particular, Maria João Estorninho deixa claro que: “Já não é, assim, correcto considerar a possibilidade de modificar o contrato administrativo e de o adaptar às alterações de circunstâncias como algo exorbitante em relação ao Direito Privado e específico dos contratos administrativos”. E mais adiante, completa: “O único aspecto que pode ainda eventualmente ser considerado exorbitante, em relação ao Direito Privado, já não é a possibilidade de introduzir modificações às cláusulas contratuais, nem sequer a faculdade de o realizar de forma unilateral, mas apenas o facto de a Administração o poder fazer independentemente de previsão legal ou acordo das partes” (ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 136-138).

³³³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *op. cit.*, p. 715.

Some-se a isso o fato de que a alteração unilateral promovida pela Administração demandará a necessária readequação da equação econômico-financeira, de tal modo a manter a proporção de encargos e benefícios inicialmente ajustada entre as partes, o que, por seu turno, implicará em alteração (consensual) dos termos do contrato (as chamadas cláusulas financeiras do contrato administrativo).

Ademais, o posicionamento doutrinário defendido por BANDEIRA DE MELLO não encontra respaldo nem na Lei 8.987/95 (art. 18, incisos I, II, VII, XIV e art. 23, incisos I, II, III, V), nem tampouco na Lei 11.079/04 (art. 5º e art. 11).

Isso nos leva necessariamente a concluir pela natureza contratual da concessão³³⁴.

Cumprir destacar que o contrato administrativo e o contrato de direito privado não são institutos tão antagônicos assim como se poderia inicialmente supor. Isso não quer dizer, de modo algum, que não se submetam a regimes jurídicos específicos e inconfundíveis. Não obstante, tanto os contratos públicos quanto os privados guardam relação com a noção geral de contrato, tal como estabelecida pela teoria geral do direito³³⁵.

Por outros termos, o contrato administrativo não escapa de uma necessária relação com a noção geral de contrato, enquanto categoria jurídica³³⁶.

Nesse sentido, José CRETELLA JR., tratando dos reflexos do direito civil sobre o direito administrativo, deixa clara a ideia de que o contrato não se constitui um conceito exclusivo do direito privado, mas sim uma categoria jurídica, ou um “conceito da teoria geral do direito”, comportando diversas modalidades, tais quais as verificadas tanto no âmbito do

³³⁴ A doutrina majoritária parece aceitar, sem maiores contestações, a tese contratualista. Nesse sentido: Edmir Netto de Araújo, Themistocles Brandão Cavalcanti, Mário Masagão, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho, Floriano de Azevedo Marques Neto.

³³⁵ Tanto é que a própria Lei 8.666/93, reconhecendo tal realidade, prescreve no *caput* do seu art. 54 que “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

³³⁶ Como afirma Jean-Louis Bergel, “todo sistema conceptual implica distinções e comparações entre as noções que utiliza e as realidades ou fenômenos que encontra. Assim, os juristas são conduzidos a estabelecer *categorias jurídicas*, ou seja, conjunto de direitos, de coisas, de pessoas, de fatos ou de atos que têm entre si traços comuns característicos e obedecem a um regime comum. As categorias são os ‘rudimentos da ciência do direito’ cuja ‘matéria elementar’ é formada por elas” (BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 252). Tomamos, aqui, com base em CRETELLA JR., a noção de categoria jurídica como sendo aquelas figuras jurídicas que, assumindo feições gerais, com pretensão de universalidade, não estão comprometidas com um ramo jurídico específico, sendo comum, portanto, a todos eles, sejam aqueles do direito público, sejam os do direito privado (CRETELLA JR., José. As categorias jurídicas e o direito público. In: **Revista da Faculdade de Direito - USP**. São Paulo, v. 62, n. 2, 1967, p. 214).

direito privado (notadamente aquelas disciplinadas pelo direito civil), quanto aquelas encontradas na seara do direito público (direito constitucional e direito administrativo)³³⁷.

Não por outra razão CRETELLA JR., afirma que “existem numerosos princípios que foram estabelecidos, fixados e desenvolvidos no domínio do direito privado, mas que por sua natureza não são princípios do direito privado, porém, princípios gerais do direito”³³⁸. No mesmo sentido, Mário MASAGÃO, ensina que o conceito de contrato pertence ao âmbito da teoria geral do direito, não se apresentando como figura exclusiva do direito privado³³⁹.

Por seu turno, Fernando Vernalha GUIMARÃES destaca que a figura jurídica do contrato é “categoria genérica erigida a partir da Teoria Geral do Direito que adquire feições diversas segundo o regime jurídico que o recepciona”³⁴⁰.

Cumprе ressalvar, porém que, embora o contrato de concessão, e de um modo geral os contratos administrativos, pertençam à categoria jurídica do contrato, tal como ocorre com os contratos privados, isso não quer significar que inexistam diferenças específicas importantes quanto ao respectivo regime jurídico a que se submetem.

Nesse particular, CRETELLA JR. deixa patente que, partindo-se da categoria contrato (“forma contratual pura”), tanto o direito público quanto o direito privado “poderão acrescentar-lhe os vários requisitos conotativos acessórios, que a flexionarão, matizando-a, no respectivo setor”³⁴¹.

Assim sendo, embora haja um núcleo comum, ou seja, um conjunto de princípios e de noções que caracterizam a relação contratual, seja no âmbito público, seja no privado, como por exemplos, os princípios do *pacta sunt servanda* e da *lex inter partes*, pode haver³⁴² (e no Direito brasileiro há) diferenças importantes quanto ao regime jurídico incidente em cada uma das espécies de contratos: contratos privados e contratos administrativos³⁴³.

³³⁷ CRETELLA JR., José. Reflexos do direito civil no direito administrativo. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 10, jun., 1977, p. 197.

³³⁸ Idem, p. 198.

³³⁹ MASAGÃO, Mário. *op. cit.*, p. 49.

³⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

³⁴¹ CRETELLA JR., José. As categorias jurídicas e o direito público. In: **Revista da Faculdade de Direito - USP**. São Paulo, v. 62, n. 2, 1967, p. 221. Para o referido autor, constitui um equívoco raciocinar o direito público a partir de esquemas do direito privado. Para ele, o pensamento publicista deve partir do “quadro panorâmico das categorias jurídicas, definindo-se a seguir *in genere*, uma a uma, as figuras da ciência e do direito, antes do ingresso na área privatísticas ou na área publicística” (*Idem, ibidem*, p. 216).

³⁴² Dissemos “pode haver”, porque há sistemas jurídicos em que a Administração celebra contratos que praticamente em nada se diferenciam dos contratos entre privados, tal qual ocorre no sistema da *commom law*.

Podemos dizer, assim, que os contratos de parceria público-privada são uma modalidade de contrato de concessão, que, por sua vez, se constitui em espécie de contrato administrativo, submetido ao regime jurídico-administrativo.

Isso implica dizer, com base no que afirma Juarez Freitas, que são contratos “que se aperfeiçoam pela presença da Administração Pública num dos polos da avença formal, dotada de aptidão para promover alterações justas e por interesse público” (a mutabilidade dos contratos administrativos ou o chamado *ius variandi*).

Ademais, quando a administração decide recorrer à concessão para desenvolver uma atividade ou colocar em fruição uma utilidade, ela aceita a necessidade de se alinhar em termos obrigacionais, com um particular que eleja para ser seu contratante. A participação da Administração Pública em uma relação contratual não importa que ela esteja se despojando da autoridade ou renunciando ao poder extroverso. Significa que, para aquele específico cometimento ou para aquela satisfação do interesse coletivo, o Estado entende ser mais eficiente recorrer ao instrumento consensual (obrigacional) do que a mecanismos de autoridade (unilaterais)³⁴⁴.

Há, pois, a incidência de princípios de Direito Público (que se traduzem em prerrogativas e sujeições), tendo em vista a existência da Administração como contratante e o seu dever de tutelar e efetivar o interesse público (o bem comum, ou “bem de todos” de que fala o art. 3º, IV, da CF) e os direitos fundamentais³⁴⁵.

Cumprir destacar que a concessão, e em especial, as parcerias público-privadas, estabelece entre as partes um “vínculo associativo de longo prazo entre concedente e concessionário, por meio do qual ambos se associam em parceria para ensejar um objeto comum, malgrado com objetivos distintos”³⁴⁶.

De toda sorte, no Direito brasileiro, e no Direito europeu continental de um modo geral, especialmente a partir das noções desenvolvidas pelo Conselho de Estado francês e que dariam origem à noção específica de contrato administrativo, há diferenças sensíveis quanto ao regime jurídico dos contratos administrativos, face aos contratos celebrados entre particulares.

³⁴³ E mesmo quanto a estes últimos, não seria totalmente incorreto considerar, como o faz Carlos Ari SUNDFELD, que não há um regime jurídico unitário em matéria de contratação pública, mas uma “confederação assimétrica de regimes singulares”, havendo “todo um catálogo de leis sobre as contratações estatais, com âmbitos bem variados de aplicação – algumas para todas as entidades estatais, ou quase, e outras setoriais – e com soluções específicas” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 161 e 169). Aliás, no mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto, ao falar da “maldição do regime único” ao qual nos referimos anteriormente (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, Ano XXIX, n. 107, dez. 2009, p. 77-78) e, de certo modo, com a sua noção de “módulos contratuais”, Fernando Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, especialmente p. 236 e segs.).

³⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...** *op. cit.*, p. 143.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2015, p. 140.

³⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**, *op. cit.*, p. 149.

Ademais, a relação estabelecida pelo contrato de concessão não se encerra nas obrigações entre o poder concedente e o concessionário. Ao contrário. O pacto concessório dá gênese a inúmeros contratos que transcendem a esfera jurídica dos contratantes originários, atingindo terceiros que, de algum modo, se vinculem à concessão: usuários, financiadores, empreiteiras, prestadores de serviço, seguradoras etc. A relação que se forma a partir do contrato de concessão é, portanto, bastante complexa³⁴⁷.

Por outro lado, nas concessões patrocinada e administrativa, a repartição objetiva de riscos é cláusula essencial ao contrato, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei 11.079/04, que determina o estabelecimento de regra contratual que preveja “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Desse modo, podemos concluir que a disciplina da repartição de riscos em contratos de parceria público-privada é matéria eminentemente contratual, sujeita, no entanto, a certas condicionantes normativas, sejam regras de nível legal, sejam princípios de estatura constitucional, dentre os quais é de se destacar o princípio da eficiência, que será abordado mais adiante³⁴⁸.

3.3 Disciplina normativa dos riscos nas contratações públicas em geral, nas concessões comuns e nas parcerias público-privadas

3.3.1 Disciplina do risco pela Lei 8.666/93 e pela Lei 12.462/13

A Lei 8.666/93 não traz uma disciplina específica acerca dos riscos nas contratações administrativas, estabelecendo, apenas, uma disciplina dos efeitos econômicos que a

³⁴⁷ Não por outra razão, Juarez Freitas afirma que “a PPP é *contrato* entre parceiros público e privado (numa relação jurídica plurilateral: poder concedente, concessionário, usuário e regulador)...” (FREITAS, Juarez. *Parcerias público-privadas...*, *op. cit.*, p. 2).

³⁴⁸ André Guskow Cardoso destaca os seguintes pressupostos jurídicos para alocação de riscos: (i) as imposições do princípio da eficiência; (ii) a continuidade do serviço público e a dignidade da pessoa humana; (iii) a segurança jurídica e a transparência (CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 272-275. Não cabe nos limites do presente trabalho a análise pormenorizada de todas as condicionantes de natureza jurídica que deverão ser consideradas para a repartição de riscos. Fixaremos a atenção na análise do princípio da eficiência e suas implicações jurídicas e econômicas para a repartição de riscos em parcerias público-privadas.

ocorrência de determinados riscos acarreta para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo³⁴⁹.

Assim, a regra da intangibilidade da equação econômico-financeira encontra tutela explícita na Lei 8.666/93 ao tratar da prorrogação de prazos contratuais (art. 57, §1º³⁵⁰), ao referir-se à prerrogativa da Administração de alteração unilateral do contrato (art. 58, I e §2º³⁵¹ e art. 65, §6º³⁵²), e, finalmente, ao tratar de forma ampla pela dicção do art. 65, II, “d”³⁵³, tanto das hipóteses de fato do príncipe, força maior e caso fortuito, quanto da hipótese da teoria da imprevisão.

Além disso, o art. 65, §5º³⁵⁴, prevê o reequilíbrio econômico-financeiro na hipótese de criação, alteração ou extinção superveniente de tributos e encargos legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, o que poderá ser feito em favor do contratante ou do contratado, a depender do caso (admite-se, portanto, o reequilíbrio em favor da Administração).

³⁴⁹ CARDOSO, André Guskow. *op. cit.*, p. 259.

³⁵⁰ “§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis”.

³⁵¹ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...)

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

³⁵² “§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”.

³⁵³ “d) 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, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”.

³⁵⁴ “§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

De um modo geral, todas essas hipóteses, uma vez ausente a responsabilidade do contratado ou a sua previsibilidade, implicam a assunção das consequências econômicas da ocorrência do risco (álea extraordinária) pela Administração Pública. Por sua vez, ao contratado caberá assumir os riscos decorrentes de fatos normais e previsíveis da própria atividade empresarial.

Assim, conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, de um modo geral, o particular poderá enfrentar os seguintes riscos ou áleas (além da chamada força maior):

1. álea ordinária ou álea empresarial;
 2. álea administrativa;
 3. álea econômica³⁵⁵.
- } Álea extraordinária

A álea empresarial, ou álea ordinária, segundo a citada autora, “é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responder o particular”³⁵⁶.

Já a álea extraordinária se divide em duas espécies: (i) álea administrativa, que abrange a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe e o fato da Administração; e (ii) álea econômica.

A álea administrativa corresponde a três situações, todas provocadas pela Administração contratante: (i) o exercício da prerrogativa de alteração unilateral do objeto do contrato, dentro dos limites traçados pelo próprio art. 65, da Lei 8.666/93; (ii) a ocorrência de fato da Administração, referente a atos praticados pela Administração, enquanto partícipe de um contrato, que repercutam na equação econômico-financeira do contrato; e (iii) fato do príncipe, que são medidas de ordem geral praticadas pela Administração enquanto Poder Público, e não como parte contratante, que produzem efeitos reflexos nos contratos.

Já a álea econômica diz respeito a “circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão”³⁵⁷. Segundo o dispositivo legal que veicula essa hipótese, são aqueles “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do

³⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 324.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 324.

³⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 324.

ajustado(...) configurando álea econômica extraordinária e extracontratual” que causem um desequilíbrio comprovado no equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado entre as partes.

Em suma, álea econômica “é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”³⁵⁸.

Como se pode notar, o regime de alocação de riscos na Lei 8.666/93 é bastante rígido, não abrindo espaço para a disciplina contratual de modo diverso do esquema legal estabelecido³⁵⁹.

Já a Lei 12.462/13, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratação, trouxe uma previsão específica acerca da partilha de riscos entre as partes, fugindo do esquema rígido da Lei 8.666/93, ao se referir à contratação integrada.

Como é cediço, na contratação integrada atribui-se ao contratado a elaboração do projeto, bem como o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, além da execução das obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, §1º).

Assim sendo, conforme o art. 9º, §4º, na contratação integrada é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto em duas hipóteses trazidas pelos incisos I e II do citado dispositivo: (i) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e (ii) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93.

Como se pode observar, a utilização da contratação integrada implica a atribuição de maior risco ao particular contratado, alterando o quadro de repartição de risco desenhado pela Lei 8.666/93, porquanto apenas se admite o reequilíbrio na hipótese de caso fortuito e quando, a pedido da administração, houver alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação.

³⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 329.

³⁵⁹ CARDOSO, André Guskow. *op. cit.*, p. 261.

Não bastasse isso, a Lei 13.190/15 inseriu um §5º ao art. 9º, da Lei 12.462/13, prevendo expressamente a possibilidade de formulação de uma matriz de riscos:

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

Na mesma toada, a Lei 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, trouxe considerável inovação no tocante às contratações públicas.

Em primeiro lugar, conceituou matriz de risco (art. 42, X) e determinou-a como cláusula necessária para os contratos por ela disciplinados (art. 67, X). Em segundo lugar, vedou expressamente a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada (art. 81, §8º).

Por fim, determinou que nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos (art. 42, §3º), que deverá constar do instrumento convocatório (art. 42, §1º, I, “d”).

Como se pode observar, a legislação relativa à contratação pública vem paulatinamente abandonando a fixação legal rígida de alocação de riscos, permitindo uma maior flexibilidade contratual, fora do esquema legal tradicional que apenas enxerga a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária³⁶⁰.

3.3.2 *Disciplina do risco pela Lei 8.987/95*

De igual modo, a Lei 8.987/95 não trata especificamente dos riscos em concessões, referindo-se, apenas, à ideia segundo a qual o concessionário explora o objeto delegado por sua conta e risco (art. 2º, incisos II e III, e, quanto à permissão de serviço público, inciso IV).

³⁶⁰ No mesmo sentido parece caminhar o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 aprovado naquela Casa e remetido à Câmara Federal, onde recebeu o registro de Projeto de Lei nº 6.814/2017, e que trata da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que prevê a adoção da matriz de risco e da alocação de riscos entre as partes.

A exegese dessa expressão feita pela doutrina, por assim dizer, “tradicional”³⁶¹, adota o entendimento segundo o qual, precisamente por explorar um serviço estatal “por sua conta, risco e perigos”, o concessionário está sujeito aos riscos derivados da chamada “álea ordinária”, ao passo que o poder concedente assumiria os riscos decorrentes da “álea extraordinária”, que se subdividiria em “álea administrativa” e “álea econômica” (teoria da imprevisão), como visto no tópico anterior.

Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, aceitando essa divisão e atribuído ao concessionário a denominada “álea ordinária”, afirma:

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojá-lo em empreendimentos econômicos, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público³⁶².

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao afirmar que

...as **áleas ordinárias** correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987). As **áleas extraordinárias**, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão³⁶³.

Para Héctor Jorge ESCOLA, nos contratos administrativos o particular assume a “álea normal”, própria de qualquer negócio, estando resguardado, apenas, dos efeitos de uma

³⁶¹ Abrangendo aqueles doutrinadores que adotam, em linhas gerais, as lições dos administrativistas franceses que fazem a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, para fins de repartição de riscos em contratos administrativos em geral, dentre os quais podemos citar Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles.

³⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo...* *op. cit.*, p. 742.

³⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...* *op. cit.*, p. 117. Os destaques constam do original.

“álea anormal, que o prive de um lucro razoável, dentro de uma equivalência honesta entre os direitos e as obrigações de cada uma das partes”³⁶⁴.

Essa visão doutrinária faz uma vinculação bastante rígida entre a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (art. 37, XXI, CF) e o sistema de repartição de riscos, de tal sorte que, fora da bipartição “álea ordinária/álea extraordinária” (atribuídos, respectivamente, ao concessionário e ao poder concedente) não seria lícito outro esquema de repartição de riscos eventualmente estabelecido pelo contrato de concessão³⁶⁵.

A noção de exploração do serviço “por conta e risco” do concessionário, nos moldes acima sumariamente descritos, constitui um dos aspectos mais caros para a doutrina tradicional da concessão. Não obstante, tal perspectiva vem ultimamente sofrendo progressiva revisão³⁶⁶.

Marçal JUSTEN FILHO, em análise bastante percuciente acerca da ideia de exploração “por conta e risco” do concessionário, afirma se tratar de uma noção bastante imprecisa, passível de diversas interpretações, chegando mesmo a sugerir o seu abandono³⁶⁷.

Segundo ele, a noção de exploração “por conta” do concessionário não pode ser entendida nem como a assunção da titularidade da atividade delegada, nem tampouco a ideia de que teria o particular “ampla e ilimitada gestão do serviço”. Com efeito, de acordo com o citado autor a “delegação ao concessionário, por via de concessão, não transforma o serviço público em atividade econômica privada em sentido estrito”³⁶⁸.

De certo modo, JUSTEN FILHO estende essa crítica à noção de exploração “sob risco” do concessionário, entendendo, ainda, que os riscos do particular devem ser limitados,

³⁶⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1989, p. 177.

³⁶⁵ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito da aplicação da distinção entre álea ordinária e extraordinária, e da extensão mais limitada dada à primeira no direito brasileiro, comparativamente ao direito francês: “Entre nós, todavia, a noção de álea *ordinária* – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. (...) Tais soluções são obrigatórias em face de nosso direito positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que obras e *serviços* (tanto como compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta’” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...** *op. cit.*, p. 741-742).

³⁶⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 72.

³⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões...** *op. cit.*, p. 332.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 333.

não apenas para adequar-se às especificidades do serviço público, mas também para “prevenir e limitar a probabilidade de insucesso”³⁶⁹.

A ampliação de riscos é diretamente proporcional ao aumento dos custos do empreendimento, ou, por outros termos, quanto maior o nível de risco assumido pelo concessionário, tanto maior a respectiva remuneração demandada. Assim, a partir das noções de análise de **custo-benefício** e de **custos de transação**, JUSTEN FILHO entende que o nível de riscos atribuídos ao concessionário não pode chegar ao ponto de elevar demasiadamente o custo do empreendimento, o que poderia implicar o encarecimento de tarifas ou mesmo a inviabilização da concessão, frustrando-se, pois, o interesse público³⁷⁰.

Esse é o motivo pelo qual a Constituição Federal tutelou a equação econômico-financeira dos contratos administrativos: reduzir os custos de transação, do que derivam efeitos benéficos para a coletividade e cada usuário do serviço público.

Logo, a redução do risco do concessionário de serviço público é uma condição para obtenção do maior número de interessados em participar da licitação e para viabilizar ofertas as mais vantajosas possíveis³⁷¹.

Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO vão mais além. Sustentam que mesmo nas concessões regidas pela Lei 8.987/95 (que não prevê expressamente a repartição de riscos, limitando-se, como já se disse, a repetir a velha fórmula da exploração “por conta e risco” do concessionário), seria admissível a distribuição dos riscos de forma distinta da simples distinção entre álea ordinária e álea extraordinária.

Com efeito, os citados autores entendem que a previsão do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, na medida em que estabelece uma “álea econômica extraordinária e **extracontratual**”, não obsta a livre distribuição de riscos entre o poder concedente e o concessionário³⁷². Dessa forma, prevendo o contrato a distribuição de riscos extraordinários

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 333.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 334.

³⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 334.

³⁷² Segundo afirmam: “Muitos doutrinadores têm lido nesse dispositivo um sistema de distribuição de riscos que, *grosso modo*, implica carrear ao contratado as áleas ordinárias, e ao Poder Público as extraordinárias. Essa interpretação representa a barreira à livre distribuição de riscos nos contratos administrativos, pois pretende predeterminar, juridicamente, a distribuição de riscos do contrato. Todavia, se o fato a ensejar o reequilíbrio tem que ser extracontratual, conforme a dicção do art. 65, II, ‘d’, então, não deveria haver dúvidas de que, contratualmente, se poderia estabelecer a distribuição de riscos que se entender mais eficiente. Ou seja, deveria ser possível dispor contratualmente sobre quaisquer riscos. Não há, a rigor, na Lei 8.666/1993, ou em qualquer outro diploma legal, distribuição de riscos preestabelecida, exceto pelas hipóteses taxativas dos parágrafos do art. 65. E nem poderia ser diferente, pois se trata, sobretudo, de questão de eficiência econômica, e não de juízo de valor que justifique prévia definição em lei” (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP...op. cit.**, p. 45-46).

de forma distinta da Lei 8.666/93, a álea deixaria de ser extracontratual, afastando a incidência do citado art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

Ademais, segundo os mesmos autores, o art. 10 da Lei 8.987/95, ao preceituar que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, estaria permitindo a distribuição de riscos entre as partes, afastando, destarte, a aplicação imediata do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93³⁷³.

Lamentavelmente, o art. 10 da Lei 8.987/1995 tem sido muito mal compreendido pelo senso comum jurídico, que muitas vezes ainda engata a ideia de equilíbrio econômico-financeiro prevista na Lei 8.666/1993 (e o sistema de distribuição de riscos que lhe é apanágio, conforme orientação da maior parte da doutrina) à garantia da manutenção das condições da proposta prevista no art. 37, XXI³⁷⁴.

(...)

Diante do art. 10 da Lei 8.987/1995, para as concessões não deveriam haver quaisquer limitações legais à distribuição de riscos, pois não se aplicam a esses contratos nem mesmo as hipóteses taxativas dos parágrafos do art. 65 da Lei 8.666/1993. A distribuição de riscos e as hipóteses ensejadoras de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependem exclusivamente das disposições contratuais. Apesar disso, uma vez mais, tem-se notado na doutrina resistência quanto a essa interpretação³⁷⁵.

É certo, porém, que a posição mais aberta quanto à repartição de riscos em concessões comuns ainda não é majoritariamente aceita na doutrina, que prefere interpretar a expressão “por conta e risco” com base na repetição de textos clássicos do Direito Administrativo, notadamente de autores franceses³⁷⁶.

Todavia, na prática, diversos contratos de concessão comum têm previsto uma matriz de riscos, efetivando uma repartição de riscos que refoge à distinção clássica entre álea ordinária e álea extraordinária³⁷⁷.

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 42.

³⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 42.

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 46.

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 103.

³⁷⁷ A título exemplificativo, podemos citar o contrato de concessão firmado em 1998 pela Autoban, uma sociedade de propósito específico constituída pela CCR, em que estava prevista uma flexibilização na regra da assunção do risco por força maior pela Administração, afastando essa caracterização, para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável, no Brasil ou no exterior, até o limite dos valores de apólices comercialmente aceitáveis. (BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil: fundamentos e estudo de casos**. São Paulo: Atlas, 2008, p.288).

3.3.3 Disciplina do risco pela Lei 11.079/04

A Lei 11.079/04 trata especificamente da repartição de riscos em pelo menos dois pontos: no art. 4º, inciso VI e no art. 5º, inciso III. Com efeito, no primeiro dispositivo, a Lei erige como uma das diretrizes da contratação de parcerias público-privadas a “repartição objetiva de riscos entre as partes”. Já o segundo dispositivo da mesma Lei coloca como cláusula essencial ao contrato de concessão patrocinada e de concessão administrativa “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

No mais, não há na Lei 11.079/04 dispositivos outros que, direta e objetivamente, versem critérios de repartição de riscos entre as partes. Não obstante, a referência feita pelo art. 3º, §1º da Lei 11.079/04, de aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, integralmente pelo menos com relação à concessão patrocinada, pode trazer o questionamento da aplicação da noção de exploração “por conta e risco” prevista de forma expressa nesta última Lei, com reflexos, por exemplo, relativamente à possibilidade, ou não, de repartição ou compartilhamento do chamado “risco de demanda”³⁷⁸.

Se havia alguma dúvida de que a Lei 8.987/95 permite o compartilhamento de riscos entre as partes contratantes, com a Lei 11.079/04 tais dúvidas foram definitivamente espancadas. Tanto é assim que Marcos NÓBREGA afirma ser a grande novidade da parceria público-privada a possibilidade de o risco empresarial não ser integralmente atribuído ao parceiro privado, admitindo-se, pois, em alguma medida, o compartilhamento com o poder concedente (o que se dá, por exemplo, “através do oferecimento de garantias e consequente desembolso de recursos por parte do poder concedente”)³⁷⁹.

³⁷⁸ Nesse particular, Fernando Vernalha Guimarães assevera: “A expressão ‘por sua conta e risco’ tem sido frequentemente interpretada como uma indicação legal da transferência do risco de demanda ao concessionário. Se é certo que a letra da norma não deve ser desprezada, neste particular, depreendendo-se daí que o legislador desejou que o concessionário seja exposto a um certo nível de risco (traço que historicamente tem diferenciado contratos de concessão de outros modelos de contratos administrativos), parece excessivo extrair desta norma vedação a que o risco de demanda (ou parcela deste) possa ser alocado à responsabilidade do poder concedente em contratos de concessão ou de PPP. A locução ‘por sua conta e risco’ relaciona-se muito mais à autonomia de gestão do concessionário, a qual pressupõe a reserva dos riscos atinentes às escolhas dos meios adequados para a produção dos resultados e das metas esperadas para a concessão, do que propriamente à absorção de riscos específicos pelo concessionário (...) Não é possível afirmar que o concessionário seja, em todos os casos, o único detentor do controle sobre o risco de demanda – o que, de um ponto de vista da racionalidade econômica, justificaria o deslocamento do risco à sua responsabilidade” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alocação de riscos na PPP... op. cit.*, p. 237)

³⁷⁹ NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura... op. cit.*, p. 146.

De qualquer modo, os critérios jurídicos de repartição objetiva de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado deverão ser buscados fora da Lei 11.079/04.

3.4 Insuficiência do tratamento legal acerca da repartição de riscos

A despeito do comando expresso constante do art. 4º, inciso VI e do art. 5º, inciso III, todos da Lei 11.079/04³⁸⁰, inexistem regras legais a serem tomados por critérios gerais de repartição de riscos em parcerias público-privadas, exceto determinações pontuais como as verificadas nos casos de alteração unilateral do objeto, recomposição inflacionária e criação de novos encargos legais ou modificação de alíquota de tributos já existentes, salvo os impostos sobre a renda (arts. 65, §5º, da Lei 8.666/93 e art. 9º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.987/95, aplicáveis por força do art. 3º, §1º, da Lei 11.079/04)³⁸¹.

Por outro lado, convém destacar que a clássica distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, conquanto possa funcionar em contratações submetidas à Lei 8.666/93, não se revela suficiente para atender à complexidade de um contrato de longa duração e à permanente necessidade de adaptação contratual frente ao velocíssimo evoluir tecnológico que tem alcançado, também, a prestação de serviços pelo e para o Estado³⁸².

Observe-se que, diante desse contexto muito complexo, a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público.

A teoria das áleas ordinária e extraordinária ainda que atenua de forma apriorística o risco do concessionário, como acima já constatamos, trata do risco somente pelo seu aspecto “profilático”. Melhor dizendo, dá-se teoricamente solução para prejuízos já existentes e contabilizados. Não há, de parte dessa teoria, preocupações com a formulação de soluções que previnam o prejuízo, o que, certamente, importaria em grandes vantagens econômicas para a administração pública, para o concessionário e para o usuário.

O que acaba ocorrendo é que, em algumas situações, a aplicação da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias não resulta em solução do problema jurídico concreto, mas, ao contrário, gera novos impasses, insegurança e, algumas vezes, cria, até mesmo, novos problemas³⁸³.

³⁸⁰ “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; (...)

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

³⁸¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 236.

³⁸² PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão**... *op. cit.*, p. 113.

³⁸³ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão**... *op. cit.*, p. 115. O autor, de forma bastante feliz, sintetiza as fragilidades e dificuldade que a aplicação da teoria das áleas ordinária e extraordinárias às

Temos, assim, que inexistem regras jurídicas específicas que determinem como devam ser alocados os riscos em parcerias público-privadas. E nem poderia ser diferente.

Um dos aspectos fundamentais acerca da partilha de riscos em parcerias público-privadas é a necessidade de se considerar que cada projeto específico demanda uma lógica própria na repartição de riscos. Como afirma SUNDFELD, “não existe uma divisão natural de riscos”³⁸⁴. Trata-se de uma matéria eminentemente contratual e estabelecida caso a caso, a depender do tipo de empreendimento, de sua viabilidade econômica, da modelagem jurídica e econômico-financeira adotada e assim por diante.

Segundo Marcos NÓBREGA:

Esse ponto é sensível, considerando que no contrato administrativo há princípios basilares da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade, porém, diante de uma nova maneira de encarar o direito administrativo e financeiro, mais aberto às repercussões econômicas das avenças, entendemos que, malgrado a lacuna legal, **há espaço para o estabelecimento de cláusulas contratuais de repartição de risco no contrato administrativo e tal posição repercute a tensão existente no nosso ordenamento jurídico entre eficiência versus estrita legalidade**. Em um ambiente amalgamado pelo princípio da eficiência esculpido no artigo 37 da Constituição Federal, deve a administração se esmerar para extrair do contrato administrativo o máximo de eficiência econômica, atendendo, portanto, as demandas dos agentes na economia³⁸⁵.

Por óbvio, não há como desconsiderar que existam balizas normativas para a disciplina do risco. No entanto, isso se dá muito mais em nível principiológico, servindo tais normas jurídicas como “portas de entrada” de critérios econômicos no âmbito da criação³⁸⁶ e

concessões pode implicar: (i) “não deixa explicitados os riscos efetivos da contratação, criando insegurança às partes, bem como aos eventuais intérpretes do contrato em caso de conflito ou mero controle (juízes, agências reguladoras, ministério público, entre outros)”; (ii) “baseia-se numa divisão abstrata de riscos, igualando, em seus termos, todos os empreendimentos, o que leva a administração pública a deixar de realizar uma análise de economicidade (análise de custo benefício) em função dos riscos de cada concessão e pode conduzir à realização de péssimos contratos”; e (iii) “despreocupa-se, dessa forma, com uma divisão clara e inequívoca dos riscos na contratação e, como consequência disso, com a prevenção à eclosão de prejuízos às partes, arriscando em excesso empreendimentos de grande valor e interesse público”. Salienta, por fim, que a tendência atual é de superação desse problema (p. 132).

³⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas...op. cit.*, p. 41.

³⁸⁵ NÓBREGA, Marcos. ***Direito da infraestrutura...***, *op. cit.*, p. 143-144.

³⁸⁶ Estamos a considerar que o contrato como “negócio jurídico como fato criador de Direito”. Com efeito, segundo Hans Kelsen: “Na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato. O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao

da aplicação do Direito. Nesse diapasão, se sobressai o princípio da eficiência, previsto em nível constitucional no *caput* do art. 37, CF, como um dos princípios da Administração Pública.

negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil. Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 284-285). Deve-se ter em conta, porém, que a “norma jurídica é compreendida por KELSEN como o *sentido objetivo de um ato de vontade*. Esta objetividade decorre da inclusão da norma na ordem jurídica, conforme o apropriado fundamento de validade. Distingue-se o sentido objetivo do ato de vontade do sentido meramente subjetivo que lhe é atribuído pelo indivíduo que o produz (produz o ato), podendo, por certo, tais sentidos (objetivo e subjetivo) coincidir” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo...** *op. cit.*, p. 71).

4 A REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 A incidência de critérios econômicos nas parcerias público-privadas: aproximação entre o Direito e a Economia

O Estado sempre necessitou do concurso dos indivíduos para dar cabo de suas atribuições, como, aliás, procuramos deixar assentado na análise da evolução histórica do instituto das concessões. Não obstante, o modo e a intensidade dessa relação variaram (e variam) consideravelmente, a depender não só das estruturas jurídicas existentes, mas principalmente do arcabouço econômico o que, em última análise, diz respeito ao próprio modelo de Estado.

De todo modo, na atualidade, a necessidade premente de infraestrutura e a escassez considerável de recursos públicos (e as limitações fiscais existentes), levam o Estado a uma necessidade quase que vital de recorrer à iniciativa privada, com o fim de implantar projetos fundamentais que demandam o aporte de vultosos investimentos.

Assim, os modelos jurídicos a serem utilizados pelo Poder Público deverão estar carregados não só de instrumentos típicos que tenham por escopo a persecução e efetivação do interesse público (o chamado “regime jurídico administrativo”, tão caro aos administrativistas), mas também, e principalmente, de mecanismos econômicos que possibilitem a criação de incentivos para atrair a iniciativa privada. Há que se empreender, portanto, uma necessária aproximação entre o Direito e a Economia.

Neste particular, a estrutura normativa das parcerias público-privadas, tal como feita pela Lei 11.079/04 (e como não poderia deixar de ser) levou em conta aspectos econômicos, prevendo mecanismos que têm por finalidade principal a criação de incentivos aos agentes privados e a maximização da eficiência.

Um desses mecanismos de natureza econômica, sem dúvida, como já o dissemos acima, é o da repartição objetiva de riscos entre o parceiro público e o parceiro-privado, que, pela lógica da Lei 11.079/04, se afastada lógica tradicional e rígida segundo a qual, quanto ao risco em concessões, haveria apenas dois aspectos a serem considerados: (i) exploração por conta e risco; e (ii) repartição entre riscos ordinários e riscos extraordinários (Teoria das Áleas).

Diante desse contexto, e para levar a efeito tal intento de aproximação do Direito Administrativo e da Economia, as bases teóricas da chamada Análise Econômica do Direito (AED) são imprescindíveis.

É importante deixar claro mais uma vez que não se está aqui a adotar uma metodologia específica de Análise Econômica do Direito. Pretende-se tão-somente assentar que a repartição objetiva de riscos em parcerias público-privadas não pode ser realizada sem recorrer às noções da economia. E nesse particular, o instrumental teórico oferecido pela AED ganha relevo. De toda sorte, os conceitos que serão vistos adiante estão mais relacionados à visão da Nova Economia Institucional³⁸⁷.

Seja como for, de acordo com Jairo SADDI, o pressuposto fundamental da AED, seja qual for a corrente que se adote, é, em certa medida, o mesmo: “aplicação linear de uma análise microeconômica do Direito”³⁸⁸. Para tanto, segundo o citado autor, três são as premissas: (i) a maximização racional das necessidades humanas; (ii) indivíduos reagem a incentivos; e (iii) as regras legais devem ter por finalidade a eficiência do sistema social³⁸⁹.

No primeiro caso, os agentes econômicos são, por definição, “maximizadores racionais de satisfação”, o que significa dizer, que suas escolhas serão feitas por um balanço entre custos e benefícios a fim de sempre chegar à alternativa mais eficiente.

Esta premissa leva à inevitável conclusão de que indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho, seja de qualquer outra natureza) se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo³⁹⁰.

³⁸⁷ É certo que a AED constitui um campo de estudos com diversas correntes, dentre as quais podemos citar: (i) a Escola de Chicago: talvez a primeira corrente da AED, em linhas gerais, aplica ao direito as teorias da economia neoclássica (que, por sua vez, se funda na racionalidade ilimitada do agente e na maximização dos interesses), com o fito de descrever, ou prescrever, como as normas legais influenciam, ou devem influenciar, a alocação dos recursos e os resultados; (ii) a Teoria Neoinstitucionalista ou Nova Economia Institucional (NEI): rompe com a economia neoclássica (concebendo o agente com a racionalidade limitada), centra seus estudos no papel das instituições na econômica e na relevância dos custos de transação; (iii) a Teoria da Escolha Pública, que centra seu foco na análise econômica das instituições públicas e dos processos políticos (Estado, sistema eleitoral e partidário, burocracia estatal, políticas públicas etc.); e (iv) a Escola de *Yale-New Haven*, com claras influências liberal-progressistas, que vislumbra o Direito como meio de regulação das atividades e de concretização de políticas públicas. Seja como for, a abordagem aqui realizada leva em conta os conceitos fundamentais da Nova Economia Institucional, dentre as quais destacamos: (1) racionalidade limitada; (2) teoria da agência; (3) assimetria de informações e condutas oportunistas; (4) custos de transação; (5) contratos incompletos.

³⁸⁸ SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

³⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 89.

³⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 89.

No plano jurídico-contratual, o exemplo tradicional é o da decisão de adimplemento ou não do contrato: havendo previsão contratual de multa considerável por inadimplemento, o devedor irá preferir cumprir a obrigação, porque, no balanço custo-benefício, é a decisão mais econômica, mais racional e, assim, mais eficiente.

Isso leva à segunda premissa, que, assim, decorre da primeira: a maximização da satisfação das necessidades está condicionada aos incentivos que o agente econômico tem para agir. O exemplo anterior deixa isso bastante claro: a imposição de penalidades pecuniárias consideráveis em contratos pode constituir num interessante mecanismo de incentivo a uma determinada conduta da parte devedora: o adimplemento.

Na seara dos riscos em parcerias público-privadas, por exemplo, a transferência de riscos a uma das partes sobre os quais não tenha ela, e nem possa tê-lo, qualquer tipo de ingerência e controle constitui um incentivo à precificação dos custos desses riscos, encarecendo, assim, o preço final do contrato, além de constituir um incentivo à não-adoção de qualquer medida para evitar ou mitigar tais riscos.

Por derradeiro, a terceira premissa: as normas jurídicas devem ter por finalidade a eficiência. O que se entende por eficiência, porém, e em que medida sua aplicação é possível na seara do Direito Administrativo, é questão a ser vista no item que se segue.

4.2 O princípio da eficiência e sua incidência nas parcerias público-privadas

De acordo com Fernando Vernalha GUIMARÃES, a repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas é um dos mais importantes mecanismos regulatórios que induzem à eficiência contratual³⁹¹. Por outros termos, e sem descuidar da necessidade de observância de outros princípios que regem a atividade administrativa, podemos afirmar que um dos principais nortes para a adequada repartição de riscos entre as partes contratantes de uma parceria público-privada é a busca pela eficiência contratual.

Ocorre que, como lembra José Afonso da SILVA, a noção de eficiência é antes econômica do que jurídica³⁹², o que leva à necessidade de analisar o conteúdo do princípio da eficiência, alçado ao nível constitucional como um dos princípios da Administração Pública e

³⁹¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceira público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 299.

³⁹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 342.

as suas implicações, notadamente a abertura para a aplicação de critérios econômicos para a repartição eficiente de riscos.

O princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional por meio da EC 19/98, passando a constar do rol dos princípios constitucionais expressos da Administração Pública inscritos no *caput* do art. 37, CF, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Alexandre Santos de ARAGÃO nos lembra que o princípio da eficiência não infirma nem contradiz o princípio da legalidade, mas, ao contrário, qualifica-o na medida em que institui uma nova lógica à legalidade, que não se contenta com o aspecto meramente formal, subsuntivo, mas demanda a efetivação de resultados práticos – uma “legalidade finalística e material”³⁹³.

Não é fácil, porém, a caracterização e a determinação do grau de densificação do princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública.

Num sentido amplo, a eficiência “expressa o mandamento constitucional de se maximizar a persecução do bem comum”, o que demanda a “síntese equilibrada dos interesses públicos e a otimização da relação meio/fim, em observância aos vários aspectos da ideia nuclear de eficiência”³⁹⁴.

Para Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, o princípio da eficiência deve ser entendido como “o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando para tanto, com o menor custo”, ressaltando, pois, os aspectos de eficácia e de economicidade que estão compreendidos no conceito de eficiência³⁹⁵.

Com base na doutrina italiana de Sandulli, NOBRE JÚNIOR afirma que a economicidade compreende o “emprego racional dos recursos disponíveis”; a eficácia diz respeito a uma ação idônea voltada à obtenção de determinados resultados; e, por fim, a eficiência, como síntese da economicidade e da eficácia, representa “o balanço entre os custos

³⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos...** *op. cit.*, p. 343.

³⁹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 176.

³⁹⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 241, Rio de Janeiro, FGV, jul./set. 2005, p. 220.

dispendidos e as vantagens alcançadas, cabendo a existência de saldo favorável a estas últimas (balanço e custo-benefício)³⁹⁶.

Juarez FREITAS, por seu turno, aparta as noções de eficiência, economicidade e eficácia, remetendo, cada uma delas, a um dispositivo específico da Constituição Federal (respectivamente, arts. 37, *caput*, 70 e 74, todos da CF). Assim, segundo ele, o princípio da eficiência seria uma vedação de meios inapropriados; o da economicidade, uma vedação de desperdício; e o princípio da eficácia, uma vedação do descumprimento de objetivos ou metas constitucionais³⁹⁷.

No entanto, essa visão de eficiência apenas como utilização dos meios adequados para o cumprimento das tarefas administrativas parece-nos bastante limitadora da real extensão da noção abarcada por esse princípio. O fato de haver outros dispositivos constitucionais que tratam de aspectos específicos da eficiência (economicidade e eficácia) não tem o condão de justificar essa visão restritiva.

Ademais, o princípio da eficiência, embora positivado pela EC 19/98, não é uma novidade no sistema jurídico brasileiro, podendo ser considerado até a edição da referida Emenda, um princípio implícito, derivado inclusive da economicidade e da eficiência, previstos, respectivamente, nos arts. 70 e 74, CF/88 (dispositivos que constavam da redação original da Carta de 1988, tal como promulgada).

Há que se considerar, ainda, que não se pode falar propriamente em atuação eficiente se, embora os meios escolhidos pela Administração se revelem adequados e utilizados em tempo razoável, haja um desbalanço injustificável entre os custos e os benefícios; ou vice-versa.

Aliás, a noção de balanço e custo-benefício, ínsita à noção de eficiência, como apontada por NOBRE JÚNIOR, não é novidade no Direito Administrativo. Com efeito, desde 1971, no *leading case* “*Ville Nouvelle – Lille Est*”, o Conselho de Estado francês, por meio do recurso ao princípio “*bilan-coût-avantages*” no contexto do controle de legalidade do ato de declaração de utilidade pública para fins de expropriação, decidiu que:

...uma operação só pode ser legalmente declarada de utilidade pública se os atentados à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os

³⁹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência... *op. cit.*, p. 219-220.

³⁹⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**... *op. cit.*, p. 110.

inconvenientes de ordem social que ela comporta não forem excessivos em relação ao interesse que ela apresenta³⁹⁸.

Assim, consoante Fernando Alves CORREIA, o Conselho de Estado estabeleceu um cotejo entre as vantagens e os inconvenientes de um determinado projeto cuja realização dependia da efetivação de desapropriação de propriedade particular, procedendo, assim, a uma análise custo-benefício (*cost-benefit analysis*)³⁹⁹. Tal orientação foi posteriormente confirmada por diversos outros arestos do Conselho de Estado, deixando evidente, portanto, que a análise custo-benefício, inclusive quando em jogo não só aspectos financeiros, mas sociais e de interesse público, é inerente à atividade administrativa⁴⁰⁰.

Neste particular, vem a calhar as observações de Richard POSNER acerca da análise custo-benefício, para quem se trata de um método bastante produtivo do ponto de vista pragmático, servindo, de resto, para análise de qualquer objetivo (o autor citado dá o exemplo da possibilidade de análise do custo-benefício dos mecanismos de defesa do interesse e do bem-estar das minorias)⁴⁰¹. E acrescenta:

... os defensores da análise de custo-benefício apresentaram argumentos pragmáticos persuasivos (com enfoque principalmente na regulamentação do risco) em favor da tese de que esse tipo de análise pode melhorar a qualidade das decisões no âmbito do Estado. (...)

Nenhum dos trabalhos em que o autor considera inaceitável a aplicação da análise de custo-benefício às questões nas quais ele tem mais interesse sugere uma opção superior para a avaliação das políticas públicas. Duvido que qualquer um deles fosse a favor de juízos políticos *arbitrários*. Em uma grande variedade de decisões acerca de questões de interesse público, a análise de custo-benefício é inevitável⁴⁰².

³⁹⁸ No original: “...qu’une opération ne peut être légalement déclarée d’utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvenients d’ordre social qu’elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l’intérêt qu’elle présente” (LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. Paris: Dalloz, 2001, p. 625).

³⁹⁹ CORREIA, Fernando Alves. **As garantias do particular na expropriação por utilidade pública**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 183.

⁴⁰⁰ De acordo com Edilson Pereira Nobre Júnior: “Graças ao acervo do Prof. Raimundo Nonato Fernandes, emérito titular da cátedra de Direito Administrativo da UFRN, podemos constatar dita orientação sendo ratificada nos arestos seguintes: *Aresto Guillet* (16.01.1976), *Dumas* (10.03.1976), *Pourtier* (decisão em Assembleia, 28.11. 1975), *Demoiselle Branc* (26.11.1975), *Mangin* (12.12.1975), *Legagneux* (28.01.1976), *Hugon* (17.12.75) e *Époux Bigois* (07.01.1976). Idem nos julgados *Groupement forestier de Murat* (22.07.1977), *Dame Pothier* (01.07.1977), *Comité de défense des intérêts saintais* (04.11.1974), *Époux Willm* (01.07.1977), *Gloeckler* (01.07.1977), *Girard* (24.06.1977), *Consorts Tacher* (18.11.1977), *Syndicat des Palvdiens* (07.10.1977), *Collin* (17.06.77), *Rezeau* (06.07.1977) e *Ministre de l’Équipement c. Weber* (09.12.1977), com a ressalva de não caber à autoridade do contencioso administrativo pronunciar-se sobre a escolha feita pelo administrador quando há mais de uma opção para ser realizada a utilidade pública” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 95).

⁴⁰¹ POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 136.

⁴⁰² *Idem*, *ibidem*, p. 136-137.

De todo modo, o princípio da eficiência tem sido abordado pela doutrina administrativista mais pelo ângulo do funcionamento da máquina estatal do que propriamente pelo viés da eficiência econômica⁴⁰³. Há autores que preferem mesmo falar em eficiência ou eficácia administrativa, partindo do pressuposto de que a maior eficiência econômica significa privilegiar a busca do lucro, objetivo que, embora justificável na iniciativa privada, não encontra guarida no âmbito das atividades administrativas típicas⁴⁰⁴.

Ora, em primeiro lugar, há que se considerar que a relação entre o Direito e a Economia não é de antagonismo ou de causalidade condicionante, mas de **interação** constante e recíproca. Não por outra razão, Rudolph STAMMLER considerou que a **forma** dos atos humanos é **jurídica**, mas o seu **conteúdo** é econômico⁴⁰⁵.

E essa vinculação necessária entre o jurídico e o econômico não cai por terra quando estamos a falar do Direito Público e, em particular, do Direito Administrativo que também tem de lidar com escolhas frente a recursos escassos, muito embora com objetivos outros, ditados pelas finalidades públicas subjacentes às normas legais e constitucionais que lhes dirigem a atuação⁴⁰⁶.

⁴⁰³ CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas.... *op. cit.*, p. 272. No mesmo sentido, Noel Antônio Baratieri, ao afirmar: “Assim, toda a estrutura administrativa brasileira deverá voltar-se à promoção da eficiência organizacional e funcional, a fim de ser cumprida a sua missão constitucional, que é assegurar, mediante políticas públicas, a cidadania (artigo 1º, II, CRFB/1988) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, CRFB/1988) no âmbito nacional” (BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138).

⁴⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**... *op. cit.*, p. 205.

⁴⁰⁵ *Apud* REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21 (Reale se refere à obra “Economia e Direito” escrita por Rudolf Stammler no início do século XX com o fito de combater o materialismo histórico, refutando Marx ao afirmar que não é a economia que determina o direito, mas o direito que constrói a economia). No mesmo sentido, Ricardo Antônio Lucas Camargo, segundo o qual: “Nenhum dos clássicos da Economia Política – seja Adam Smith, seja David Ricardo, seja Thomas Malthus, sejam James ou John Stuart Mill, seja Bentham, só para ficarmos nos autores liberais – nenhum dos fundadores da Economia Política deixou de reconhecer a presença do componente jurídico nos fatos econômicos, tendo em vista a constante referência a criaturas próprias do direito – negócios, propriedade, moeda, tributo -. Entre nós, os maiores juristas do século XIX e início do século XX, exemplificando apenas com Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua, têm passagens notáveis no sentido de apontar para o papel da legislação civil na operacionalização da vida econômica” (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Economia política para o curso de direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012, p. 228). Pro sua vez, segundo Richard Posner, a relação entre direito e economia já era conhecida desde pelo menos o século XVIII, com a discussão hobbesiana sobre a propriedade. Ademais, David Hume e Adam Smith já discutiam as funções econômicas do direito (POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**... *op. cit.*, p. 6).

⁴⁰⁶ Não raro, a Administração Pública, ante a escassez de recursos orçamentários, tem de fazer escolhas entre objetivos igualmente imprescindíveis, mas que, apesar disso, devem ser classificados num rol de prioridades. Por exemplo, renunciar à compra de recursos hospitalares mais sofisticados em favor da construção de estradas mais seguras; reduzir o fomento a uma determinada atividade social em prol da aquisição de ambulâncias etc. Como afirma Vasco Rodrigues: “A Economia tem, desde sempre, estreitas relações com a Política. O estudo da

É objeto da análise econômica as decisões tomadas por indivíduos e por coletividades em ambiente de escassez (do contrário, tais escolhas seriam irrelevantes do ponto de vista econômico, vez que uma opção equivocada poderia ser suprida pela disponibilidade ilimitada de bens)⁴⁰⁷.

Em segundo lugar, a ideia de separação conceitual entre eficiência administrativa e eficiência econômica parte do pressuposto de que esta última só se verifica a partir da obtenção de maior lucratividade possível que se possa extrair de uma determinada atividade. Equipara, pois, eficiência e lucro⁴⁰⁸.

No entanto, a noção econômica de eficiência não diz respeito propriamente ao lucro, mas à maximização de uma utilidade⁴⁰⁹, qualquer que seja ela (inclusive o lucro), embora não se possa considerar eficiente uma entidade deficitária, seja pública ou privada. Aliás, como

Economia não se faz por mero desfrute intelectual mas na esperança de que possa contribuir para uma melhor organização da sociedade. Em particular, os economistas são muitas vezes chamados a comparar situações alternativas: por exemplo, a comparar os resultados do funcionamento de um mercado de concorrência perfeita com os de um monopólio; ou os efeitos de regimes fiscais alternativos; ou os de deferentes políticas de promoção de investimento empresarial” (RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2016, p. 24). Certo, porém, que o objetivo da empresa privada é a maximização de lucros, ressaltando-se que “a maximização de lucros é uma visão que se aproxima mais de firmas que resolveram, em boa medida, estes problemas de conflitos de interesses entre os diversos níveis da hierarquia da firma. Possivelmente o dono de uma padaria não verá muita diferença entre maximizar seu lucro ou o valor da padaria. E nem o grande empresário que, competentemente, convenceu seus subordinados da importância do valor da empresa” (ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49).

⁴⁰⁷ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 20-21. Segundo o autor, a “Economia, como ‘ciência da escassez e das escolhas’ fica espelhada numa lapidar formulação de Lionel Robbins: ‘A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos susceptíveis de aplicações alternativas’” (p. 21).

⁴⁰⁸ Robert Cooter e Thomas Ullen, conquanto reconheçam que a maximização dos lucros e a eficiência de Pareto estejam estreitamente relacionadas (e, de fato, estão, não se está aqui afirmando o contrário), destacam que “a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre os valores sociais importantes. A economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro”. Já com relação às empresas, “em vez de falar de eficiência, as pessoas nas empresas geralmente falam sobre lucros”. E completam: “A ‘eficiência social’ de uma transação comercial diz respeito a todos os afetados por ela, e não apenas a suas partes. Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público” (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26. Ademais, mesmo em se tratando de empresas estatais empresariais, há que se reconhecer que o lucro não é, por si só, incompatível com a sua missão social. Nesse sentido: CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes estatais: o lucro é incompatível com a missão social? In: In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 256-269.

⁴⁰⁹ RODRIGUES, Vasco. *op. cit.*, p. 14. Por “maximização”, entenda-se a escolha da melhor alternativa que as restrições permitem (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *op. cit.*, p. 37).

afirma Vasco RODRIGUES, o altruísmo é perfeitamente compatível com a escolha racional⁴¹⁰.

É claro que a utilidade que se verifica no âmbito da Administração Pública não é propriamente subjetiva, como sói ocorrer com os agentes econômicos privados, mas fundamentalmente normativa: o atendimento dos deveres impostos pelas normas em prol da coletividade é, do ponto de vista econômico, a utilidade que se pode atribuir à Administração⁴¹¹.

Assim, para o particular a maior utilidade que possa extrair de um determinado bem para a satisfação de seus interesses poderá ser a aquisição pelo menor preço possível, com o menor custo de transação. Já para a Administração, a maior utilidade poderá ser a aquisição de determinado bem não só pelo menor preço possível, mas também, por exemplo, produzido por microempresa ou empresa de pequeno porte, a fim de dar efetividade às normas que lhes conferem tratamento diferenciado (por exemplo, art. 48, inciso I da Lei Complementar nº 123/06). Aqui, a utilidade não é ditada apenas pelo menor custo possível, mas pelo atendimento de deveres legais de interesse coletivo⁴¹².

A eficiência sob esse prisma quer significar, portanto, que “o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios”, ou seja, procurar fazer com que se possa retirar de tais recursos um “máximo de satisfação”⁴¹³.

É certo, porém, que é problemático saber o nível de satisfação a fim de aferir a eficiência, já que as escolhas envolvem sempre, em maior ou menor medida, um aspecto subjetivo, mesmo em se tratando de escolhas feitas pela Administração, muito embora, neste caso, haja um inafastável dever de motivação pautado pelas finalidades impostas pelo

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 15.

⁴¹¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *op. cit.*, p. 39-40. Diz o autor: “No Direito Administrativo, a noção de utilidade pública também se faz presente, para o efeito tanto de fundamentar hipóteses de desapropriação e de constituição de servidões administrativas como outras medidas voltadas ao benefício da coletividade”.

⁴¹² Ricardo Antônio Lucas Camargo nos oferece um exemplo bastante ilustrativo: “Economicidade: significa a busca da linha de maior vantagem em relação ao caso. E esta maior vantagem pode ser de várias naturezas, muitas vezes se pensarmos no incentivo fiscal, no aspecto contábil, ele seria barbaramente anti econômico, o fisco perde dinheiro (literalmente). Porém, se o incentivo corresponde a um projeto de interesse público, não implica a subtração de receitas para o atendimento de deveres preexistentes e é efetivamente desenvolvido, com a efetiva concreção do que se buscava, aí vê-se atendido esse princípio, porque a renúncia dessa receita deu-se com o fim de ver aquele interesse público atendido” (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *op. cit.*, p. 251).

⁴¹³ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia...** *op. cit.*, p. 38.

ordenamento jurídico (afastando-se, ou pelo menos, reduzindo-se, o subjetivismo do administrador).

Seja como for, a Economia tem buscado critérios objetivos de aferição da eficiência dentre os quais destacamos dois: (i) eficiência de Pareto; e (ii) eficiência de Kaldor-Hicks.

A eficiência de Pareto, também designada de **eficiência alocativa**, segundo Robert COOTER e Thomas ULEN, refere-se à “satisfação de preferências pessoais”. Assim, segundo os autores, diz-se que “uma determinada situação é *Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior”⁴¹⁴.

A eficiência de Pareto trabalha com as noções de **melhoria de Pareto** e de **ótimo de Pareto**. Assim, a alteração de uma situação que beneficia, ao menos, um indivíduo, e não prejudica qualquer outro, é considerada uma melhoria de Pareto, uma vez que “a situação resultante da alteração é *superior* à situação inicial ou *mais eficiente* do que essa situação”⁴¹⁵.

Se dessa primeira alteração puderem suceder outras tantas que mantenham a condição de melhoria de Pareto (pelo menos um ganha, e nenhum perde), chegaremos ao ponto em que “não será possível aumentar a utilidade de mais ninguém sem prejudicar outrem”. Teremos, então, o que se chama de **ótimo de Pareto** ou **Pareto-eficiente**⁴¹⁶.

No entanto, como lembra Vasco RODRIGUES, as situações em que seja possível beneficiar uns sem prejudicar outros são raras, razão pela qual, conclui, “os conceitos de Pareto não são particularmente relevantes”⁴¹⁷.

Para contornar essa dificuldade, vislumbrou-se a aplicação do princípio da compensação, de modo que os ganhadores, ainda que potencialmente, compensem os perdedores (se houver efetivamente a compensação, teríamos a melhoria de Pareto). No entanto, ainda assim, a aplicação desse princípio traz outras dificuldades, especialmente a dificuldade de comparação de utilidades (subjetivas), para que se possa objetivamente estimar a compensação⁴¹⁸.

⁴¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 38.

⁴¹⁵ RODRIGUES, Vasco. *op. cit.*, p. 24.

⁴¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 25.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 26.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 27.

Reconhecendo a insuficiência do critério de Pareto, apontada por Richard POSNER⁴¹⁹, os economistas desenvolveram outro critério objetivo de aferição da eficiência, denominado eficiência de Kaldor-Hicks, ou **melhoria potencial de Pareto**⁴²⁰. Segundo COOTER e ULEN:

Ela é uma tentativa de superar a limitação do critério de Pareto de que só se recomendam aquelas mudanças em que ao menos uma pessoa fique e situação melhor e nenhuma fique em situação pior. Esse critério exige que os ganhadores indenizem explicitamente os perdedores e qualquer mudança. Se não há pagamento explícito, os perdedores podem vetar qualquer mudança. Isto é, toda mudança tem de ser feita por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como orientação para políticas públicas.

Em contraposição a isso, uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem. Se essa condição for cumprida, os ganhadores podem, em princípio, indenizar os perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível em princípio. Esta é, essencialmente, a técnica da análise de custo-benefício. Na análise custo-benefício, um projeto é empreendido quando seus benefícios excedam seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores. A análise de custo-benefício tenta levar em conta tanto os custos e benefícios privados quanto os sociais da ação que está sendo contemplada⁴²¹.

Vê-se, pois, que o critério de Kaldor-Hicks nada mais é do que a aplicação da noção de balanceamento de custo e benefícios (*cost-benefit analysis* ou *bilan-coût-avantages*), tal como exposta anteriormente, noção esta ínsita ao conceito jurídico do princípio da eficiência, conjuntamente com a ideia de eficácia, ou seja, de uma ação idônea para alcançar determinados fins.

Dentro dessa ótica, o princípio da eficiência tem aplicação no âmbito das parcerias público-privadas em diversos pontos.

Em primeiro lugar, a própria escolha da contratação pela Lei 11.079/04 demanda a demonstração da conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada (art. 10, inciso I, “a”, Lei 11.079/04), o que leva à necessidade da demonstração do custo-benefício da adoção da

⁴¹⁹ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: FCE, 2007, p. 39. Segundo o autor: “*Otra objeción contra la superioridad del criterio de Pareto es que tiene pocas aplicaciones en el mundo real porque la mayoría de las transacciones (y si no una sola transacción, entonces una serie de transacciones semejantes) tiene efecto sobre terceros, aunque sólo porque cambian los precios de otros bienes...*”.

⁴²⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 64.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 64-65.

solução da parceria público-privada, inclusive cotejando-se com a solução da execução direta pelo Estado ou por meio de outra modalidade de contratação possível⁴²².

Como lembra Floriano de Azevedo MARQUES NETO, as parcerias público-privadas não se constituem “nem o apanágio para todas as necessidades da Administração Pública” como, igualmente, “não são a manifestação última da destruição do interesse público (seja lá que se entenda por isso)”. Prossegue: “São um mecanismo a mais para permitir a oferta de utilidades públicas aos cidadãos. A opção por um modelo de PPP deverá ser sempre analisada pelo poder público a partir de testes de custo benefício”⁴²³.

Assim, deve ficar demonstrado que a parceria público-privada proporciona à Administração Pública “alguma economia mensurável ou ganho identificado de eficiência”, do contrário, será apenas uma forma de “deslocar gastos presentes para uma necessidade de fluxo de desembolsos futuros”⁴²⁴.

Em seguida, dentre as diretrizes a serem observadas nas contratações de parceria público-privada temos a “eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”, bem como a “sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria” (art. 4º, incisos I e VII, da Lei 11.079/04).

Além disso, o art. 5º, IX, da Lei 11.079/04 prevê que é cláusula necessária ao contrato de parceria público-privada a previsão do “compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”.

Como incentivo à eficiência do contrato, o art. 6º, §1º, da Lei em questão possibilita que o contrato preveja “o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

⁴²² Segundo Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “A conveniência e a oportunidade da contratação devem ser demonstradas por meio da explicitação da finalidade do projeto, dos seus impactos no desenvolvimento econômico regional e/ou nacional, e análise comparativa do projeto com opções funcionalmente equivalentes” (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP**...*op. cit.*, p. 259).

⁴²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29.

⁴²⁴ BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. *op. cit.*, p. 77.

Finalmente, cabe destacar que a alocação de riscos em parcerias público-privadas, tal como prevista no art. 4º, inciso VI (como diretriz) e no art. 5º, inciso III (como cláusula necessária do contrato), todos da Lei 11.079/04, é matéria que deve ser tratada a partir de pressupostos e regras de natureza econômica, e não propriamente por regras jurídicas, uma vez que, como afirma Fernando Vernalha GUIMARÃES, sua racionalidade é “econômica, não jurídica”⁴²⁵.

Aliás, sob essa perspectiva, Floriano de Azevedo MARQUES NETO traça um roteiro de análise de viabilidade econômica das parcerias público-privadas, a saber:

Primeiramente, deve-se avaliar os ganhos em termos de eficiência entre implantar e operar tal utilidade pública diretamente pela Administração, pelos mecanismos contratuais tradicionais (contrato administrativo típico) ou por uma das modalidades de concessão (comum, administrativa ou patrocinada). Este estudo deve ser feito com isenção e responsabilidade. Decidido por um modelo de delegação por concessão, deve-se tentar verificar o ponto ótimo de envolvimento de recursos públicos e privados e as modalidades de remuneração mais aderentes à capacidade de pagamento dos usuários, objetivos de universalização (de acesso e fruição) à utilidade e capacidade de pagamento do poder público. Após isso se deve buscar a melhor alocação dos riscos e obrigações para cada parte, adotando um critério de avaliação econômica objetivo e fundamentado (a chamada matriz de risco). Por fim, será fundamental recorrer a um processo de licitação aberto e apto a selecionar efetivamente a melhor proposta, conseguindo assim assenhorar para o erário ou para o usuário as vantagens da eficiência dos particulares na gestão dos serviços⁴²⁶.

Com efeito, a partir dessa ótica econômica da eficiência, Fernando Vernalha GUIMARÃES afirma que a “submissão da contratação administrativa aos princípios da eficiência e da economicidade impõe aos gestores, encarregados de sua elaboração, o dever de buscar as modelagens mais eficientes possíveis para a concessão”⁴²⁷.

Em sentido idêntico, André Guskow CARDOSO afirma:

O princípio da eficiência impõe que a alocação dos riscos busque a maximização da eficácia da configuração a ser adotada na partilha de riscos. Em outras palavras, o Poder Público não pode atribuir aleatoriamente os riscos em determinado contrato de PPP. Impõe-se a alocação de riscos que produza o resultado mais eficiente possível⁴²⁸.

Por fim, cumpre assinalar que a eficiência, nos moldes acima descritos, não implica a existência de qualquer contradição com outros princípios e valores que a Administração deva

⁴²⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 236.

⁴²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP... *op. cit.*, p. 29.

⁴²⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 239.

⁴²⁸ CARDOSO, André Guskow. *op. cit.*, p. 272.

invariavelmente seguir. Ao contrário. Na análise da eficiência, o que deve ser considerado é a atividade que a Administração deva executar (indiretamente por meio da concessão) com base em todos os princípios e regras, legais e constitucionais, que vinculem o ente público neste particular: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, proporcionalidade, segurança jurídica, continuidade do serviço público, dignidade da pessoa humana, isonomia e assim por diante.

Como bem lembram Márcia Carla Pereira RIBEIRO e Irineu GALESKI JÚNIOR:

O fato dos adeptos da Análise Econômica do Direito se motivarem sempre na busca do ordenamento jurídico ou das decisões judiciais que maximizassem a eficiência rendeu-lhes um sem-número de críticas e é um dos principais óbices para que o método econômico seja inserido na realidade jurídica. Entretanto, de início, calha esclarecer que eficiência e equidade nem sempre estão dissociadas. Ramos explica que a eficácia jurídica, ou seja, a produção de efeitos do fato jurídico, aliada à eficiência, conduz ao melhor atendimento das necessidades sociais. Segundo a autora, a função do Direito para os adeptos da Análise Econômica é distribuir bens e estabelecer critérios para essa distribuição, sempre no intuito de conduzir ao maior índice de satisfação das necessidades sociais⁴²⁹.

Por sua vez, é correto considerar que uma alocação inadequada de riscos leva a uma ineficiência contratual, o que, por sua vez, acarreta (i) a elevação de custos, em prejuízo à economicidade, e (ii) a inadequada prestação do serviço, comprometendo o atendimento ao interesse coletivo.

Especialmente no âmbito das concessões, a Administração Pública não pode desconsiderar aspectos de eficiência econômica, sob pena de estruturar um modelo de contratação insustentável e que, fatalmente, acarretará em enormes prejuízos não só do ponto de vista financeiro (renegociações, reequilíbrio ou até mesmo caducidade ou rescisão, com pagamento de indenização), mas também sob a ótica da qualidade e continuidade na prestação de serviços públicos ou disponibilização de infraestruturas públicas, que se verá frustrada.

⁴²⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: RT, 2015, p. 101.

4.3 Aplicação de critérios econômicos na repartição de riscos em parcerias público-privadas

Conforme dito anteriormente, as concessões têm natureza contratual e a repartição de riscos entre as partes, notadamente no caso das concessões patrocinadas e administrativas, por assim dizer, é matéria eminentemente contratual. A lei não oferece critérios gerais de alocação de riscos, válidos para todos os contratos de concessão, relegando isso à disciplina contratual.

Ocorre que o contrato, antes de ser jurídico, é um fato social materializado em operações ou transações econômicas. A regulação jurídica do contrato (o direito contratual), por sua vez, juridicizando certas transações econômicas, quer dizer, certos contratos em seu sentido de fato social, oferece-lhe uma conformação normativa específica e, principalmente, confere-lhes executoriedade⁴³⁰.

Assim, do ponto de vista econômico, os contratos representam transações de troca entre agentes econômicos visando à criação de riquezas (excedente econômico de uma transação)⁴³¹. Daí ser correto afirmar, como o fez Enzo ROPPO, que “o contrato é a veste-jurídico formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*”⁴³².

Segundo Fernando ARAÚJO:

Um dos entraves ao desenvolvimento mais célere da Teoria Econômica do Contrato veio do lado do Direito, e associada à necessidade de simplificação da própria análise jurídica, a qual gerou a presunção “legalista” de que o contrato seria um mecanismo neutro e plenamente eficiente – completo, perfeitamente supervisionado pelas partes e pelos tribunais, sem restrições informativas e sem desvios da perfeita racionalidade – uma presunção apoiada no próprio esquematismo da Microeconomia neoclássica que concebia como possíveis os arranjos contratuais e institucionais

⁴³⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179-180. Conforme afirma o autor: “Dessa forma, a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação” (p. 203).

⁴³¹ É importante destacar, porém, que a percepção de criação ou alteração de riqueza é mais uma questão subjetiva e condicionada a avaliações pessoais (dentro da noção econômica de utilidade) e não propriamente uma estimativa objetiva de valores.

⁴³² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11. Segundo o autor, é importante ter em mente que a noção de operação econômica se revela objetivamente pela existência de **circulação de riqueza**, quer dizer, pela transferência, atual ou potencial, de riquezas de um sujeito para outro. Além disso, ressalta que a noção de riqueza não se limita a bens materiais ou a dinheiro, mas todas as utilidades sujeitas a uma avaliação econômica (p. 11).

irrestritamente racionais e transparentes, insuscetíveis por isso de interferirem nas funções de adjudicação e otimização do mecanismo de preços (um pouco como se fosse o mecanismo de preços o condicionante das soluções contratuais e institucionais, e não o inverso)⁴³³.

No jargão econômico, os contratos são eficientes quando levam à melhoria de Pareto, ou seja, quando, simultaneamente, deixem pelo menos um indivíduo em situação melhor e não deixem nenhum indivíduo em situação pior a que se encontrava quando da formalização do contrato⁴³⁴. Ou melhor, pelo critério de Kaldor-Hicks, quando as perdas de um indivíduo são compensadas pelos ganhos de outro, de modo que, para este, haja um excedente positivo, e para o primeiro, não haja perdas, já que se admite, ainda que potencialmente, a possibilidade de uma compensação por tais perdas.

Pois bem. A repartição objetiva de riscos em parcerias público-privadas se dá essencialmente pela aplicação de critérios econômicos, sob o signo do princípio da eficiência, que, em última análise, constituem a juridicização de critérios econômicos.

Como afirmam Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Vitor Rhein SCHIRATO:

A alocação de riscos dependerá do necessário para assegurar um projeto viável e eficiente no caso concreto. E nessa dimensão de eficiência deverá ser verificada pela avaliação do *value of money*, é dizer a verificação de maior benefício econômico na atribuição de risco a uma parte ou a outra⁴³⁵.

No mesmo sentido, Marcos NÓBREGA:

Cabe, no entanto, lembrar que uma transferência adequada de riscos aumenta o *Value of Money* (VOM) do empreendimento. Assim, a VOM não deve ser baseada exclusivamente no valor do projeto, mas sim sendo variável de três aspectos: transferências de riscos, custo do projeto durante a duração do contrato e serviço prestado⁴³⁶.

Parece-nos lícito afirmar que a noção de *value of money* tem relação com a noção de economicidade de Sandulli, anteriormente exposta, ou seja, o emprego racional dos recursos

⁴³³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 42.

⁴³⁴ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

⁴³⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. As formas de pagamento da contraprestação pública. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137.

⁴³⁶ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. *op. cit.*, p. 68.

disponíveis, noção esta que, repita-se, é inerente ao conceito do princípio da eficiência. Não por outra razão, Fernando Vernalha GUIMARÃES asseverou:

É por intermédio da investigação do *Value for Money* (sinônimo da “melhor utilização dos fundos públicos”) que se obtém a dimensão das vantagens socioeconômicas a serem alcançadas por meio de um contrato de PPP. Essas vantagens relacionam-se diretamente com a eficiência econômica perseguida pela instituição da parceria público-privada; em outras palavras, envolvem a obtenção da melhor relação custo-benefício possível⁴³⁷.

Podemos destacar ainda que a adequada repartição de riscos em parcerias público-privadas tem a função de criar **incentivos** à eficiência, ou seja, a alocação de um risco a uma determinada parte deve encorajá-la a buscar mecanismos que evitem a ocorrência desse risco, ou, uma vez ocorrido, pelo menos, minimizem seus efeitos⁴³⁸.

Por outro lado, uma alocação inadequada dos riscos leva à ineficiência do contrato, o que, segundo Luciano Benetti TIMM, pode ser causado principalmente por três fatores: (i) externalidades; (ii) assimetrias de informação; e (iii) custos de transação⁴³⁹.

As externalidades podem ser definidas como “custos que não podem ser absorvidos no lucro e vão ser ou suportados por todos ou, ao contrário, convertidos em benefícios a todos”⁴⁴⁰, surgindo, daí, as noções de externalidade negativa e externalidade positiva, respectivamente. São, em suma, efeitos que alcançam terceiros.

Segundo Luciano Benetti TIMM, nas externalidades, “os excedentes econômicos dos contratos precisam, para refletir de forma fiel o bem-estar social causado, incluir também a variação na situação de terceiros”⁴⁴¹. Em sendo positivo tais excedentes, as externalidades serão positivas.

⁴³⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada**: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 155.

⁴³⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceira público-privada...** *op. cit.*, p. 300. É claro que, se a parte a quem se aloca um determinado risco puder transferir a um terceiro, externalizando suas perdas, tal incentivo deixará de existir (PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 168).

⁴³⁹ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 165. O autor lembra que há outros fatores que levam às chamadas falhas de mercado, a saber: (i) poder de mercado (monopólio e oligopólio, por exemplo); (ii) racionalidade limitada dos agentes; e (iii) bens públicos. No presente trabalho, como fez o citado autor, nos limitaremos a tratar daqueles outros três fatores que implicam a ineficiência do contrato: externalidades, assimetria de informações e custos de transação.

⁴⁴⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *op. cit.*, p. 125.

⁴⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 166.

No caso das externalidades negativas, porém, em que há excedentes negativos, atingindo ou comprometendo terceiros ou a coletividade. Seja como for, de conformidade com TIMM, “o direito pode exercer um importante papel de *internalizar* a externalidade, fazendo com que as partes arquem com os custos – no caso das externalidades negativas– ou se beneficiem – nas externalidades positivas – dos efeitos que causem a terceiros”⁴⁴².

Como será visto mais adiante, a circunstância de uma das partes contratantes numa parceria público-privada poder externalizar determinados riscos poderá ser uma sinalização de que a alocação desses riscos, em princípio, não deverá sobre ela recair (e cabe salientar que o Estado é, por excelência, um externalizador de riscos, já que, avesso à contratação de seguros, dado o seu patrimônio e a diversidade de suas atividades, transferirá todas as repercussões econômicas da ocorrência de um risco que deva suportar para os contribuintes).

Por seu turno, a assimetria de informações se dá quando uma das partes de uma transação detém mais informações do que a outra, propiciando comportamentos oportunistas, que, por sua vez, podem ser compreendidos como “todo comportamento, dentro do quadro contratual, por uma das partes contratantes, que vai contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, das normas contratuais ou da moral convencional”⁴⁴³.

A assimetria de informações acarreta duas consequências: (i) a seleção adversa; e (ii) o risco moral ou *moral hazard*. A primeira, ocorre previamente à contratação; ao passo que a segunda, se verifica após a assinatura do contrato⁴⁴⁴.

A seleção adversa foi primeiro tratada por George Akerlof, em 1970, na sua obra “*The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism*”. Akerlof estudou o mercado de carros usados, no qual os *lemons* (cuja tradução, para o nosso contexto, poderia ser “abacaxis”) seriam os carros de má qualidade, mas que recebem uma “maquiagem” de modo a serem comercializados como se fossem de melhor qualidade. O conhecimento dos

⁴⁴² *Idem, ibidem*, p. 166.

⁴⁴³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

⁴⁴⁴ Há autores, dentre os quais Fernando Araújo, que preferem abstrair essa perspectiva temporal (*ex ante* e *ex post*) para distinguir a seleção adversa do risco moral, dando preferência a uma variável exógena, não manipulável pela parte que beneficia da assimetria informativa, no caso da seleção adversa, e a uma variável endógena, manipulável pela parte, no tocante ao risco moral (ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato...*op. cit.*, p. 286). Aqui, no entanto, utilizaremos o critério temporal dado por Marcos Nóbrega, uma vez que é certo que mesmo na seleção adversa, a parte que se beneficia de uma assimetria informacional, não raro, tem sim acesso e meios de manipular a informação, tal qual ocorre, por exemplo, com um licitante que manipula preços numa planilha de custos, visando diminuir o preço global para ganhar o certame pelo menor preço, mas promovendo sobrepreço de determinados itens que, pela assimetria informacional, sabe que estão quantitativamente subdimensionados, dando azo ao chamado “jogo de planilha”.

potenciais compradores sobre os bens em questão é apenas estatístico, ou de uma qualidade média, não havendo, portanto, informações completas por parte do comprador⁴⁴⁵.

Assim, o potencial comprador, ciente desse risco, demandará um prêmio ou desconto para efetuar a transação, de tal forma que os vendedores que tiverem carros de qualidade não conseguirão um preço adequado para seus veículos, afastando-os do mercado. Com isso, restarão, apenas, os “abacaxis”, quer dizer, os carros de má-qualidade⁴⁴⁶.

Na falta de informação confiável sobre a qualidade de um produto, o preço praticado no mercado não pode ir além de médio ou baixo, refletindo percepção pessimista ou prudente. A situação não deixará de frustrar os fornecedores de bens e serviços de qualidade superior, que não recebem o preço compatível com a qualidade de seu produto. Terão tendência de baixar a qualidade ou sair do mercado⁴⁴⁷.

Segundo Marcos NÓBREGA, na seara do Direito Administrativo, o problema da seleção adversa, por se tratar de uma assimetria informacional *ex ante*, ou seja, anterior ao contrato, atinge principalmente as licitações, de tal modo que, “os licitantes possuem muito mais informação sobre o desenrolar de um eventual contrato do que o Governo”, especialmente sobre os custos de produção e de governança⁴⁴⁸.

Esse fenômeno ocorre em muitas licitações, sobretudo quando o objeto é bastante complexo. Como dissemos, a administração não tem de antemão condições de saber as reais possibilidades do contratante de executar o objeto do contrato. Os critérios de qualificação técnica e econômica restam insuficientes para revelar informações seguras para o poder concedente das reais capacidades e/ou interesse em executar adequadamente o objeto. Na licitação, a situação resta mais complexa porque não há possibilidade de oferta de um menu de contratos que forçaria o contratante a espontaneamente revelar seu tipo, sua informação. Como sabemos, o contrato administrativo assinado tem uma natureza de contrato de adesão, tendo sua minuta já consignada no edital do certame. Assim, não há opção de barganha, mas sim um contrato do tipo “pegar ou largar”.

Nesse caso, por conta da seleção adversa, muitos problemas surgem em licitações. Em obra, por exemplo, não é incomum o licitante vencedor assinar o contrato já de antemão sabendo que não irá cumpri-lo, executar uma parte da obra e interromper a execução alegando desequilíbrio econômico-financeiro diante da existência de caso fortuito e força maior. (...)

Assim, parece claro que em muitos casos de contratos de concessão de serviço público e PPPs esse problema de seleção adversa será encontrado e mecanismos reveladores de informação dos contratados deverão ser estabelecidos⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 167.

⁴⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 167.

⁴⁴⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.*, p. 140.

⁴⁴⁸ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 408.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 408-409.

Por sua vez, o risco moral, ou *moral hazard*, representa uma assimetria informacional *ex post*, quer dizer, após a formalização do contrato, e ocorre quando “uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração”⁴⁵⁰. Embora inicialmente desenvolvido no campo dos contratos de seguro, seu campo de atuação foi, posteriormente expandido e universalizado, sendo certo, porém que seu campo de análise, por excelência, é o da **relação de agência**⁴⁵¹.

De um modo geral, na relação de agência, o risco moral *ex post* se dá pela assimetria de informações que permite ao agente ludibriar o principal, transmitindo informações para as quais o principal não tem condições de avaliar, levando a problemas de ineficiência do arranjo contratual (pela falta de incentivo à revelação de informações pelo agente) e a elevados custos de transação, pela necessidade de instituição de mecanismos de revelação de informações e de acompanhamento e monitoração⁴⁵².

Mais uma vez, recorrendo às lições de Marcos NÓBREGA:

No *Moral Hazard*, é importante centrar atenção nas mudanças do projeto original, depois da assinatura do contrato, e os custos daí derivados, que é um recente e importante ponto de investigação para a doutrina moderna. Dessa forma, o maior problema que surge é qualitativo, ou seja, a empresa executa o serviço com uma qualidade inferior ou simplesmente não o executa.

Isso reflete um grande problema que atinge as concessões de serviço público na América Latina, que é a constante renegociação. Se isso ocorre logo no início da execução contratual, os ganhos competitivos da licitação são mitigados. O *Moral Hazard* também ocorre em boa medida pelo acúmulo de custos de transação na fase pré-contratual que culmina com o “alívio” desses custos pela má execução⁴⁵³.

⁴⁵⁰ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 167,

⁴⁵¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria económica do contrato...*op. cit.*, p. 287.

⁴⁵² *Idem, ibidem*, p. 289.

⁴⁵³ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo... *op. cit.*, p. 411. Nesse particular, o autor traça um arguto diagnóstico dos problemas relacionados às parcerias público-privadas na América Latina, ao afirmar: “Os exemplos vindos da América Latina mostram que grande parte dos problemas dos contratos de PPP ocorre durante a fase de execução contratual. Os contratados comumente falham em atender suas obrigações, derivando uma alta incidência de renegociação contratual ou mesmo abandono das concessões. Dentre esses problemas, podemos citar uma deficiente formatação do contrato, procedimentos licitatórios que incentivam a indiscriminada busca pelo ‘menor preço’ e dificuldades de *enforcement* pelo governo, além de fraco controle na avaliação dos resultados alcançados. Todos esses problemas são potencializados pela insegurança jurídica advinda da dificuldade do sistema jurídico de entender a natureza e peculiaridade dos contratos de infraestrutura, assim como da carente estabilidade regulatória. Também os contratos de infraestrutura via concessões ou PPPs exigirão que o parceiro privado informe permanentemente sobre a *performance* do programa e o governo e o controle têm que estar aptos a aferir esses resultados” (p. 412).

Outro comportamento oportunista que pode derivar da assimetria de informações é o denominado *hold up* (literalmente “tomar como refém”) que se verifica precisamente nos casos em que uma das partes assume um maior poder de barganha em relação às necessidades da outra parte, em virtude principalmente de uma urgência, de um risco iminente ou, ainda, de vantagens informacionais.

Nessas situações, o contratante em posição de desvantagem não possui alternativa senão ceder à pressão da parte contrária, ter que arcar com custos ainda maiores (rescisão contratual, indenizações por perdas e danos, especialmente em razão de expectativas frustradas face aos investimentos realizados).

Como afirma J. Luiz GUASCH:

Quando uma empresa privada recebe uma concessão em um setor de infraestrutura, poderá deixar o governo “refém” (*hold up*) - por exemplo, insistindo em renegociar o contrato, buscando termos mais favoráveis ou usando a captura regulatória. As amplas vantagens de informação da empresa em relação ao governo (e, na maioria dos casos, em relação a outros operadores potenciais) e a vantagens percebida nas negociações podem dar-lhe fortes incentivos para renegociar um contrato e garantir um acordo melhor do que a oferta original⁴⁵⁴.

Nesses casos, durante a execução contratual (*ex post*), uma das partes (a quem detém vantagens informacionais) terá incentivos para explorar as fragilidades da outra, deixando-a “refém” de seu comportamento oportunista.

Isso aparece de forma clara em contratos de infraestrutura porque há a existência de *sunk costs*, ou seja, os investimentos são muito específicos e não há utilização alternativa para eles. Isso, repetimos, recobre os contratos de elevado grau de dependência e grande possibilidade de comportamentos oportunistas. Dessa forma, as partes terão incentivos para se apropriarem de qualquer ganho adicional durante a execução contratual⁴⁵⁵.

O meio mais efetivo para evitar o *hold up* é a instituição de mecanismos de revelação de informações para a fase de execução do contrato, a fim de que as possibilidades de ganhos

⁴⁵⁴ GUASCH, J. Luiz. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington, D.C.: The World Bank, 2004, p. 8. No original: “Once a private enterprise has been granted a concession in an infrastructure sector, it may be able to hold up the government - for example, by insisting on renegotiating the contract, seeking more favorable terms, or using regulatory capture. An enterprise’s extensive information advantages over government (and, in most cases, over other potential operators) and perceived leverage in negotiations can give it strong incentives to renegotiate a contract and secure a better deal than the original bid.”.

⁴⁵⁵ NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura...* op. cit., p. 161.

oportunistas sejam reduzidas. Isso implica a previsão de mecanismos de controle e de governança que “mitiguem essa possibilidade de extração de renda *ex post*”⁴⁵⁶.

De acordo com Marcos NÓBREGA, todos os problemas relativos à assimetria de informações (seleção adversa, *moral hazard* e *hold up*) terminam por levar o contrato à necessidade de **renegociação**.

Finalmente, temos a figura dos **custos de transação**, que podem ser entendidos, de modo simplificado, como os custos incorridos para a realização de uma transação, além do próprio preço que é pactuado⁴⁵⁷. Ou mais analiticamente, “os custos de negociação, acompanhamento, aquisição e tratamento de informações e implementação da resultante da negociação”⁴⁵⁸.

Os custos de transação foram analisados inicialmente por Ronald Coase no seu artigo “*The problem of social cost*”, de 1960, e, posteriormente, transformado em “teorema” por George Stigler, em 1966, o chamado **Teorema de Coase**⁴⁵⁹.

Com efeito, segundo Ronald COASE:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 162. Diz o autor: “Um controle mais efetivo para analisar a qualidade e completude/incompletude dos contratos pode ser um instrumento útil, além de revelar as informações necessárias durante a execução do contrato para diminuir as assimétricas informacionais e minimizar os efeitos dos *hold up*”.

⁴⁵⁷ RODRIGUES, Vasco. *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁸ FUX Luiz; MAGALHÃES, Andréa. Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 773. De conformidade com as lições trazidas por Robert COOTER e Thomas ULEN, “as transações têm três estágios, e cada um deles tem um tipo especial de custo – custo de busca, custo da negociação e custos da execução. Esses custos variam, num espectro que vai de zero até indefinidamente elevado, dependendo da transação” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 107).

⁴⁵⁹ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 167.

⁴⁶⁰ COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Chicago, The University of Chicago Press, Journal of Law and Economics, Vol. 3 (Oct., 1960), p. 16. No original: “*In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost*”.

Assim, de acordo com o Teorema de Coase (formulado por Stigler, diga-se), “se os custos de transação são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente”⁴⁶¹.

Dito de outro modo:

... numa situação em que (i) as partes sejam racionais em relação ao seu interesse individual; (ii) não haja custos de transação; e (iii) haja um mercado para todas as mercadorias, envolvendo direitos de propriedade bem especificados, as transações de mercado levarão a uma alocação eficiente (maximizando o bem-estar total), independentemente da alocação inicial de direitos de propriedade⁴⁶².

Assim, o Teorema de Coase informa que quando o custo de transação é igual a zero, a atribuição de direitos (e obrigações) em nada influencia a eficiência, uma vez que, se a alocação for ineficiente, as partes adotarão medidas corretivas⁴⁶³.

Disso resultam duas consequências: (i) o direito, na medida em que assume por finalidade a busca pela eficiência, deve tentar **minimizar os custos de transação** (por exemplo, definindo de modo claro os direitos de propriedade, facilitando a sua transferência e prevendo mecanismos judiciais efetivos e acessíveis no caso de descumprimento contratual); e (ii) se os custos de transação permanecerem altos, “o direito deve simular a alocação de recursos do mercado mediante concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor”⁴⁶⁴, quer dizer, tentar reproduzir o esquema de alocação mais eficiente que é precisamente o que ocorreria se os custos transacionais fossem nulos⁴⁶⁵.

Evidentemente, essa generalização de Coase, que não encontra guarida no mundo real, nem pode ser interpretada como uma defesa irrestrita ao livre mercado (como se o mercado, por si só, fosse capaz de superar as suas deficiências em prol de uma eficiência que lhe seria inerente). De acordo com Vasco RODRIGUES, o que Coase pretendia demonstrar, isto sim, é que a intervenção estatal não se justificaria pelas externalidades em si mesmas, mas

⁴⁶¹ RODRIGUES, Vasco. *op. cit.*, p. 48.

⁴⁶² TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 168.

⁴⁶³ POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito...** *op. cit.*, p. XIV (introdução) e p. 18.

⁴⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. XIV. O exemplo dado por Richard Posner para essa segunda consequência é o da doutrina do uso justo (*fair use*) da lei de direitos autorais, “que permite que os autores publiquem pequenas citações de uma obra protegida por essa lei, sem precisarem negociar com os detentores dos direitos autorais. Normalmente os custos dessas negociações seriam proibitivos. Se não o fosse, o resultado mais comum seria um acordo para permitir a citação, de modo que a doutrina do uso justo produz o resultado que o mercado produziria se as transações mercadológicas fossem viáveis” (p. XV).

⁴⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 18.

pelos custos de transação decorrentes⁴⁶⁶. No mundo real, **sempre há custos de transação**, e Coase não desconsidera esse dado⁴⁶⁷.

Os custos de transação poderão ser considerados *ex ante* e *ex post*. No primeiro caso, trata-se do custo de estruturação do contrato, quer dizer, o custo em prever e estabelecer todas as cláusulas que disciplinem as contingências pelas quais estarão sujeitas a execução do contrato. Tais custos são diretamente proporcionais à complexidade do contrato, de tal sorte que haverá sempre um *trade off* entre completude e custos⁴⁶⁸.

Por sua vez, os custos de transação *ex post*, dizem respeito aos custos de renegociação e de repactuação do contrato, ante a incompletude ou inadaptação de seus termos⁴⁶⁹.

Segundo TIMM, a distribuição de riscos no contrato segue o mesmo procedimento da distribuição de bens na sociedade, quer dizer, na ausência de custos de transação, os direitos serão alocados à parte que mais os valoriza e as obrigações e riscos, à parte que melhor possa, ao menor custo, gerenciá-los. Dito de outro modo, “as obrigações e riscos são assumidos pelo *cheapest cost avoider* – a pessoa que tem melhores condições de evitar custos”⁴⁷⁰.

Não obstante, a existência de custos de transação elevados poderá gerar problemas nessa alocação de obrigações e riscos, não só pela conseqüente incompletude contratual que tais custos podem engendrar, mas também pela existência de assimetria de informações e pelo ensejo a condutas oportunistas pela parte que dispõe de uma vantagem informacional.

⁴⁶⁶ RODRIGUES, Vasco. *op. cit.*, p. 52.

⁴⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 52. Tanto é que, consoante Marcos Nóbrega, “O papel inovador de Coase foi observar que diante da dificuldade do mercado de transmitir adequadamente todas essas informações, a firma poderá fazê-lo, muito embora haja custos para coletar e transmitir essas informações. Portanto, a ideia de Coase é intuitiva. Argumenta o autor que sempre haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes. Dessa forma, como as transações tornam-se custosas, os mercados falham em atingir um equilíbrio eficiente e novos arranjos devem ser encontrados” (NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 103).

⁴⁶⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 106.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 107.

⁴⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 168. A noção de *cheapest cost avoider* foi desenvolvida pelo jurista alemão Hans-Bernd Schäfer, segundo o qual “De uma perspectiva econômica, o problema prático de determinar a responsabilidade por um dano pode ser simplificado respondendo-se à pergunta ‘qual parte pode evitar a ocorrência do dano ao menor custo?’ Essa é a pessoa que deverá ser responsável pelo pagamento da indenização compensatória” (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 179).

Contratar uma parceria público-privada é atividade que envolve custos elevados, de tal sorte que o modo de estruturação e de efetivação dessa contratação é relevante para atenuar esses custos transacionais, com efeitos imediatos sobre a eficiência econômica do contrato⁴⁷¹.

Para Raquel SZTAJN, Décio ZYLBERSTAJN e Paulo Furquim AZEVEDO, com base em Masten, três são as razões para a existência dos contratos: (i) prover a eficiente alocação de riscos (teoria da agência); (ii) prover incentivos eficientes (teoria dos incentivos); e, por fim, (iii) minimizar os custos de transação *ex post* (economia dos custos de transação)⁴⁷².

Da parte da repartição de riscos, sobleva-se em importância a consideração da relação agente-principal, denominada de **teoria da agência**⁴⁷³, que parte do pressuposto da impossibilidade de estruturação de contratos ótimos, completos, dada a existência de **assimetria de informações**⁴⁷⁴. Temos, então, que os contratos, sob a visão da análise econômica do direito, ou seja, rejeitando o modelo clássico que pressupõe agentes econômicos dotados de racionalidade ilimitada e capazes de processar todas as informações recebidas⁴⁷⁵, são necessariamente, embora em grau variado, **incompletos**.

Segundo Kleber Luiz ZANCHIM, Coase é sempre referido como um dos primeiros autores a reconhecer a “incompletude de contratos complexos e de longa duração em razão da dificuldade de se prever o futuro”. Diz ainda o referido autor que em contratos dessa natureza, “os custos de transação (negociação entre as partes, contratação de especialistas para elaborarem estudos etc.) tornaria muito difícil ou desinteressante disciplinar *a priori* todos os termos do negócio”⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In: ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114.

⁴⁷² *Idem, ibidem*, p. 105.

⁴⁷³ Conforme ensina Marcos Nóbrega: “O precursor da contemporânea Teoria da Agência foi o trabalho de Adolf Berle e Gardiner Means em 1932 que chamou a atenção para as divergências de interesses e incentivos entre os donos e os trabalhadores das grandes firmas. Essa teoria focaliza os problemas dos incentivos, ao passo que a teoria neoclássica centra sua análise na reducionista hipótese de que as firmas são simplesmente submeidas a funções de produção que devem transformar *inputs* em *outputs* da forma mais eficiente possível. Ainda na visão ortodoxa, o Principal é perfeitamente informado das ações do Agente e esse monitoramento não apresenta custos. Assim, a Teoria da Agência vai além da teoria neoclássica para considerar um ambiente com informações limitadas. Logo, a teoria dos custos de transação adiciona realismo ao relacionamento entre Principal e Agente, imergindo nas relações intrafirmas e rompendo o pressuposto neoclássico das firmas como ‘caixa-pretas’” (NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 46).

⁴⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 108.

⁴⁷⁵ NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais...** *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷⁶ ZANCHIM, Kleber Luiz. *op. cit.*, p. 193.

Após reconhecer a existência de um *trade off* entre mercado (e seus incentivos) e as estratégias extracontratuais de resolução de conflitos, Marcos NÓBREGA afirma:

Dentre as opções postas, talvez seja mais adequado elaborar um contrato incompleto considerando um ambiente econômico e jurídico repleto de imperfeições e incertezas bem como o custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude contratual excessivamente onerosa. Além disso, a incompletude contratual também pode se dever a fatores estruturais como assimetria de informações, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra parte (inobservabilidade) ou de dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximizará a função de utilidade dos contratantes⁴⁷⁷.

A busca pelo contrato completo, segundo Fernando ARAÚJO, esbarra na necessária ponderação custo-benefício, o que significa ponderar até que ponto os custos de transação para a redução da incompletude contratual é economicamente viável⁴⁷⁸. Em última instância, é “a magnitude dos custos de transação irá definir o grau de incompletude do contrato”⁴⁷⁹.

A teoria da agência, pressupondo, pois, a existência de contratos incompletos, de um lado, e de assimetrias informacionais, de outro, se dá quando uma parte (o agente), que possui uma vantagem informacional⁴⁸⁰, se obriga a atuar em nome de outra parte (o principal). Tal relação, segundo Fernando ARAÚJO, está intimamente ligada ao fenômeno de divisão de trabalho e à necessidade de confiança que tal divisão demanda⁴⁸¹.

Para Marcos NÓBREGA, o ponto crucial da teoria da agência está precisamente em saber como cada uma das partes, agente e principal, irão atuar quando um deles dispor de uma vantagem informacional sobre o outro, ou seja, um problema de assimetria de informações⁴⁸².

Se de um lado, o agente detém vantagens informacionais, que caracterizam a assimetria de informações na relação com o principal, este, por outro lado, em princípio “não tem condições de aferir o nível de esforço exercido pelo Agente para atingimento de um determinado *output*”⁴⁸³. Além do que, como afirma o autor, “quanto mais difícil (ou custoso) for avaliar o desempenho do Agente, maiores serão as chances que este opere contra os

⁴⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 41.

⁴⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato...** *op. cit.*, p. 148.

⁴⁷⁹ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 104.

⁴⁸⁰ NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais...** *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato...** *op. cit.*, p. 597.

⁴⁸² NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 75.

⁴⁸³ NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais...** *op. cit.*, p. 48.

interesses do Principal, consistindo na existência de dois importantes fatores: oportunismo e assimetria de informações”⁴⁸⁴.

Daí Luciano Benetti TIMM afirmar que “Em determinadas situações, o agente tem incentivos para agir contrariamente ao interesse do principal, sem que o principal consiga monitorar ou reprimir essa conduta”⁴⁸⁵, caso em que o principal se verá na contingência de dispendar recursos para estabelecer mecanismos de controle e monitoramento do agente, elevando os custos de transação⁴⁸⁶.

Para Marcos NÓBREGA, o modelo clássico da teoria da agência, a maximização da eficiência do principal submete-se a duas restrições: compatibilidade e participação. A restrição de compatibilidade, diz o autor, caracterizaria a assimetria informacional, ao passo que a restrição de participação “determina que o Agente aceitará o contrato oferecido pelo Principal desde que proporcione um nível de utilidade maior do que aquele que o Agente obterá fora do contrato”⁴⁸⁷.

Ainda segundo NÓBREGA, uma das possibilidades de se reduzir assimetrias de informações é a criação de **mecanismos de revelação de informação**, tais como a instituição de modelos de avaliação vinculados à performance ou a possibilidade periódica de negociação, induzindo o agente num “jogo sequencial onde a informação vai, a cada passo, sendo revelada”⁴⁸⁸.

No âmbito das contratações de parcerias público-privadas, podemos dizer que o principal é o parceiro público e o agente, o parceiro privado. E é nesse contexto jurídico-econômico que deverá ser considerada a questão da alocação de riscos, quer dizer, sob a perspectiva da existência de uma relação agente-principal, com todas as suas consequências (assimetria informacionais, custos de transação e incompletude contratual).

Por outro lado, a distribuição de riscos interfere nos incentivos a cada uma das partes relativamente aos recursos que dispõem e leva em conta, também, a atitude que cada uma das

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 47.

⁴⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 167.

⁴⁸⁶ Marcos Nóbrega afirma, com base em Jensen e Meckling, que o problema da relação de agência acarreta a elevação de custos pela adição: (i) “Das despesas do Principal com o monitoramento do comportamento do Agente”; (ii) “Das despesas de vinculação do Agente, representadas pelos incentivos e imposições de sanções, que visam alinhar seus interesses ao do Principal”; e (iii) “Por Perdas residuais, decorrentes de divergência entre as decisões tomadas pelo Agente e aquelas que maximizam os interesses do Principal” (NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais...** *op. cit.*, p. 46-47)

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 49.

⁴⁸⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 113.

partes assume perante o próprio risco (aversão, indiferença ou propensão ao risco), além, é claro de levar em conta a própria natureza e impacto de uma determinada categoria de risco⁴⁸⁹.

Tal alocação de risco, como já dissemos, deve ter por finalidade a maximização da eficiência do contrato, bem como a criação de incentivos e mecanismos de revelação de informação e de avaliação de performance, a fim de evitar ou, ao menos, minimizar condutas oportunistas⁴⁹⁰.

4.4 Diretrizes de alocação de riscos

Alocar eficientemente riscos é tarefa extremamente complexa. Não só pelas especificidades dos riscos envolvidos em cada modalidade de projeto de parceria público-privada, mas principalmente pelo elevado custo de transação que demandaria a identificação e quantificação de riscos sobre os quais há pouca informação técnica disponível⁴⁹¹. No entanto, como lembra Marcos Barbosa PINTO, isso não é um impeditivo ao estabelecimento de diretrizes básicas de alocação de riscos, diretrizes essas decorrentes tanto da aplicação da teoria econômica quanto da experiência internacional em procedimentos dessa natureza⁴⁹².

De acordo com E. R. YESCOMBE, há um número limitado de modos pelos quais o risco pode ser tratado, a saber: (i) podem ser retidos pelo Poder Público; (ii) podem ser transferidos e retidos pelo parceiro privado; (iii) podem ser transferidos para o parceiro privado, mas realocados a terceiros (subcontratação e seguros, por exemplo); e (iv) no caso de concessões, podem ser transferidos aos usuários, por meio de cobrança de tarifas mais elevadas⁴⁹³.

⁴⁸⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato...** *op. cit.*, p. 630.

⁴⁹⁰ NÓBREGA, Marcos. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais...** *op. cit.*, p. 53.

⁴⁹¹ Daí ser correto afirmar que os contratos de concessão e de parceria público-privada são **incompletos**. Como afirma Marcos Nobrega: “Dentre as opções postas, talvez seja mais adequado elaborar um contrato incompleto considerando um ambiente econômico e jurídico repleto de imperfeições e incertezas, bem como o custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude contratual excessivamente onerosa” (NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 102).

⁴⁹² PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 168.

⁴⁹³ YESCOMBE, E.R. **Public-private partnerships: principles of policy and finance**. Oxford: Elsevier, 2010, p. 242-243.

Pois bem. Marcos Barbosa PINTO elenca **quatro diretrizes** básicas que balizam a alocação de riscos em parcerias público-privadas⁴⁹⁴:

Primeira diretriz: os riscos devem ser alocados a parte que tenha, a um menor custo, o maior controle sobre os riscos, ou sobre suas consequências. É precisamente o que ensina YESCOMBE, segundo quem o princípio de alocação de riscos é o de que devam ser transferidos àquele com melhores condições de controlá-lo ao menor custo⁴⁹⁵.

Isso significa que o risco deve ser alocado à parte que possa, a um menor custo, “reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo possível, mitigar os prejuízos resultantes”⁴⁹⁶.

Para Marcos NÓBREGA, no entanto, dizer que os riscos devam ser alocados para a parte que tem melhores condições de gerenciá-los, embora correto, é, por assim dizer, simplista e vago. Assim, essa primeira diretriz, para ser mais precisa, deve ser desdobrada em três formas, correspondentes à capacidade de cada parte para: (i) influenciar o fator de risco (ou seja, a capacidade que a parte tem para evitar o fato de risco ou, uma vez ocorrido, minimizar seus efeitos); (ii) influenciar a sensibilidade do valor do projeto em relação ao risco (ou seja, “a parte que pode melhor antecipar ou responder ao risco deverá suportá-lo”); e (iii) absorver mais facilmente e ao menor custo (quer dizer, nos casos em que “nenhuma das partes pode influenciar, antecipar ou responder ao fator de risco”, este deverá ser alocado à parte que pode absorvê-lo mais facilmente e ao menor custo)⁴⁹⁷.

Segunda diretriz: não se deve atribuir riscos à parte que possa externalizar suas perdas. Como se disse anteriormente, a alocação de riscos deve criar incentivos à eficiência, razão pela qual se a parte que assume determinado risco pode simplesmente transferi-lo a terceiro, tal incentivo cai por terra. O exemplo mais usual é a de riscos atribuídos ao parceiro público que, por sua vez, transfere o custo respectivo para os contribuintes. Neste caso, “as perdas sofridas pelo Erário não induzem a uma administração mais eficiente de custos”⁴⁹⁸.

Terceira diretriz: em princípio, deve-se atribuir o risco a parte que puder contratar seguro para esse mesmo risco, a um custo mais baixo. De acordo com Marcos Barbosa

⁴⁹⁴ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 168-170.

⁴⁹⁵ YESCOMBE, E.R. *op. cit.*, p. 243. No original: “*The principle is that risks should be transferred to those best able to control them at the lower cost*”.

⁴⁹⁶ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 168.

⁴⁹⁷ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 129-130.

⁴⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 168.

PINTO, essa diretriz é bastante controversa. Isto porque poderia induzir à ideia equivocada de que o Estado, por normalmente não contratar seguros, dado o tamanho de seu patrimônio e a diversidade de suas atividades, suportaria melhor os riscos do que a parte privada. Ocorre que nem sempre esse “auto-seguro” do Estado seja mais barato do que um seguro contratado pela iniciativa privada. De toda sorte, como afirma o autor, a comparação de prêmios de seguros em parcerias público-privadas é bastante problemática⁴⁹⁹.

Quarta diretriz: quando não for clara qual a alocação mais eficiente de certos riscos, deve-se atribuí-los a parte sobre a qual devam naturalmente recair. Conforme Marcos Barbosa PINTO, a razão dessa diretriz, de natureza prudencial, é a de que é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las, já que toda mudança tem um custo de implementação.

Desta forma, evitam-se os custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como custo de fiscalizar se o prejuízo é mesmo compensável, o custo de determinar o montante da perda e o custo de eventuais compensações indevidas resultantes de comportamentos oportunistas⁵⁰⁰.

É evidente que tais diretrizes referem-se à definição *ex ante* dos riscos, tal como prevista no art. 5º, inciso III, da Lei 11.079/04. No entanto, a definição exaustiva dos riscos e a sua respectiva alocação é tarefa se não impossível, impraticável, o que nos leva a considerar que todo contrato de parceria público-privada é, em certa medida, incompleto.

Para J. Luis GUASCH, as razões para essa incompletude contratual são muitas, dentre as quais podemos destacar duas. Primeiro a incapacidade ou o custo de contabilizar todas as possíveis contingências nos contratos, seja porque certas contingências não podem ser verificadas por terceiros (como o nível de esforço a ser empregado pelo concessionário), seja porque simplesmente não podem ser previstas, ou ainda, porque a estruturação de um contrato contemplando todas as contingências previsíveis e verificáveis é demasiadamente custoso, quer dizer, demandam elevados custos de transação⁵⁰¹.

A segunda razão apontada por GUASCH é a racionalidade limitada das partes (os agentes econômicos cometem erros e equívocos e necessitam de um período de aprendizagem para chegarem a uma solução ideal)⁵⁰².

⁴⁹⁹ PINTO, Marcos Barbosa. *op. cit.*, p. 168-169.

⁵⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 170.

⁵⁰¹ GUASCH, J. Luis. *op. cit.*, p. 71.

⁵⁰² *Idem, ibidem*, p. 71.

A questão dos custos de transação na identificação e alocação de riscos é crucial para a determinação do grau de incompletude que o contrato de parceria público-privada fatalmente assumirá⁵⁰³.

De todo modo, essa determinação dos riscos *ex ante*, com base na eficiência e nos limites da relação custo-benefício, considerando os custos de transação envolvidos, foi o modelo elegido pela Lei 11.079/04, ao prever em seu art. 5, inciso III, a necessidade de o contrato disposto sobre a alocação de riscos⁵⁰⁴.

De acordo com Raquel SZTAJN, Décio ZYLBERSTAJN e Paulo Furquim AZEVEDO:

...com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria [dos contratos incompletos] considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas *a posteriori*. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos, e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais.

A teoria da agência considera a ação oportunística dos agentes e pressupõe a possibilidade de desenhar contratos eficientes considerando a alocação eficiente do risco e dos incentivos no desenho do contrato. (...)

Outra vertente da literatura avalia a alocação dos direitos de decisão pós-contratuais para preencher as lacunas oriundas da não previsibilidade. A literatura baseada no trabalho de Grossman e Hart avalia critérios para a alocação dos direitos de decisão. Em tais modelos, a negociação *ex post* entre as partes é considerada possível, diferente da teoria de agência, segundo a qual os direitos de decisão para o preenchimento das lacunas contratuais são definidos *ex ante*, segundo uma ótica de eficiência⁵⁰⁵.

Há, no entanto, outro modo de lidar com riscos e, especialmente com incertezas, que é a negociação *ex post*, ou seja, em momento posterior à sua ocorrência. Neste caso, teríamos a alocação *a posteriori* de riscos não previstos no contrato ou de incertezas (que, efetivamente, não poderiam ser previstas), ou seja, a partir de sua materialização e em virtude ou por intermédio de uma negociação entre as partes⁵⁰⁶.

⁵⁰³ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura...** *op. cit.*, p. 104. Diz o autor: “Em certo sentido, a magnitude dos custos de transação irá definir o grau de incompletude do contrato”.

⁵⁰⁴ Nesse sentido Fernando Vernalha Guimarães: “A teoria econômica subjacente à concepção do modelo nacional de PPP, nesse particular, aproxima-se da primeira abordagem. Pretende-se uma distribuição eficiente dos riscos de molde a minimizar as perdas e promover associativamente a economia. Isso requer contratos bem elaborados e detalhados – até o limite imposto pela relação custo-benefício do máximo detalhamento das previsões (dado que em projetos estruturais os custos dos estudos de alocação de riscos são extremamente altos)” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceira público-privada...** *op. cit.*, p. 303).

⁵⁰⁵ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim. *op. cit.*, p. 109-110.

⁵⁰⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP... *op. cit.*, p. 238. Nesse ponto, J. Luis Guasch afirma: “*Contract incompleteness and renegotiation have been widely studied by economists in recent years.*”

5 CONCLUSÃO

A questão central que pretendemos responder no presente trabalho diz respeito aos critérios que devam ser considerados para que se possa empreender a repartição objetiva de riscos em parcerias público-privadas, tal como determinada pelo art. 4º, inciso VI e pelo art. 5º, inciso III, da Lei 11.079/04, considerando, ainda, a inexistência de disposições legais que objetivamente apontem para o modo pelo qual essa divisão de riscos deva ser realizada.

Para responder a tal questionamento, procuramos seguir o roteiro seguinte: (1) definição de riscos e os modos de sua identificação e avaliação; (2) demonstração dos principais riscos envolvidos em parcerias público-privadas e sua importância para esse arranjo contratual; (3) análise do que se entende por parceria público-privada, no contexto brasileiro (o que demandou análise da evolução histórica do instituto da concessão e a confirmação de sua natureza contratual), bem como de suas principais espécies e características; (4) a percepção do contrato como realidade econômica; (5) análise da estrutura legal de tratamento dos riscos nas contratações administrativas em geral e nas concessões comum, patrocinada e administrativa; (6) percepção da insuficiência da aplicação das regras de alocação de riscos decorrentes da teoria das áleas (Lei 8.666/93); (7) percepção de que as parcerias público-privadas, embora possuam um arcabouço jurídico fundado no Direito Administrativo, nem por isso podem desconsiderar a realidade econômica que lhes é inerente; (8) como arranjo contratual com base econômica, a eficiência econômica é um dos objetivos a serem perseguidos nas parcerias público-privadas; (9) essa eficiência econômica está na base do princípio constitucional da eficiência que, por sua vez, pode ser traduzido pela aplicação da regra de análise de custo-benefício, sem desconsiderar ou; (10) que esse princípio constitucional da eficiência oportuniza a abertura normativa para a aplicação de critérios econômicos na estruturação das parcerias público-privadas e, principalmente, na repartição de riscos; (11) que esses critérios econômicos para repartição de riscos levam em conta, além do critério econômico de eficiência, a aplicação da teoria da agência, da assimetria de informações e dos custos de transação.

Tal percurso, como ficou assentado na introdução, foi dividido em três capítulos, capítulos 2, 3 e 4, sendo que no capítulo 2 procuramos conceituar o elemento nuclear do

Most economists agree that most concession contracts are incomplete and that renegotiation is one way to redress inefficiency caused by incompleteness” (GUASCH, J. Luis. *op. cit.*, p. 73).

objeto da presente análise: o risco, quer dizer, o que se entende por risco, como identificá-lo e avaliá-lo, e a sua importância para as parcerias público-privadas (itens 1 e 2 do roteiro acima traçado); no capítulo 3 analisamos as bases jurídicas do arranjo contratual em que se aplica a regra de repartição de risco, bem como os paradigmas normativos existentes (itens 3 a 7 acima); por fim, no capítulo 4 foram analisados os aspectos econômicos a serem observados na repartição de riscos em parcerias público-privadas (itens 8 a 11 acima).

Pois bem. Do capítulo 2, podemos concluir que a incorporação de uma noção racional de risco à cultura da humanidade e a preocupação com a sua análise, medição e controle é um dado relativamente recente, remontando o período do Renascimento, quando as bases sociais e científicas do mundo ocidental já estavam suficientemente desenvolvidas.

Além disso, muito embora não haja um consenso acerca do conceito de risco, pode-se compreendê-lo como sendo um evento futuro e incerto, mas previsível e mensurável, que produz consequências relevantes, positivas ou negativas, para um determinado objeto.

Por outro lado, os riscos correspondem a incertezas previsíveis e mensuráveis, o que significa dizer que riscos e incertezas se diferenciam pela possibilidade ou não de previsibilidade e mensurabilidade. As incertezas puras são imprevisíveis e/ou não-mensuráveis.

Os elementos do risco são o evento, a probabilidade e o impacto. O evento compreende o fator de risco (que se associa a uma vulnerabilidade) e a consequência (que tem determinado impacto sobre uma atividade ou projeto). A probabilidade e o impacto, considerados conjuntamente, correspondem ao nível de risco.

A identificação de riscos, que pode se valer de diversas metodologias (*brainstorm*, analogia, registro de riscos, entrevistas com especialistas, árvore de falhas, árvore de eventos, análise causa-consequência etc.), deve ser o mais abrangente, objetiva e detalhada possível.

A avaliação e classificação de riscos demanda uma análise quantitativa e qualitativa dos riscos, podendo ser classificados numa ordem de relevância, de impacto e de probabilidade de ocorrência. A partir daí, opera-se a definição da alocação de riscos. Tais resultados costumam ser consolidados numa matriz de risco, que pode ser bastante simples, discriminando apenas a descrição e alocação dos riscos, até mais complexas, envolvendo também a discriminação de sua categorização, graus de probabilidade e de impacto, nível do risco e medidas de resposta aos riscos.

A classificação dos riscos associados a parcerias público-privadas pode ser realizada de diversos modos, a depender do critério escolhido. Um dos critérios que se mostram úteis considera as fases do empreendimento: (i) fase de estudos, projeto e de construção; (ii) fase de início de funcionamento; e (iii) fase de operação. No mais, não há uniformidade na discriminação dos diversos tipos de riscos, variando conforme o empreendimento.

Do capítulo 3, por sua vez, podemos inferir que evolução histórica do instituto da concessão demonstra a sua reconfiguração e atualização permanente, sendo certo que, após um período de grande utilização e importância, notadamente durante o período liberal, com o advento do Estado social e uma maior intervenção estatal direta no domínio econômico, sua importância decresceu, dando espaço a prestação de serviços por entidades estatais. A partir das décadas de 1980 e 1990, com as reformas na estrutura do Estado (demasiadamente grande e custoso) as concessões voltaram a ter importância. Nesse contexto, surgem as parcerias público-privadas, a partir da experiência inglesa das *Private Finance Initiative – PFI*.

Ademais, as parcerias público-privadas, em sua acepção mais restrita, é tratado pela Lei 11.079/04 como espécie de concessão, o que é perfeitamente admissível, desde que se conceba a concessão como gênero, evitando-se a sua associação com a espécie concessão de serviço público (ou seja, não se tomando a espécie como gênero). Por outros termos, a concessão não está adstrita, em seu objeto, aos serviços públicos em sentido estrito, podendo delegar outros objetos, sem que não faria sentido sequer ajuntar o qualificativo “de serviços públicos”.

As parcerias público-privadas são de duas espécies: patrocinadas e administrativas. As primeiras, não são outra coisa, senão a própria concessão da Lei 8.987/95 com o acréscimo de que a remuneração do concessionário se dá não só pela cobrança de tarifas do usuário, mas também com o pagamento de contraprestação pecuniária pelo poder concedente.

Já nas concessões administrativas, em que o poder concedente é usuário direto ou indireto, a remuneração é exclusivamente pública, ou seja, não há cobrança de tarifas. Isso leva parte da doutrina a questionar a sua natureza de concessão e até mesmo sua constitucionalidade, face ao que dispõe o art. 175, inciso III, da Constituição Federal com relação à política tarifária a ser definida por lei. É, de fato, a espécie mais polêmica.

De toda sorte, apesar das posições contrárias no sentido de afastar a concessão administrativa como espécie de concessão, seja por lhe faltar a remuneração por tarifa, seja

pelo seu objeto não versar necessariamente um serviço público em sentido estrito, entendemos que se trata, sim de concessão. A uma, porque a ausência de remuneração por tarifa não afasta por si só o caráter de concessão, desde que haja uma partilha de riscos entre as partes. A duas, porque a disposição do art. 175, III, CF, fala em política tarifária, o que não afasta, por si só, a possibilidade de que a opção política em uma determinada concessão se dê por tarifa zero. Ademais, há determinados serviços em que a cobrança de tarifa ou é técnica e economicamente inviável (limpeza urbana, por exemplo), ou juridicamente vedada (*e.g.* saúde e educação).

Além disso, a prestação de serviço objeto da concessão administrativa não se confunde com a prestação de serviço detalhada na Lei 8.666/93, desde que haja, no primeiro caso, a assunção de uma estrutura econômica que não se limite à mera prestação de serviço, mas sim que demanda a instalação ou melhoramento de uma infraestrutura pública, com investimentos vultosos do concessionário e a assunção de riscos que, de ordinário, não ocorreria numa modelagem de contratação administrativa segundo a Lei 8.666/93.

Entendemos, outrossim, que a parceria público-privada assume a natureza contratual com a incidência de um regime jurídico-administrativo específico, tal como estabelecido pela Lei 11.079/04 e pela Lei 8.987/95, afastando-se, em muitos pontos (e, principalmente, no tocante à repartição de riscos) do regime geral da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, a disciplina de riscos estabelecida pela Lei 8.666/93, que leva em conta a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, não se aplica à Lei 11.079/04, não só em virtude da expressa previsão constante dos seus arts. 4º, VI e 5º, III, mas pela própria estrutura econômica das concessões. Pode-se afirmar que até mesmo a concessão comum, regida pela Lei 8.987/95, conquanto não preveja expressamente, admite a possibilidade de repartição de riscos, seja pela indeterminação da noção “por conta e risco” (quais riscos?), seja pela dicção do seu art. 10, segundo o qual “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio”.

Não obstante essa determinação expressa de partilha de riscos pela Lei 11.079/04, não há critérios jurídicos que informem de modo preciso como deve se ocorrer essa divisão (embora haja algumas previsões pontuais, tais como a elevação de tributos e as alterações contratuais levadas a efeito pela Administração). E nem poderia ser diferente.

A lógica subjacente às parcerias público-privadas (e, de modo especial, à partilha de riscos em contratos dessa natureza) é eminentemente econômica e tem por finalidade a busca pela eficiência contratual.

Por fim, do capítulo 4 podemos concluir que a Análise Econômica do Direito, com seu instrumental teórico, tem grande importância para a compreensão da realidade econômica das parcerias público-privada, especialmente para a eficiente alocação de riscos.

Ademais, a eficiência é um dos principais objetivos das parcerias público-privadas. Por sua vez, princípio constitucional da eficiência, intimamente relacionado aos princípios da economicidade e da eficácia, consistindo precisamente no balanço entre os custos e os benefícios (balanço custo-benefício, também denominado *cost-benefit analysis* ou ainda, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado francês *bilan-coût-avantages*).

Do ponto de vista econômico, a eficiência é aferida pelo critério da eficiência de Pareto e, também, pelo critério de eficiência Kaldor-Hicks, que constitui uma evolução do primeiro, de modo a tornar a análise mais próxima da realidade. Em última análise, a eficiência de Kaldor-Hicks constitui a aplicação da noção de balanceamento de custos e benefícios. Aplicação desse critério no âmbito da Administração Pública não contraria outros princípios a que está igualmente submetida, nem está em choque com a finalidade de interesse público que lhe é inerente.

O contrato representa uma operação econômica, e como tal, deve levar em conta aspectos econômicos, tais como eficiência, externalidades, assimetria de informações (seleção adversa, *moral hazard* e *hold up*), além da teoria dos custos de transação. Em se tratando de parcerias público-privadas, revela-se de grande importância, para fins de alocação de riscos, a análise econômica sob a ótica da teoria da agência (principal-agente) e a sua consideração como contrato incompleto, especialmente em virtude dos custos de transação envolvidos e das assimetrias informacionais (seleção adversa, risco moral e *hold up*).

Nesse diapasão, a repartição de riscos em parcerias público-privadas deve sempre buscar a configuração que proporcione a maximização da eficiência, uma vez que a ineficiência contratual levará fatalmente à elevação de custos, prejuízos à economicidade e à inadequada prestação do serviço público, com prejuízos à qualidade e mesmo à continuidade.

A teoria dos custos de transação tem especial aplicação na repartição de riscos, uma vez que a própria identificação dos riscos e, pois, a (in)completude contratual estão condicionadas pelo nível dos custos de transação.

Finalmente, as diretrizes de alocação de risco levam em conta a regra fundamental segundo a qual os riscos devem ser alocados a parte que tenha maior capacidade de gerenciá-los e ao menor custo. Além disso, outras três diretrizes são relevantes: (i) não se deve atribuir riscos à parte que possa externalizá-los; (ii) deve-se atribuir riscos à parte que possa contratar seguro para tais riscos, desde que a um custo razoável; e (iii) quando não for claro qual a alocação mais eficiente de certos riscos, deve-se transferi-los à parte sobre a qual devam naturalmente recair. Esses critérios ou diretrizes se aplicam à alocação *ex ante* de riscos, ou seja, antes de sua ocorrência e por ocasião da formatação do modelo contratual.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. As PPPs e as concessões administrativas. In: In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.
- ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34-74.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2017.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governança pública**. Coimbra: Almedina, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A natureza jurídica da concessão de serviço público. In: **Revista de Direito Público – RDP**, v. 19, São Paulo, RT, p. 9-36, jan./mar. 1972.
- _____. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 26, Rio de Janeiro, FGV, p. 1-18, out./dez. 1951.
- BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BERNSTEIN, Peter L. **Desafio dos deuses**: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. Estados Unidos: *Library of Congress*, 1990.
- BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil**: fundamentos e estudo de casos. São Paulo: Atlas, 2008.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes estatais: o lucro é incompatível com a missão social? In: In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 256-269.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Economia política para o curso de direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.
- CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015, p. 257-281.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Gestão de risco na administração pública e nos contratos administrativos**. Apostila do Seminário Nacional “Gestão de risco na administração pública e nos contratos administrativos”, São Paulo: Zênite, 2017.
- CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessão: equívocos do legislador brasileiro. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (Coord.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 237-262.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- CID, Clarissa Felipe. **O serviço de utilidade pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Chicago, The University of Chicago Press, Journal of Law and Economics, vol. 3, oct. 1960, p. 1-44. Disponível em: <<<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>>. Acesso em: 15.01.2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREIA, Fernando Alves. **As garantias do particular na expropriação por utilidade pública**. Coimbra: Almedina, 1982.

COSSALTER, Philippe. A “*private finance initiative*”. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005, p. 425-489.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: **Revista da PGE: cadernos de direito público** Almiro de Couto e Silva. Porto Alegre, n. 57, p. 207-235, dez. 2003.

CRETELLA JR., José. Reflexos do direito civil no direito administrativo. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 10, p. 187-201, jun. 1977.

_____. As categorias jurídicas e o direito público. In: **Revista da Faculdade de Direito - USP**. São Paulo, v. 62, n. 2, p. 213-222, 1967.

_____. **Tratado de direito administrativo – vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo, RT, 2015, p. 51-71.

DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernández. **Derecho público romano: y recepción del derecho romano en España, Europa e Iberoamérica**. Madri: Civitas, 2002.

DE MEYER, Arnoud; LOCH, Christoph H.; PICH, Michael T. Managing Project uncertainty: from variation to chaos. In: **Sloam Management Review**, v. 43, n. 2, p. 60-67, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível na internet em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2017.

DIAS, Fernando. **Gerenciamento dos riscos em projetos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance**: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. **The economics of public-private partnerships**: a basic guide. Nova Iorque: Cambridge University, 2014.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. In: **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 25-45, jan.-mar. 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Parcerias público-privadas (PPPs): características, regulação e princípios. In: **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan./fev. 2005. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=501106. Acesso em 27 jun. 2017.

FROUD, Julie. The private finance initiative: risk, uncertainty and the state. In: **Accounting, Organization and Society**. v. 28, n. 6, p. 567-589, ago. 2003.

FUX Luiz; MAGALHÃES, Andréa. Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 762-784.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, p. 77-125, mar./abr. 2007.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington, D.C.: The World Bank, 2004.

GUERRA, Sérgio. Riscos, assimétricas regulatórias e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno (coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Direito privado na administração pública brasileira atual: algumas perspectivas. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 207-225.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceira público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 233-256.

HILLSON, David. **Managing risk in projects**. Surrey: Gower, 2009.

_____; MURRAY-WEBSTER, Ruth. *Understanding and managing risk attitude*. Aldershot: Gower, 2005.

HOLTON, Glyn A. *Defining risk*. In: *Financial Analyst Journal*, CFA Institute, v. 60, n. 6, p. 19-25, nov./dez. 2004.

JOIA, Luiz Antonio; SOLER, Alonso; BERNAT, Gisele Blak; RABECHINI JR, Roque. **Gerenciamento de riscos em projetos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

JOLIVET, Régis. **Tratado de filosofia**. Tomo I – Introdução geral, lógica e cosmologia. Rio de Janeiro: Agir, 1969.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2015.

_____; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 33-50.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1964.

LAUBADÈRE, André de. **Direito público econômico**. Coimbra: Almedina, 1985.

LIMA, Fabiano Guasti. **Análise de risco**. São Paulo: Atlas, 2016.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. Paris: Dalloz, 2001.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa. **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 331-351, 2004.

_____. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando os riscos nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de. **Parceria público-privada: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo, Quartier Latin, p. 53-85, 2008.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, Ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

_____. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-29.

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein. As formas de pagamento da contraprestação pública. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 122-141, 2011.

_____; ZAGO, Marina Fontão. O aporte de recursos: evolução na busca de maior eficiência para as PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, p. 415-438, 2015.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933.

MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo, RT, p. 11-17, 1995.

MONTEIRO, Vera. **Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOBRE JR., Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. In: **Direito Federal - Revista da AJUFE**. São Paulo, ano 23, n. 83, 1º trimestre, p. 77-103, 2006.

_____. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 241, Rio de Janeiro, FGV, p. 209-240, jul./set. 2005.

_____. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

_____. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, p. 404- 416, 2014.

_____.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada:** aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; Marques Neto, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito público em evolução:** estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 475-487.

PÉREZ-GÓMEZ, Santiago Castán. **Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano.** Madri: Dykinson, 1996.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** México: FCE, 2007.

_____. **Fronteiras da teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAZ, Tzvi; HILLSON, David. *A comparative review of risk management standards.* In: **Risk Management: An International Journal**, v. 7, n. 4, p. 53-66, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito:** uma introdução. Coimbra: Almedina, 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos:** contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: RT, 2015.

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

_____; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93. In: Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante-a-lei-8-666-93>>. Acesso em 07.09.2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parceiras público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17-46.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 103-136.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; NÉBIAS, Diogo. Breves notas sobre o *project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords.). **Elementos de direito da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 53-87.

YESCOMBE, E.R. **Public-private partnerships**: principles of policy and finance. Oxford: Elsevier, 2010.

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

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.