



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLARA FERREIRA CARDOSO DE OLIVEIRA

**A EFICIENTE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS
DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA: UMA
ANÁLISE À LUZ DO (DES)EQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO**

Salvador
2020

CLARA FERREIRA CARDOSO DE OLIVEIRA

**A EFICIENTE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS
DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA: UMA
ANÁLISE À LUZ DO (DES)EQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Vitor Moreno Soliano Pereira

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

CLARA FERREIRA CARDOSO DE OLIVEIRA

A EFICIENTE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO (DES)EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

À
Minha família e aos meus amigos que
são o meu elo mais forte e sem os
quais nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que esteve, durante toda a minha trajetória na Faculdade, guiando os meus passos, me iluminando e incluindo pessoas maravilhosas na minha vida.

Agradeço, com enorme carinho, a toda a minha família, mas, em especial, à minha mãe, que é para mim sinônimo de amor, força, determinação e coragem, à minha irmã, Natália, por sempre estar ao meu lado e me acompanhar com muita positividade, e ao meu pai, que com certeza esteve de lá do céu me protegendo, me guiando e vibrando a cada pequena vitória. A eles, que são a minha inesgotável fonte de amor e inspiração, eu dedico toda a minha caminhada.

Às minhas “sete”, Dea, Nanda, Rol, Mc, Bela e Nati, também às minhas Maris e à minha Juju, que são minhas grandes companheiras da vida, minhas amigas de todas as horas, agradeço por todo o apoio, torcida, por todas as conversas, enfim, por tudo.

Aos grandes presentes que a Faculdade Baiana de Direito me trouxe, meus amigos de graduação (e que se tornaram amigos da vida), em especial, Mari, Manu, Bia, Clarinha, Kray, Mc e Tuca, que foram companhias fundamentais ao longo de todo o curso.

A Thierry, meu ex-chefe, que possibilitou o meu primeiro contato com o vasto “mundo” das concessões, ao me contratar como estagiária da Concessionária do Aeroporto de Salvador, e que esteve sempre disponível para me auxiliar ao longo deste trabalho.

Por fim, ao meu orientador, Vítor Soliano, por todo o cuidado, dedicação, contribuições e disponibilidade.

Enfim, todos vocês foram essenciais e merecem o meu eterno agradecimento.

RESUMO

A deficiência de infraestrutura no Brasil, aliada à insuficiência de recursos públicos, determinou no passado, e continua determinando no presente, a adoção dos contratos de concessão pública como mecanismos necessários ao investimento em infraestrutura, já que promove a união dos setores público e privado, a fim de possibilitar o desenvolvimento econômico e social do país. O presente trabalho demonstrará que estes contratos têm como características relevantes a incompletude, a imprevisibilidade, a longevidade e a complexidade, o que os sujeita a inúmeros riscos e incertezas que, concretizados, poderão afetar o equilíbrio econômico-financeiro dessas avenças. Deste modo, a evolução da compreensão acerca da alocação de riscos em três diplomas legais – a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/04 – será objeto de análise, destacando a importância da mudança de paradigma no âmbito dessas contratações público-privadas, promovida pela última legislação examinada. Neste contexto, este trabalho monográfico busca investigar a importância e a função de uma eficiente alocação de riscos contratuais, entre poder concedente e concessionário, com a finalidade de esclarecer se esta se apresenta como instrumento apto a evitar o desequilíbrio econômico-financeiro desses contratos e viabilizar a manutenção da qualidade da infraestrutura e serviço prestados, em prol do atendimento do interesse público que é inerente a estas contratações.

Palavras-chave: infraestrutura; desenvolvimento; contratos de concessão pública; eficiente alocação de riscos; equilíbrio econômico-financeiro; desequilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

Infrastructure deficiency in Brazil, associated with insufficient public resources, determined in the past, and continues to determine today, the choice of public concession contracts as necessary mechanisms for investment in infrastructure, since it promotes the union of the public and private sectors, in order to enable the country's economic and social development. The present work will demonstrate that these contracts have, as relevant components, incompleteness, unpredictability, longevity, and complexity, which subject them to countless risks and uncertainties that, when materialized, may affect the economic and financial balance of these covenants. Thusly, the evolution of the comprehension regarding risk allocation in three legal instruments - Law nº 8.666/93, Law nº 8,987/95 and Law nº 11079/04 - will be analyzed, highlighting the relevance of the paradigm shift within the scope of these public-private contracts, promoted by the last legislation examined. Within this framework, this monographic work seeks to investigate the importance and purpose of an efficient allocation of contractual risks, between the granting authority and the concessionaire, in order to clarify whether this presents itself as an instrument capable of preventing the economic and financial imbalance of these contracts and making feasible maintaining the quality of the infrastructure and services provided, in order to serve the public interest that is inherent in these contracts.

Keywords: infrastructure; development; public concession contracts; efficient allocation of risks; economic and financial balance; economic and financial imbalance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
CF/88	Constituição Federal da República
LGL	Lei Geral de Licitação
nº	número
PPI	Programa de Parcerias de Investimento
PPP	Parceria Público-Privada
VLT	Veículo Leve de Transporte

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INFRAESTRUTURA PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL	13
2.1 CONCEITO DE INFRAESTRUTURA: UMA BREVE ANÁLISE ATÉ A ATUALIDADE	14
2.2 A INFRAESTRUTURA ECONÔMICA E O SEU IMPACTO SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO PAÍS	16
2.3 A CRISE DO MODELO DE ESTADO INTERVENTOR E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO	19
2.3.1 A necessidade de investir em infraestrutura no Brasil	23
2.3.2 As concessões como instrumentos necessários para viabilizar projetos de infraestrutura	25
2.3.3 A segurança jurídica e a transparência como meios de atração do capital privado	27
3 REGIME JURÍDICO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	30
3.1 CONCESSÕES PÚBLICAS	30
3.1.1 Concessão comum	32
3.1.2 Parcerias público-privadas	38
3.1.2.1 Concessão patrocinada	41
3.1.2.2 Concessão administrativa	44
3.2 INCOMPLETUDE CONTRATUAL	45
3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	47
3.3.1 A proposta como “guia-mestre”	50
3.3.2 O caráter dinâmico da manutenção e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões públicas	52
4 A EFICIENTE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA	54
4.1 DEFINIÇÃO DE RISCO	55

4.2 A EVOLUÇÃO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS DIPLOMAS LEGAIS	57
4.3 A MATRIZ DE RISCOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	63
4.3.1 Regras, diretrizes e critérios para a eficiente alocação de riscos contratuais	67
4.3.2 Exemplos de matrizes de alocação de riscos	73
4.3.2.1 Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas	73
4.3.2.2 Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Salvador	77
4.3.2.3 Contrato de Concessão Patrocinada – VLT do Subúrbio	81
4.4 ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCO: SOLUÇÃO PARA EVITAR O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CONCESSIONAIS?	86
5 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a demanda pelo desenvolvimento econômico e social é uma constante que encontra em seu caminho diversas variáveis. Dentre elas estão os gargalos de infraestrutura e a escassez de recursos públicos.

Neste contexto, diga-se de passagem atual, os contratos de concessão de infraestrutura pública apresentam-se como importantes mecanismos catalisadores do desenvolvimento nacional, uma vez que viabilizam a implementação de infraestruturas e a prestação de um serviço público correlato, sem onerar, de imediato e/ou unicamente, os cofres públicos.

Conforme será demonstrado no presente trabalho, estas contratações são marcadas pela complexidade, longevidade e incompletude, características que as sujeitam a uma série de riscos dos mais diversos âmbitos (político, econômico, empresarial, social etc) e que, materializados, poderão comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, em casos extremos, prejudicar a manutenção da infraestrutura e do serviço público delegados, comprometendo o atendimento ao interesse social envolvido, em desfavor de toda a sociedade.

Assim, dentro de uma lógica de manutenção da sustentabilidade econômica destes contratos, a pauta da alocação eficiente dos riscos entre as partes contratantes assume posição de relevo e é neste contexto que surge o problema que originou o presente trabalho: seria a eficiente alocação de riscos, entre o poder concedente e o concessionário, a solução para evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura pública e suas consequências desastrosas à manutenção e gestão da infraestrutura implementada e à satisfação do interesse social/público?

Dito isso, insta salientar que o presente trabalho destina-se a examinar a finalidade de uma eficiente alocação de riscos entre as partes contratantes, para assim, responder se esta se mostra como uma solução apta a evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais. Para tanto, far-se-á necessário perpassar pelo exame de elementos que os compõem e fundamentam.

O primeiro capítulo de desenvolvimento tratará da infraestrutura pública e da sua importância para o desenvolvimento nacional, fazendo uma breve análise acerca do conceito de infraestrutura, analisando os impactos econômicos e sociais, decorrentes do investimento em infraestrutura e da sua contribuição para o desenvolvimento nacional. Demonstrará, também, o processo de Reforma Administrativa pelo qual passou o Estado brasileiro, responsável por inaugurar o modelo gerencial da Administração Pública, que determinou a adoção dos contratos de concessão como mecanismos necessários para viabilizar os investimentos em infraestrutura e, assim, promover o desenvolvimento da nação. Ao final do capítulo, compreendendo a imprescindibilidade da captação dos recursos privados para a consecução do objetivo de desenvolvimento nacional, chamar-se-á a atenção para a necessidade de conferir segurança jurídica a essas contratações, como forma de atrair a iniciativa privada.

O segundo capítulo de desenvolvimento, por sua vez, analisará o regime jurídico das concessões públicas, aí abarcadas a concessão comum e as parcerias público-privadas, de modo a sintetizar as suas principais características, os marcos legais que as regulamentam e o racional envolvido nessas contratações. Destina-se, ainda, tópico específico para tratar acerca da incompletude destes contratos, tema de extrema relevância para a formulação da resposta ao problema de pesquisa. E, por fim, mas não menos importante, elucidar-se-á as principais questões que circundam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, sua manutenção e recomposição, eis que peça essencial para desenvolvimento do trabalho, chamando atenção para a sua faceta dinâmica nestes contratos.

Por fim, o terceiro capítulo de desenvolvimento será responsável por tratar acerca da eficiente alocação de riscos nos contratos de concessão de infraestrutura pública. Para tanto, elucidar-se-á o conceito de risco, diferenciando-o do conceito de incerteza, com o qual é costumeiramente confundido. Na sequência, demonstrar-se-á a evolução da alocação de riscos em três diplomas legais, quais sejam, a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/04 e as consequências decorrentes dessa evolução. Este capítulo discorrerá, ainda, acerca do instrumento contratual que conforma a alocação dos riscos, qual seja, a matriz de riscos, demonstrando a sua finalidade e importância para o ganho de eficiência nos contratos concessionais. Serão explanadas, também, regras, diretrizes e critérios necessários à eficiente

alocação de riscos e, com a finalidade de demonstrar na prática como ocorre a alocação dos riscos contratuais, aproveita-se para trazer três matrizes de riscos de contratos de concessão. Ao final, será esposto o objetivo e a importância de uma eficiente alocação de riscos contratuais, para, assim, responder o problema que originou o presente trabalho monográfico.

Cumprе ressaltar, ainda, que este trabalho utilizou o método de pesquisa hipotético-dedutivo, proposto pelo filósofo Karl Popper. Desta forma, as hipóteses apresentadas serão submetidas a um processo de falseamento, de modo a serem testadas, sendo ao final, confirmadas ou não. Para além disso, a pesquisa desenvolveu-se na forma bibliográfica e qualitativa, mediante a análise de artigos e monografias já publicados, texto de lei, doutrinas, periódicos e internet, buscando compreender o objeto do trabalho através da pesquisa bibliográfica realizada.

2 INFRAESTRUTURA PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Incontestavelmente, o investimento em infraestrutura pública é o grande propulsor do desenvolvimento econômico e social de uma nação. Isto, porque, conforme se exporá no presente capítulo, um arranjo apropriado de infraestruturas em um país é capaz de promover inúmeros impactos positivos, tanto na seara econômica, quanto na social. Nas palavras de André Castro Carvalho¹, a infraestrutura pública é “um verdadeiro sustentáculo do Estado em matéria de crescimento e desenvolvimento econômico e social”.

Desta forma, imprescindivelmente, deverá o Estado estruturar as condições para o investimento em infraestrutura como instrumento de política pública voltado a fomentar o desenvolvimento econômico e social da nação.

Portanto, destina-se o presente capítulo a tratar da infraestrutura pública e da sua importância para o desenvolvimento nacional. Essa análise apresenta-se como necessária para a construção do presente trabalho e para a resposta ao problema que lhe deu origem, diante do crescente uso dos contratos de concessão pública como instrumento possibilitador dos investimentos em infraestrutura dentro de um cenário de arrocho fiscal, como se verifica no Brasil.

Para tanto, far-se-á uma breve análise histórica acerca do conceito de infraestrutura até a atualidade, passando à análise dos impactos por esta gerados no desenvolvimento econômico e social de um país.

Demonstrar-se-á, ainda, que o Estado brasileiro passou por uma Reforma Administrativa, responsável por inaugurar o modelo gerencial da Administração Pública, o que determinou a inclusão da iniciativa privada, por meio dos contratos de concessão pública, como instrumento necessário para viabilizar os investimentos em infraestrutura e, assim, possibilitar a consecução do objetivo desenvolvimentista.

¹CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura**: Perspectiva Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 39.

2.1 CONCEITO DE INFRAESTRUTURA: BREVE ANÁLISE ATÉ A ATUALIDADE

O tema infraestrutura pública é tratado desde os primórdios das civilizações antigas, quando havia uma preocupação em construir grandes estruturas a serem utilizadas para promover a defesa de determinado território, bem como para incrementar a capacidade produtiva de uma região².

Um grande exemplo disso é o Império Romano, responsável por um vasto programa de obras públicas, especialmente pela construção de uma vultuosa rede de estradas (estima-se a construção de cerca de em mil quilômetros quadrados de rodovias e pontes) que serviram como meio facilitador para a comunicação dentro do império e para a sua melhor administração³.

Entretanto, a despeito de as infraestruturas já existirem desde as civilizações antigas, entende-se que o uso do termo infraestrutura, no seu sentido atual, iniciou-se na Segunda Guerra Mundial, uma vez que ela servia como suporte para as operações militares. Naquela época, as rodovias eram imprescindíveis para que os veículos terrestres e tropas do exército pudessem avançar, os portos e estaleiros eram indispensáveis para que os navios de guerra da marinha operassem e, igualmente, os aeroportos militares eram essenciais para a atuação dos aviões de guerra.⁴

Desta forma, ter uma infraestrutura base era condição *sine qua non* para o avanço de operações militares. E, apenas ao final destas operações, a infraestrutura que lhe apoiava, em tempos de guerra, passava a ter fins civis, em tempos de paz, figurando como meio gerador de oportunidades para desenvolver as regiões⁵.

Portanto, desde aquela época, era a infraestrutura a base estrutural que possibilitava o esforço de guerra e, após o período de combate, esta era destinada a uso pela sociedade civil.

Por isso que a evolução da infraestrutura na área militar foi de extrema importância para separá-la do conceito de operações militares e agregá-la à vida civil e, é no

²CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura**: Perspectiva Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 47.

³*Ibidem*, p. 65.

⁴*Ibidem*, p. 95.

⁵*Ibidem*, *loc. cit.*

momento em que a infraestrutura pode ter também um uso civil que ela começa a ser considerada como tal, na forma hoje entendida, já que, destinada apenas a fins militares, ela é considerada “instalações militares”, e não infraestrutura.⁶

Na atualidade, entende-se por infraestrutura:

[...] estruturas necessárias para o funcionamento da economia e da sociedade, não consistindo em um fim em si mesmo, mas em instrumentos para dar suporte ao desenvolvimento econômico e social de uma determinada região⁷.

Nesse mesmo sentido, compreende Gilberto Bercovici, que os empreendimentos de infraestrutura seriam uma condicionante para o desenvolvimento das demais atividades⁸. Portanto, considera-se infraestrutura equipamentos físicos sobre os quais uma atividade se realiza, sendo a base, o suporte.

A toda evidência, a infraestrutura não é um fim e si mesmo, sendo um meio para que o Estado cumpra um objetivo. É uma obra ou instalação artificial (daí fala-se em artificialidade como característica), cujo titular é o Estado, que se vincula à exploração de um serviço público, atividade econômica ou a um uso geral, remunerado ou não⁹.

Assim, considerando que a infraestrutura pública funciona como sustentáculo necessário ao cumprimento de algum objetivo estatal, como a prestação de um serviço público, evidente que o investimento nesta radiará efeitos sobre a sociedade como um todo. O tópico seguinte se destina a tratar de alguns destes impactos que são reflexo do investimento em infraestrutura.

⁶CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 98.

⁷YESCOMBE, E. R. *apud* NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 55.

⁸BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.18.

⁹*Ibidem*, p.22.

2.2 A INFRAESTRUTURA ECONÔMICA E O SEU IMPACTO SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO PAÍS

De início, insta salientar que a infraestrutura pode ser subdividida em dois grupos: (i) a infraestrutura social e urbana, voltada aos cidadãos e seus domicílios, abarcando habitação, saneamento e transporte urbano, e (ii) a infraestrutura econômica, cujo foco principal é dar suporte às atividades desempenhadas pelo setor produtivo, compreendendo as rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia elétrica, petróleo e gás natural, biocombustíveis e telecomunicações.¹⁰

O enfoque, no presente trabalho, será sobre a infraestrutura econômica e os impactos desta para o desenvolvimento nacional.

Necessário, ainda, distinguir dois conceitos que, apesar de complementares, não se confundem: (i) serviços de infraestrutura, que nada mais são do que serviços que têm por objetivo satisfazer as necessidades de um indivíduo ou de uma sociedade, sendo de interesse público, e (ii) infraestrutura, que consiste na base física, na estrutura sobre a qual a prestação de tais serviços se desenvolverá.¹¹

Da referida distinção, resta clara a relação de simbiose entre ambos os conceitos, uma vez que os serviços públicos, imprescindíveis para o atendimento de necessidades da população de um país, dependem de uma estrutura que servirá de base para a sua prestação, isto é, de uma infraestrutura correlata.

Inegavelmente, uma adequada oferta e disponibilidade de infraestrutura e serviços correlatos é um dos mais importantes aspectos das políticas de desenvolvimento econômico e social de um país, sendo condição indispensável para a criação de vantagens competitivas na economia.¹²

Destarte, a disposição de uma infraestrutura econômica adequada é elemento decisivo para propiciar e fomentar o desenvolvimento econômico e social de um país. São inúmeras as razões que justificam a referida assertiva e que a tornam

¹⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Livro 6, v. 1. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_vol1.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020. p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p 16.

¹² *Ibidem*, p 17.

premissa comum entre os especialistas. Pretende-se demonstrar algumas delas no presente tópico.

A infraestrutura é a base das atividades produtivas, não sendo possível que um país alcance um grau de desenvolvimento econômico razoável sem que direcione investimentos para a criação e melhoria de infraestruturas¹³. Veja que, conforme se extrai do seu próprio conceito, tratado no tópico anterior, a infraestrutura serve de base para que algo se desenvolva.

Não por outro motivo, se a infraestrutura de um país é precária, a competitividade e a capacidade de desenvolvimento econômico do país é reduzida a grau mínimo.¹⁴

Portanto, fato é que a infraestrutura impacta o sistema econômico de um país e o investimento nela promete gerar um ganho de eficiência, uma vez que é capaz de tornar os investimentos produtivos mais rentáveis e, portanto, mais atraentes. Tais impactos na economia podem se dar por meios diretos e indiretos.¹⁵

Com o investimento em infraestrutura verifica-se uma expansão da capacidade de abastecimento ou de escoamento da produção, uma vez que, em conjunto, rodovias, ferrovias, portos e aeroportos, por exemplo, possibilitam uma maior conectividade e articulação entre economias nacionais e destas com a economia mundial, viabilizando um fluxo comercial. Trata-se de um impacto direto.¹⁶

Além disso, indiretamente, a disposição adequada de infraestrutura econômica é capaz de incrementar a produtividade total dos fatores de produção. No tocante à infraestrutura de transportes, por exemplo, observe que estradas bem pavimentadas reduzem os custos de manutenção de veículos, o valor do frete, o tempo de transporte de mercadorias, dentre outras benesses. Relevante, ainda, no setor de transportes e logística, a disponibilidade de meios alternativos de escoamento da

¹³ BERTOCCELLI, Rodrigo; CARVALHO, André Castro. **Oportunidades e desafios em infraestrutura para os próximos 4 anos**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/oportunidades-e-desafios-em-infraestrutura-para-os-proximos-4-anos-26122018>. Acesso em: 15 jun 2020. p. 2.

¹⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Livro 6, v. 1. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_vol1.pdf.

Acesso em: 10 jun. 2020. p.17.

¹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

produção (como ferrovias) pode baratear custos com logística de uma empresa e ampliar a sua eficiência, de modo a elevar a competitividade.¹⁷

Neste ponto, a melhoria das condições das rodovias e modais alternativos de transportes poderá viabilizar o alcance a áreas mais remotas, podendo gerar maior oferta de mão de obra, diante da facilitação de deslocamentos, bem como, com o aumento da capacidade de escoamento, a demanda por produtos diversos poderá ser ampliada, e também facilitar o escoamento da produção nos mercados internos e externos.¹⁸

Sejam os impactos diretos ou indiretos, evidentemente eles possuem o condão de gerar um incremento na capacidade produtiva de empresas e indústrias, o que decerto privilegiará todo o país.

Isto, porque, se as empresas produzem mais há uma tendência à redução dos preços dos produtos, ampliando a demanda por bens e serviços e, conseqüentemente, expandindo a necessidade por mão de obra, o que certamente acarretará um aumento no nível de emprego e nos salários. Não se pode deixar de recordar, ainda, o aumento do poder de compra dos consumidores, diante dos preços mais baixos, o que gera ganhos de bem-estar.¹⁹

Veja que há um processo de interação, cujo ponto de origem é o investimento em infraestrutura, que gera um ciclo extremamente virtuoso para o crescimento e desenvolvimento econômico e social de um país.

A toda evidência, são diversos os impactos e benefícios econômicos e sociais decorrentes de uma adequada distribuição de infraestrutura econômica pelo país, o que demanda o um investimento intenso e racional no setor.

Dentro dessa perspectiva, considerando-se que é do interesse de qualquer Estado (e, no caso do Brasil, uma imposição constitucional, consoante extrai-se do art. 3º, II,

¹⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Livro 6, v. 1. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_vol1.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020. p.17.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁹ *Ibidem*, p. 18-19.

CF/88²⁰) encontrar mecanismos capazes de promover o desenvolvimento econômico e social, apresenta-se a infraestrutura como um instrumento de intervenção política, econômica e jurídica do Estado²¹.

Ocorre que, os projetos de infraestrutura deverão considerar metas econômicas unidas a aspectos sociais, de modo a efetivamente atender à garantia do desenvolvimento nacional, com uma redução das desigualdades e promoção do bem de todos, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988²².

Em apertada síntese, evidenciada a relevância de uma adequada disposição de infraestrutura pública para o desenvolvimento nacional, diante dos inúmeros impactos e benefícios econômicos e sociais dela decorrentes, cabe ao Estado, utilizando-a como instrumento de política pública, buscar formas de investir no setor. Dedicase o tópico seguinte a este debate.

2.3 A CRISE DO MODELO DE ESTADO INTERVENTOR E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO

As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas pela forte presença do governo na economia brasileira, sendo os investimentos em infraestrutura realizados pelo Estado, seja diretamente ou por empresas estatais. Tais investimentos, no entanto, foram financiados por empréstimos externos, o que acabou desaguando em uma crise econômica, marcada pelo exaurimento dos recursos públicos, gerando reflexos nefastos nos investimentos em infraestrutura.²³

²⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

²¹CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura**: Perspectiva Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 50.

²²NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.92.

²³PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. *In*: PASTORE, Affonso Celso (Org). **Infraestrutura**: eficiência e ética. 1 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 3.

Neste contexto, no final dos anos 1980 ficou evidente a incapacidade dos Estados de utilizarem os recursos públicos para atender os crescentes interesses sociais²⁴.

Não por outro motivo, a década de 80 ficou conhecida como a “Década Perdida”²⁵, tendo sido marcada pela crise de financiamento do Estado, que culminou na perda da sua capacidade de financiar obras de infraestrutura e serviços públicos correlatos, trazendo consigo a ideia de ineficiência do Estado²⁶.

Assim, como resposta à profunda crise econômica e escassez de recursos públicos, foi criado, na década de 90, o Programa Nacional de Desestatização (PND), por meio da Lei nº 8.031/90, posteriormente revogada e substituída pela Lei nº 9.491/97²⁷, cujos objetivos fundamentais, trazidos em seu art. 1º²⁸, confluem para a diminuição de dispêndio público *pari passu* à retomada de investimentos, contando também com o capital privado.

Nesta esteira, a fim de possibilitar o crescimento econômico do Brasil, ante um cenário de inoperância, engessamento e ineficiência da máquina pública, somado à insuficiência de recursos financeiros, o país passou por um processo de reforma administrativa, por meio do qual se buscou superar o modelo burocrático, então

²⁴GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 21-22.

²⁵CEZARINI, Víctor. **O Programa Nacional de Desestatização na década de 90**. Disponível em: <https://terracoeeconomico.com.br/o-programa-nacional-de-desestatizacao-na-decada-de-90/amp/>.

Acesso em: 04 jul. 2020.

²⁶ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPP’s no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico – REDAE**, Salvador, n 2, maio-junho-julho de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 1.

²⁷BRASIL. **Lei nº 9.491 de 09 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

²⁸Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integram o Programa.

sucessor do modelo patrimonialista (que entendia o Estado como patrimônio do monarca), e firmar o chamado modelo gerencial.²⁹

Neste novo modelo, o enxugamento da máquina estatal e a introdução de métodos gerenciais mais modernos na administração pública foram mudanças pensadas para gerar o incremento de eficiência na gestão pública, de modo a atender às necessidades da sociedade. Para tanto, diagnosticou-se a necessidade de a iniciativa privada ser incluída na gestão do espaço público e, assim, o papel de regulador do Estado passa a prevalecer com relação ao de interventor.³⁰

A toda evidência, a passagem para o modelo gerencial de Estado tem como ponto marcante a transformação na forma deste de prover os empreendimentos de infraestrutura. O Estado continua como promotor do desenvolvimento econômico e social, por meio da estruturação das possibilidades de investimento em infraestrutura, mas assume um papel de regulador, e não mais de interventor e produtor direto.

Foi o que restou consignado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, aprovado no ano de 1995³¹:

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto de redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador deste desenvolvimento.

Toda a movimentação, centrada na busca por um menor protagonismo do Estado, fundou-se em três objetivos principais: (i) maior eficiência; (ii) redução da dívida pública; e (iii) retomada dos investimentos.³²

²⁹NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 30-34.

³⁰*Ibidem*, p. 30-32.

³¹BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020. p. 17.

³²VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado**. Texto para Discussão. nº 55. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/10074/2/Td-55%20A%20economia%20polit%3%adtica%20das%20polit%3%adticas%20publicas_as%20privatiza%3%a7%3%a3o%20e%20a%20reforma%20do%20estado._P.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020. p. 29.

O cenário foi de difusão de políticas públicas de desestatização e de privatização como forma de angariar recursos para manter e desenvolver setores econômicos fundamentais³³.

Com efeito, a década de 90 foi marcada por uma ampla abertura do setor público da economia, objetivando construir um cenário favorável para atrair o capital privado, direcionado à consecução dos interesses públicos crescentes³⁴. A promulgação das leis relacionadas à concessão de serviços públicos (a Lei nº 8.986/95 – Lei de Concessões – e a Lei nº 11.079/04 – Lei de PPPs) revela esse movimento de inclusão da iniciativa privada³⁵.

É nessa conjuntura que se verifica uma retomada da concessão. Aqui fala-se em “retomada”, porque a concessão é um instituto antigo, tendo sido “o primeiro modo de descentralização de serviços públicos”, nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti³⁶.

Ainda sobre este ponto, cumpre ressaltar que, em suas configurações inaugurais, a grande vantagem do Estado era a de que um serviço público essencial era prestado por ele, indiretamente, sem qualquer ônus financeiro e sem que lhe fossem imputados quaisquer riscos econômicos decorrentes da exploração. Contudo, o instituto evoluiu, posicionando o Estado como parte legítima para arcar com os eventuais prejuízos ocorridos com a outorga da concessão. Dessa evolução, emergiu o declínio do instituto e, juntamente, a ascensão das sociedades de economia mista e empresas públicas.³⁷

No entanto, conforme tratado alhures, a profunda crise da economia brasileira na década de 80, batizada como a “Década Perdida”, exigiu a transformação estrutural do Estado, uma vez que, limitada a sua capacidade de investimento, paralela à crescente demanda por infraestrutura pública e por desenvolvimento, apresentaram-

³³GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 23.

³⁴*Ibidem*, p. 21-22.

³⁵TADINI, Venilton; ROCHA, Igor. **As particularidades do investimento em infraestrutura**. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Texto-para-reflex%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 2.

³⁶GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 14 set. 2019. p. 5.

³⁷*Ibidem*, p. 5-6.

se como medidas necessárias o enxugamento da máquina pública e a inclusão da iniciativa privada para atender a estas finalidades.

E é exatamente nestas circunstâncias que o instituto da concessão ressurgiu, dentro de um movimento de contratualização e de redução da ideia de Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, vivenciado no final do século passado, com a Reforma Administrativa.³⁸

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a concessão como forma de redução do aparelhamento estatal é algo novo e ressurgiu numa modelagem de exploração concorrencial dos serviços que outrora foram monopolizados por empresas particulares e depois por empresas estatais, sob uma ótica de que os mercados em concorrência, comparados aos monopolistas, são mais eficientes³⁹.

No presente trabalho, tratar-se-á das concessões em seus novos contornos, após ressurgir como mecanismo de redução da máquina pública.

Em suma, verificada a incapacidade do Estado de financiar sozinho novos projetos de infraestrutura, tão necessários ao desenvolvimento nacional, restou clara a importância do capital privado para viabilizar os investimentos neste setor. É nessa conjuntura que as concessões ressurgem como instrumento de importância ímpar, como será visto ainda neste capítulo.

2.3.1 A necessidade de investir em infraestrutura no Brasil

Embora reconhecida como fator essencial para o desenvolvimento nacional, países em desenvolvimento, como o Brasil, não assentaram a infraestrutura pública na devida posição de evidência em suas políticas orçamentárias. É dizer, o orçamento público do Brasil esteve, na última década do século XX e início do século XXI,

³⁸GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 14 set. 2019. p. 4-5.

³⁹*Ibidem*, p. 5-6.

destinado essencialmente para questões como erradicação da fome, analfabetismo e redistribuição de riqueza, tendo focado em setores de saúde e educação.⁴⁰

Sem diminuir a importância destes setores, fato é que o baixo investimento em infraestrutura no Brasil consiste em um dos principais gargalos do desenvolvimento econômico e social do país. Portanto, mudar este cenário é medida que se impõe.

Necessário esclarecer que, mesmo após o processo de desestatização pelo qual passou o Brasil, conforme se demonstrou no tópico anterior, a enorme demanda por investimentos em infraestrutura seguiu e segue como elemento primordial para o desenvolvimento econômico do país.⁴¹

Ocorre que, a despeito de ser apontado como porta de saída da crise econômica brasileira, o investimento em infraestrutura vem sofrendo quedas. Estudo feito no ano de 2019, pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base – ABDIB, aponta que⁴²:

O Brasil investiu, em média, 1,7% do PIB na infraestrutura nos últimos três anos – e nunca investiu mais que 2,5% nos últimos 15 anos. Mas precisa investir 4,3% do PIB por dez anos seguidos para remover gargalos que dificultam o avanço da produtividade e o desenvolvimento econômico e social. Adaptar a infraestrutura brasileira ao que existe de fronteira tecnológica demandaria esforço ainda maior.

O mesmo estudo sustenta que há uma diferença enorme entre aquilo que o Brasil precisa investir para possibilitar o seu desenvolvimento e aquilo que de fato é feito. É praticamente uníssono o entendimento de que os investimentos não são suficientes, que o Estado precisa investir mais e também delegar à iniciativa privada, dentro das possibilidades. Assim, para superar os desafios de investimentos em infraestrutura no Brasil, aponta-se como necessária a união de esforços e experiências dos entes públicos e privados.⁴³

Neste contexto, a utilização de contratos de concessão de infraestrutura pública oportuniza essa reunião de esforços e complementariedade entre os setores

⁴⁰CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura**: Perspectiva Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 39.

⁴¹GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 22-23.

⁴²ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. **Barômetro da Infraestrutura Brasileira**: Percepção dos agentes do setor sobre o cenário atual e perspectivas futuras. Disponível em: https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Barometro_Infraestrutura_versao_final.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁴³*Ibidem*.

públicos e privados, tidos, cada vez mais, como primordiais ao desenvolvimento do país, como será analisado a seguir.

2.3.2 As concessões como instrumentos necessários para viabilizar projetos de infraestrutura

Para implantar projetos de infraestrutura, o Direito Público brasileiro dispõe de diversos modelos e a escolha do modelo mais adequado observará as circunstâncias concretas e específicas, devendo considerar a disponibilidade orçamentária, a intenção de assumir diretamente ou não a prestação do serviço, dentre outras questões. Essa escolha, que partirá do Estado, decorrerá de avaliação de política pública e de técnica gerencial.⁴⁴

Existem cinco modelos jurídicos gerais que podem ser utilizados para este fim: (i) os contratos administrativos comuns, regidos pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666/93); (ii) o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, instituído pela Lei nº 12. 462/2011; (iii) os contratos de concessão de serviço (precedidos ou não de obra pública), disciplinados pela Lei nº 8.987/95 (primeira lei de caráter geral e nacional a tratar de contratos de concessão no Brasil); (iv) os contratos de Parceria Público-Privada, disciplinados pela Lei nº 11.079/2004, que nada mais são do que espécies de concessões, a administrativa e a patrocinada, que, juntamente com as concessões comuns (Lei nº 8.987/1995), compõem as opções de implementação de infraestrutura pública através de contratos que permitem a exploração econômica do empreendimento pelo particular; e (v) o modelo de parcerias entre entes estatais, objeto da Lei nº 11.107/2005, que disciplina os consórcios públicos e os contratos de programa.⁴⁵

O presente trabalho destina-se tão somente à análise do terceiro e do quarto modelos, dentre os citados, eis que estes se apresentam como alternativas à

⁴⁴CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>. Acesso em: 05 jun. 2020. p. 3.

⁴⁵*Ibidem*, p. 4-5.

implementação de infraestruturas a partir de contratações que utilizam também o capital privado, que, em um cenário de arrocho fiscal, é imprescindível.

Não é novidade que os empreendimentos de infraestrutura demandam um aporte vultoso de capital, fato que confere à inclusão da iniciativa privada na implementação destes projetos uma posição de destaque.

Ora, a insuficiência de recursos públicos não se apresenta como justificativa para a redução de investimentos em infraestrutura. Cabe ao Estado, figura que tem como dever a promoção do desenvolvimento econômico e social do país, buscar alternativas aptas a propiciar tais investimentos.

Nas palavras de Marcos Nóbrega, em um contexto de crise econômica que limita a capacidade de financiamento do Estado, “o grande desafio torna-se encontrar saídas e mecanismos que ao mesmo tempo sejam sustentáveis e não exijam tanto dos cofres governamentais”⁴⁶.

É nessa conjuntura que os contratos de concessão, aí abarcadas as concessões comuns e as parcerias público-privadas, se destacam como instrumentos necessários ao financiamento dos investimentos em infraestrutura, nos quais se utiliza recursos privados⁴⁷, imprescindíveis para o desenvolvimento econômico e social.

O regime jurídico desta forma de contratação será tratado no capítulo seguinte. Contudo, cumpre esclarecer, de antemão, que as concessões públicas são, em termos gerais, contratos em que o ente privado fica incumbido de expandir, melhorar, construir e/ou manter a infraestrutura e administrar a prestação dos serviços, viabilizados por esta infraestrutura, custeando a construção através de contraprestação pública (total ou parcial, no caso das PPPs) e/ou dos recursos obtidos pela arrecadação decorrente dos serviços prestados aos usuários,

⁴⁶NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude contratual; Concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 36, outubro/novembro/dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompl etude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps>. Acesso em: 27 out. 2019. p. 1.

⁴⁷PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. *In*: PASTORE, Affonso Celso (Org). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 4.

possibilitando a amortização da dívida e o pagamento dos custos necessários à conservação da infraestrutura⁴⁸.

Assim, o ente público, sustentado pelo princípio da subsidiariedade, desonera-se da execução direta de atividades públicas, transferindo-as para entes da sociedade, entes privados.⁴⁹

Nesta senda, as concessões públicas se mostram como alternativas que passam a permitir a participação do empresário privado em projetos que necessitam de investimentos vultosos, garantindo o desenvolvimento da infraestrutura, trazendo eficiência com a gestão privada, sem apresentar impactos fiscais imediatos.⁵⁰

O grande desafio passa a ser, então, atrair o capital privado para investir em infraestrutura pública, o que apenas será possível através da construção de um ambiente seguro. Isto, porque, conforme se verificará no presente trabalho, tais contratos são, por excelência, incompletos, em razão da durabilidade e, conseqüentemente, dos diversos riscos e incertezas que trazem consigo.

2.3.3 A segurança jurídica e a transparência como meios de atração do capital privado

Diante de tudo quanto exposto, nota-se uma cadeia de elementos correlatos e interdependentes. São eles: (i) o desenvolvimento econômico e social do país, (ii) o investimento em infraestrutura pública, (iii) a atração do capital privado e (iv) a segurança jurídica e a transparência.

Observe que o almejado desenvolvimento nacional tem como condicionante o investimento em infraestrutura pública e este, em um país com limitação orçamentária, como é o caso brasileiro, eleva a figura do capital privado a uma posição de destaque, tornando imperiosa a sua atração.

⁴⁸PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. *In*: PASTORE, Affonso Celso (Org). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 7.

⁴⁹MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo *apud* GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 23.

⁵⁰NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

Ocorre que, conforme asseverou Flávio Amaral Garcia, os investimentos por meio do capital privado estão atrelados à “maximização da estabilidade, transparência e, principalmente, segurança jurídica”⁵¹. Portanto, somente através de segurança jurídica e transparência é que será possível captar recursos privados.

Compreendendo esta conjuntura, o Governo Federal, em 2016, criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, através da edição da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016⁵².

A Secretária Especial do PPI, Martha Seillier, afirmou que o referido programa, responsável pelo lançamento de um conjunto ambicioso de projetos de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, fora criado com o objetivo de facilitar o acesso dos investidores privados brasileiros e estrangeiros aos projetos de concessões, PPPs e privatizações desenvolvidos no território nacional.⁵³

Portanto, o PPI fora concebido com a finalidade de ampliar e fortalecer a relação entre o Estado e o setor privado, uma vez que a atração do capital privado, fundamental para a alavancagem da infraestrutura pública no Brasil, demanda segurança e transparência.

Na oportunidade, a Secretária ressaltou que, o fato de os contratos de concessão serem projetos cuja durabilidade média é de 35 anos, torna a clareza das regras, das obrigações e da forma de disposição de eventuais riscos, pontos fundamentais para o investidor privado. Uma definição precisa destas questões, somada à credibilidade da Agência Reguladora, facilitará a atração do capital privado para os projetos de infraestrutura pública.⁵⁴

Sem pretensão de reduzir, comparar ou medir a importância de cada um destes pontos trazidos como essenciais à atração do capital privado, no presente trabalho,

⁵¹GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 98.

⁵²BRASIL. **Lei nº 13.334 de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵³INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações. Entrevistadores: Isadora Cohen e Fernando Mercato. Entrevistada: Martha Seillier. Heavy Drops Media, 26 maio 2020. **Podcast**. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/0IKtS1YXUTmMCpJtatuWk4?si=nKfW-vmzTbKxOINwA0GI0Q>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁴*Ibidem*.

destaca-se a imprescindibilidade de uma definição precisa, na modelagem dos contratos, acerca dos riscos envolvidos, a fim de conferir maior segurança jurídica à contratação.

Por óbvio, esta precisa definição dos riscos não será a “tábua de salvação”, apta a eliminar todos os entraves à atração da iniciativa privada para os investimentos em infraestrutura pública. No entanto, ela possui a função de conferir maior transparência e segurança jurídica a essa relação contratual que é, por natureza, incompleta, complexa, duradoura e marcada por riscos e incertezas, conforme se verá nos capítulos seguintes.

Do exposto, verificada a necessidade de conferir segurança jurídica de modo a viabilizar estas contratações público-privadas, fundamental compreender os modelos jurídicos que conectam o Estado e a iniciativa privada.

3 REGIME JURÍDICO DAS CONCESSÕES COMUNS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Conforme explorado no Capítulo 2, o investimento em infraestrutura pública é condição *sine qua non* do desenvolvimento econômico e social brasileiro. Para viabilizar a implementação de infraestrutura pública faz-se necessário utilizar modelagens de contratação que envolvam o ente público, juntamente com o ente privado, em especial os contratos de concessão pública.

Desta forma, no presente capítulo tratar-se-á acerca do regime jurídico das concessões públicas, quais sejam, concessão comum e parcerias público-privada, subdividindo-se esta última em concessão administrativa e concessão patrocinada.

Posteriormente, elucidar-se-á as principais questões que circundam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, sua manutenção e recomposição, eis que peça essencial para desenvolvimento do presente trabalho.

3.1. CONCESSÕES PÚBLICAS

A concessão pública, como gênero que comporta as espécies concessão comum, concessão administrativa e concessão patrocinada, que serão exploradas neste capítulo, é uma forma de delegação de atividades eminentemente públicas que encontra guarida constitucional.

As concessões públicas são expressamente autorizadas pela Constituição Federal de 1988⁵⁵, a qual, em seu art. 175 previu que “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”.

Nesse mesmo sentido, os arts. 21, XI e XII, 25, §2º e 30, V da Carta Magna, prevêm, em termos gerais, que compete à União, Estados e Municípios,

⁵⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

respectivamente, explorar diretamente, ou mediante concessão, determinados serviços públicos.

Portanto, conforme se demonstrou no capítulo anterior, na conjuntura atual, em que o Estado brasileiro vê-se imerso numa crise econômica, diante dos escassos recursos públicos, e ao mesmo tempo evidencia-se a demanda pelo desenvolvimento econômico e social, as concessões públicas tornam-se instrumentos necessários para viabilizar projetos de implementação de infraestrutura, uma vez que, através deles possibilita-se o atendimento aos interesses e necessidades sociais e não se onera, somente e/ou de imediato, os cofres públicos.

Nesta quadrante, é indispensável que as concessões de serviço público sejam analisadas de modo muito complexo, eis que, para além da transferência de um serviço público ao particular, elas refletem uma política pública adotada pelo Estado, de modo a permitir o investimento em infraestrutura e em atividades essenciais.⁵⁶

Cumprido esclarecer, de antemão, que, com o advento da Lei nº 11.079/04⁵⁷ (Lei das PPPs), que introduziu no ordenamento jurídico o contrato de parceria público-privada, nas modalidades concessão administrativa e concessão patrocinada, a concessão de serviço público ou de obra pública, de que trata a Lei nº 8.987/95, passou a ser denominada concessão comum⁵⁸, como se depreende do art. 3º, §2º, da Lei nº 11.079/04.

Tratar-se-á, nos tópicos seguintes, acerca das principais características que conformam o regime jurídico de cada uma das modalidades de concessão, separadamente.

⁵⁶SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coords). **Contratos Públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 150.

⁵⁷BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

⁵⁸PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>. Acesso em: 30 out. 2018.

3.1.1 Concessão comum

O contrato de concessão comum consiste em um arranjo contratual no qual o ente público (poder concedente) transfere para o ente privado (concessionário) a realização de um serviço ou de uma obra pública, por sua conta e risco (ver-se-á, no capítulo seguinte, a divergência quanto a esta expressão), de modo que este realizará os investimentos e será remunerado, como regra, pela tarifa paga pelos usuários. Desta forma, a remuneração do concessionário não é certa e determinada, como ocorre nos demais contratos administrativos, o que atrai o risco do negócio para a essência da concessão.⁵⁹

Verifica-se, portanto, que o termo “concessão de serviços públicos”, no direito brasileiro, vem sendo utilizado para abranger não só a prestação de um serviço público, mas também a execução, manutenção ou exploração de uma obra, empreendimento ou equipamento público.⁶⁰

E não poderia ser diferente, já que, conforme ventilado no capítulo anterior, há uma relação de simbiose entre o serviço público e a obra de infraestrutura delegados. Ou seja, a infraestrutura construída servirá de base para a prestação do serviço público correlato.

Cumprе ressaltar que a concessão comum é a forma de concessão mais antiga no Brasil, tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Para além disso, foi editada a Lei nº 9.074/95⁶¹ de modo regulamentar a outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviço público.

Verifica-se, portanto, que para além da guarida constitucional, editou-se legislação própria com a finalidade de atrair capital privado para negócios envolvendo serviços

⁵⁹GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 23-24.

⁶⁰GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

⁶¹BRASIL. **Lei nº de 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

e obras de infraestrutura, firmando a ideia de uma verdadeira parceria entre as partes contratantes, em prol do atendimento de um interesse público.⁶²

Destarte, a Lei nº 8.666/93⁶³ (Lei Geral de Contratações Públicas) apenas poderá ser aplicada às concessões públicas subsidiariamente e com muita cautela, eis que o racional dos contratos de concessão é totalmente distinto das contratações ordinárias e uma aplicação indiscriminada e imprudente pode inviabilizar importantes projetos de infraestrutura.⁶⁴

Resta evidente essa diferença ao verificar que no modelo clássico, consagrado pela Lei nº 8.666/93, a responsabilidade do contratado se exaure na entrega da obra, na prestação do serviço ou no fornecimento do bem, não se preocupando com a eficiência ou utilidade do produto final. Na concessão comum, por sua vez, o concessionário não é um mero executor de tarefas incumbidas pelo poder concedente, pelo contrário, ele é responsável pelo resultado final obtido.⁶⁵

Esclarecidos estes pontos iniciais, passa-se agora a adentrar nas particularidades do contrato de concessão comum, notadamente, como se dá a decisão por celebrar este contrato, o procedimento licitatório, os possíveis objetos e as partes envolvidas na contratação, a forma de remuneração do concessionário, dentre outros aspectos.

Conforme preleciona o art. 5º, da Lei nº 8.987/95, a decisão por delegar um serviço e uma obra pública, via contrato de concessão, deverá ser motivada⁶⁶, ou seja, o poder concedente deverá publicar, previamente ao edital de licitação, ato que justifique a conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo⁶⁷.

Isto porque, é necessário que a concessão comum seja objetivamente mais eficiente, isto é, que o modo de gestão privado seja mais adequado, a fim de

⁶²GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 24.

⁶³BRASIL. **Lei nº de 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

⁶⁴GARCIA, Flávio Amaral. *Op. cit.*, 2019. p. 28.

⁶⁵PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁶⁶GARCIA, Flávio Amaral. *Op. cit.*, 2019. p. 25.

⁶⁷BRASIL. **Lei nº de 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

legitimar a decisão política de transferir a gestão do serviço para a esfera particular.⁶⁸

Justificada a outorga mediante concessão, passa-se à etapa de celebração do contrato, o que demanda um procedimento licitatório prévio, via de regra, na modalidade concorrência, a teor do art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/95⁶⁹. Neste ponto, cumpre ressaltar que, conforme disposto no art. 4º, VI e § 3º, da Lei nº 9.491/97, será possível a utilização da modalidade leilão para viabilizar as concessões⁷⁰.

Ainda, o art. 18-A, da Lei nº 8.987/95, permite que o poder concedente inverta as fases da licitação, passando o edital a primeiro exigir os envelopes contendo as propostas dos licitantes e, posteriormente, a analisar a documentação de habilitação da proposta classificada em primeiro lugar.⁷¹

Como em todo procedimento licitatório, no âmbito de uma concessão, existem critérios de julgamento, previstos no art. 15, da Lei nº 8.987/95, que balizarão a seleção da proposta vencedora. Nas palavras de Flavio Amaral Garcia⁷², deve-se considerar:

- (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (iii) a combinação, dois a dois, dos critérios menor valor da tarifa, maior oferta de outorga ou melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas; (iv) a melhor proposta técnica com preço fixado no edital; (v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; e (vii) a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

⁶⁸MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr/jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=73325>. Acesso em: 04 abr. 2018.

⁶⁹BRASIL. **Lei nº de 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 27out. 2019.

⁷⁰BRASIL. **Lei nº de 9.491 de 09 de setembro de 1997**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 28out. 2019.

⁷¹GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 38.

⁷²*Ibidem*, p. 38-39.

Passada essa análise, necessário verificar os possíveis objetos envolvidos em uma concessão voltada para a infraestrutura. Os incisos II e III do art. 2º, da Lei nº 8.987/95, trazem duas modalidades de concessão, respectivamente, sem e com execução de obra pública.

Extraí-se, portanto, três possibilidades: serviço público; serviço público precedido de obra pública; e obra pública. No primeiro, explora-se apenas o serviço público. No segundo, o foco é a prestação do serviço público, que dependerá de uma obra pública prévia. No terceiro, o poder público, por meio de um contrato administrativo, transfere ao concessionário a execução de uma obra pública, remunerando-o pelo valor pago pelos usuários da infraestrutura.⁷³

Ademais, não só na concessão comum, mas nas concessões públicas, verifica-se uma relação multilateral, cujas partes integrantes são: o poder concedente – ente federativo titular do serviço público, cuja gestão foi delegada; o concessionário – sociedade privada responsável pela execução e operação do serviço público, conforme regras fixadas pelo poder concedente; o usuário – destinatário final do serviço prestado e responsável por adimplir a tarifa, de modo a permitir o financiamento do serviço; e ente regulador – instituído, via de regra, como uma agência (autarquia especial), que objetiva equilibrar os interesses dos envolvidos, de modo a preservar o interesse público primário na gestão e execução do serviço⁷⁴.

Trata-se, portanto, de um instrumento multilateral, embora as partes signatárias sejam apenas o poder concedente e o concessionário.

Dito isto, necessário esclarecer que, em alguns contratos, o poder concedente e o ente regulador se confundem em um só ente. Veja, por exemplo, o Contrato de Concessão de Infraestrutura Aeroportuária de Salvador⁷⁵, no qual a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, figura como poder concedente e como ente regulador.

⁷³GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 25-27.

⁷⁴*Ibidem*, p. 28.

⁷⁵AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-salvador>. Acesso em: 29 maio 2020.

Ainda no tocante às partes, interessante notar que os concessionários são sempre pessoas jurídicas ou consórcio de empresas, por força do art. 2º, III, da Lei nº 8.987/95 e pela magnitude dos contratos de concessão. Ademais, a despeito de não haver uma obrigatoriedade, é comum que as empresas que assumam a concessão constituam uma sociedade de propósito específico, a qual terá como objetivo único a exploração do objeto contratual, extinguindo-se quando findo o contrato.⁷⁶

Nessa relação complexa há também, por conseguinte, um sistema remuneratório complexo que tem como principal fonte as tarifas pagas pelos usuários, admitindo, ainda, as receitas alternativas associadas ao negócio da concessão ou provenientes de projetos associados, as quais serão recolhidas e administradas pelo concessionário como forma de custeio e remuneração da concessão. Nota-se, portanto, que a retribuição financeira percebida pelo concessionário matém relação direta com os níveis de uso da infraestrutura e de fruição do serviço.⁷⁷

Cumprе ressaltar que foi a Lei nº 8.987/95, no seu art. 11, que previu a possibilidade de o poder concedente autorizar outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, para além da remuneração mediante tarifa paga pelos usuários, de modo a, inclusive, sustentar a modicidade das tarifas.⁷⁸

Imperioso elucidar, ainda, que, apesar de não ser a regra, é possível contraprestação da Administração Pública ao concessionário, mediante autorização legal específica para sua implementação⁷⁹, conforme previsto no art. 17 da Lei nº 8.987/95, art. 35 da Lei nº 9.074/95⁸⁰ e art. 12 da Lei nº 4.320/64⁸¹.

⁷⁶GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 30.

⁷⁷GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.

⁷⁸BRASIL. **Lei nº de 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

⁷⁹RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada**: Fundamentos Econômico-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65.

⁸⁰BRASIL. **Lei nº de 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

⁸¹BRASIL. **Lei nº de 4.320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 03 nov. 2019.

A toda evidência, a concessão de determinado serviço público pretende, ao mesmo tempo, eximir o Estado de prestar diretamente o serviço e atrair o capital privado para investir em projetos de interesse público, remunerando-os por meio dos usuários diretos.⁸²

No que tange ao prazo das concessões, observa-se que a Lei Geral de Concessões não estabeleceu prazos máximos e mínimos, o que não implica total liberdade. A concessão terá prazo determinado, devendo ser estabelecido no edital de licitação e no contrato, sendo necessário aferir, dentre outros fatores, o tempo necessário para que haja amortização dos investimentos realizados pelo concessionário.⁸³

Por tudo quanto exposto, apreende-se que, por meio da concessão, transfere-se apenas o exercício do serviço ou da obra pública, sendo reservada ao Estado a titularidade sobre estes. Tal fato torna possível que o poder concedente retome, durante o prazo da concessão, este exercício, em razão de interesse público, desde que haja lei autorizativa específica e pagamento prévio de indenização. Ora, considerando que a concessão tem prazo determinado e que o concessionário amortiza os investimentos durante a execução contratual, é imprescindível que este seja compensado pelo tempo de execução suprimido.⁸⁴

Esta, a chamada encampação, apresenta-se como uma forma de extinção prematura do contrato de concessão, decorrente de uma decisão política. Contudo, há seis outras hipóteses de extinção destes contratos, são elas: (i) término do prazo contratual; (ii) caducidade, que deriva de iniciativa da Administração Pública, em razão de descumprimento relevante do contrato pelo concessionário; (iii) rescisão, sucede da iniciativa do ente privado, em virtude de descumprimento relevante do contrato pelo ente público; (iv) anulação, quando o contrato for inválido, por vícios no processo de celebração ou mesmo em seu conteúdo; (v) ocorrência de caso fortuito ou força maior que comprovadamente impossibilite a execução do contrato; e (vi) falência ou extinção da empresa concessionária.⁸⁵

⁸²GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 22.

⁸³NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.97.

⁸⁴*Ibidem, loc. cit.*

⁸⁵RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 163.

Por fim, extinta a concessão, o poder concedente assumirá de imediato o serviço; todos os bens reversíveis (móveis e/ou imóveis, que deverão ser indicados no edital de licitação, a teor do art. 18, X, da Lei nº 8.987/95), que retornam ou são integrados ao patrimônio público; os direitos e privilégios que foram, por ocasião do contrato, transferidos ao concessionário, consoante previsão editalícia ou contratual.⁸⁶

3.1.2 Parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas surgiram no ordenamento pátrio como fruto de uma inspiração nas medidas privatizantes dos organismos de financiamento internacionais, em especial no modelo inglês.⁸⁷

Conforme ventilado, a Lei nº 11.074/04, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o chamado contrato de parceria público-privada, o qual se subdivide nas modalidades concessão administrativa e concessão patrocinada, cujas características principais serão expostas e analisadas nos subtópicos seguintes.

Esta modalidade de contratação emergiu, no Brasil, dentro de um contexto caracterizado essencialmente por gargalos de infraestrutura, que obstavam o desenvolvimento nacional, unidos à existência de atividades relevantes para a sociedade, cuja prestação dependia de uma infraestrutura correlata, mas que não eram autossustentáveis financeiramente e o Estado não era capaz de financiá-las sozinho.⁸⁸

Assim, encontrou-se nas parcerias público-privadas uma possibilidade de o Estado e a iniciativa privada repartirem os custos decorrentes da implementação de infraestruturas, uma vez que individualmente não seriam capazes assumí-los. Observa-se de um lado, as restrições financeiras do Estado e, do outro, a

⁸⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.98-99.

⁸⁷ *Ibidem*, p.99.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico – REDAE**, Salvador, n 2, maio-junho-julho de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 1.

insuficiência, ou mesmo inexistência, da tarifa para custear os investimentos e garantir a legítima lucratividade do negócio, que representaria a barreira ao ente privado.⁸⁹

São úteis, portanto, para projetos em que a receita derivada de tarifas pagas pelo usuário direto da infraestrutura e do serviço não é suficiente para remunerar o investimento, seja pela baixa capacidade contributiva dos usuários, seja pela insuficiência da demanda.⁹⁰

De fato, o modelo contratual de parcerias público-privadas é um instrumento disponível ao Estado, para que este fomente o desenvolvimento, diante da escassez de recursos públicos para investimento na prestação de serviços e implementação de infraestruturas. Isto porque, como visto, através das PPPs, o ente público e o ente privado dividem os custos necessários à implementação de infraestruturas, custos esses que nenhum deles poderia suportar individualmente.⁹¹

Conforme será demonstrado, uma PPP envolve dispêndio financeiro significativo para o Poder Público, em especial a concessão administrativa, na qual este arcará integralmente com a contraprestação devida ao concessionário. Portanto, o custo final de uma PPP tende a superar o custo decorrente da gestão do empreendimento diretamente pelo Poder Público⁹².

Desta forma, a opção pela PPP apenas se justifica diante da demonstração de que o “o valor criado para o capital investido (*value for money*) decorrente da gestão privada do investimento supera a diferença entre o custo do capital investido pelo setor privado e o custo capital que poderia ser investido diretamente pelo setor público”⁹³.

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico – REDAE**, Salvador, n 2, maio-junho-julho de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 1.

⁹⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>. Acesso em: 05 jun. 2020. p. 24.

⁹¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 39-40.

⁹² *Ibidem*, p. 45.

⁹³ *Ibidem*, p. 45-46.

Entende-se, portanto, que ao analisar o *Value for Money* o Estado verifica o custo-benefício da realização de um contrato de parceria público-privada, sendo necessário que se identifique um incremento na eficiência, um ganho social, para que se justifique o gasto.

Impõe-se ressaltar, ainda, que a Lei nº 11.079/04 traz em seu art. 2º, §4º algumas vedações à celebração de contratos de parceria público-privada, dentre elas: (i) a proibição de PPPs cujo valor seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (redação dada pela Lei nº 13.529/17⁹⁴) e (ii) cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos⁹⁵.

Apreende-se, portanto, que as referidas “cláusulas de barreira”, assim referenciadas por Marcos Nóbrega, evidenciam que os contratos de parceria público-privada são instrumentos que devem ser direcionados para viabilizar projetos vultosos e de longo prazo⁹⁶.

Nessa esteira, o art. 5º, I, da Lei de PPP, indica que o contrato deverá prever prazo de vigência “compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.⁹⁷

Nota-se, portanto, que a lei prevê um prazo dilatado, de modo a viabilizar a amortização, ao longo da execução do contrato, dos investimentos iniciais feitos pelo parceiro privado, tornando um negócio mais atrativo economicamente.⁹⁸

⁹⁴BRASIL. **Lei nº de 13.529 de 04 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas; altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública, a Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, que autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13529.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁹⁵BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

⁹⁶NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 90.

⁹⁷BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

⁹⁸GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 39-40.

Em suma, conforme demonstrado alhures, no contrato de parceria público-privada verifica-se a transferência da responsabilidade pela construção e gestão da infraestrutura ao parceiro privado. Referida transferência gera um incremento na eficiência na prestação dos serviços à sociedade, por algumas razões, quais sejam: (i) ao construir a infraestrutura, o parceiro privado observará e contemplará o tempo de vida útil dos bens que ficarão sob sua responsabilidade e gestão, de modo que empenhar-se-á em garantir maior qualidade das obras realizadas, seja por meio do material utilizado ou pelo modo de execução da obra; (ii) o parceiro privado escolherá as etapas mais adequadas para injetar maiores investimentos, a melhor maneira de prestar os serviços, utilizará as tecnologias mais modernas, valendo-se da sua *expertise* para tanto.⁹⁹

Para além do incremento na eficiência, essa delegação de responsabilidade ao parceiro privado oportuniza que o Poder Público foque na fiscalização, nos resultados, deixando para o parceiro privado o encargo de atingir as metas e as expectativas estabelecidas¹⁰⁰.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, aplicáveis a ambas as modalidades de concessão que compõem as parcerias público-privadas, passa-se a explorar cada uma delas de modo apartado.

3.1.2.1 Concessão patrocinada

A concessão patrocinada, conforme definição prevista no art. 2º, §2º, do referido diploma normativo, seria a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, de que trata a Lei nº 8.987/95, envolvendo, para além da tarifa cobrada aos usuários, uma contraprestação do parceiro público para o parceiro privado.¹⁰¹

Na referida modalidade, se reconhece que as tarifas cobradas aos usuários são insuficientes para remunerar o parceiro privado pelos investimentos realizados, de modo que é previsto um complemento à remuneração, por meio de aportes

⁹⁹GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 45.

¹⁰⁰*Ibidem, loc. cit.*

¹⁰¹NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p.100.

regulares de recursos orçamentários públicos¹⁰², que poderá, inclusive, envolver a oferta de garantias especiais de seu adimplemento ao parceiro privado¹⁰³.

Desta forma, entende-se que a concessão patrocinada consiste em uma concessão comum de serviço público, na qual é permitido o pagamento de uma contraprestação da Administração Pública, o chamado subsídio, independentemente de autorização legal específica, já que a Lei de PPP já realiza essa autorização.¹⁰⁴

O pagamento da contraprestação pública pela Administração tem o objetivo de viabilizar a implementação de projetos de concessão de serviços públicos que não são capazes de gerar receitas adequadas à remuneração do investimento unicamente pela cobrança de tarifa do usuário.¹⁰⁵

O art. 2º, § 1º da Lei nº 11.079/04¹⁰⁶ equipara a concessão patrocinada à concessão comum (prevista na Lei nº 8.987/95) e o art. 3º, § 1º da Lei nº 11.079/04 preceitua que a Lei nº 8.987/95 aplica-se subsidiariamente às concessões patrocinadas. Desta forma, é possível concluir que as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados poderão compor a remuneração da concessionária, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, bem como a reduzir a própria contraprestação do poder público ao parceiro privado.¹⁰⁷

De fato, a contraprestação do parceiro público compõe a remuneração do parceiro privado. No entanto, a teor do art. 10, § 3º, da Lei 11.079/04¹⁰⁸, o aporte público, via de regra, não poderá ser superior a 70% da remuneração total a ser percebida pelo concessionário, apenas mediante autorização legislativa específica.

¹⁰²GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 39-40.

¹⁰³CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>. Acesso em: 05 jun. 2020. p. 25.

¹⁰⁴RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65.

¹⁰⁵*Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁶BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁰⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 355.

¹⁰⁸BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

O aludido diploma legal prevê, ainda, em seu art. 6º, o rol de possíveis modalidades da contraprestação do Poder Concedente para o ente privado, abrangendo, inclusive, uma cláusula aberta (inciso V) que contempla “outros meios admitidos em lei”¹⁰⁹. Ressalte-se que a referida contraprestação, até o ano de 2012, apenas poderia ser paga mediante disponibilização do serviço, ao menos em parte, para os usuários. Todavia, tal limitação por vezes inviabilizava o projeto da PPP, uma vez que, o parceiro privado assumia um grande ônus financeiro diante da alta demanda por investimentos expressivos para a realização de obras, o que desaguava em uma incapacidade de o concessionário suportá-los individualmente.¹¹⁰

Pode-se considerar, portanto, a concessão patrocinada como uma variante da concessão comum, distinguindo-se dela pela existência de contraprestação pecuniária pelo poder concedente.¹¹¹

Referido fato revela uma nítida feição residual da referida modalidade, eis que, quando o serviço público for autofinanciável, isto é, a tarifa paga pelo usuário for suficiente para que o serviço público seja adequadamente prestado (atentando aos princípios da generalidade, eficiência, modicidade tarifária, segurança, atualidade, regularidade e cortesia, previstos no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95¹¹²), deverá preferir a adoção da concessão comum, já que não há motivação para que o Estado tenha que assumir uma contrapartida pecuniária.¹¹³

¹⁰⁹BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

¹¹⁰PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil**. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-68-AUTORA-Anna-Carolina-Migueis.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019. p. 12-13.

¹¹¹PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais**. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 14.

¹¹²BRASIL. **Lei nº de 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

¹¹³GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 39-43.

3.1.2.2 Concessão administrativa

Essa modalidade de concessão foi criada com o objetivo de tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público – previstas pela Lei nº 8.987/95 – a contratos de prestação de serviço celebrados sob os mandamentos da Lei nº 8.666/93. Isto, porque, os contratos de prestação de serviços têm prazo limitado a 5 anos, o que impediria a viabilização de contratos que exijam investimentos vultosos do ente privado para implementação de uma infraestrutura e prestação de serviços, já que as receitas do concessionário decorrem da exploração do serviço. Assim, são necessários diversos anos de execução contratual para que haja amortização e se obtenha a remuneração do investimento.¹¹⁴

As concessões administrativas são desta forma definidas porque o usuário direto ou indireto da infraestrutura e do serviço públicos, que serão geridos pelo parceiro privado, é a própria Administração Pública (parceiro público), assumindo, nessa condição, o ônus do seu custeio.¹¹⁵ É o que preleciona o art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079/04.

A Administração Pública será considerada usuária direta quando se tratar de utilidade destinada ao uso e consumo próprios. Por outro lado, será considerada usuária indireta quando o serviço delegado for oferecido em caráter universal (*uti universi*), destinado à população em geral, não sendo viável a tarifação.¹¹⁶

Na concessão administrativa, a ideia é viabilizar a implementação de infraestrutura, pelo parceiro privado, juntamente com a gestão privada na prestação dos serviços que decorrem da estrutura implementada. Não há, aqui, o pagamento de tarifa pelo usuário, sendo o parceiro privado integralmente remunerado pelo parceiro público, podendo a remuneração se dar mediante ordem bancária, cessão de créditos não

¹¹⁴RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65.

¹¹⁵CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>. Acesso em: 05 jun. 2020. p. 23-24.

¹¹⁶PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCnd=34592>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 15.

tributários, outorgas de direitos em face da Administração¹¹⁷, dentre outros previstos na Lei de PPP.

3.2 INCOMPLETUDE CONTRATUAL

Da análise empreendida nos tópicos anteriores, acerca das características gerais dos contratos de concessão pública, extrai-se pelo menos três aspectos comuns: a longevidade, a alta demanda por investimentos e o interesse social.

Estes elementos justificam a incompletude e a dinamicidade que compõem a essência dos contratos de concessão. Veja que as demandas sociais relacionadas ao objeto do projeto concessionário se alteram com o passar do tempo, o que implicará mutações constantes no contrato de concessão.¹¹⁸

Uma certeza que se tem nestas avenças é a sua mutabilidade, uma vez que, sem ela, os usuários, o concedente e o próprio concessionário não experimentarão uma adequada prestação do serviço público e não terão acesso a uma infraestrutura de qualidade. Ora, não é imaginável, tampouco desejável, que um contrato fique imune às alterações tecnológicas, sociais etc. O sucesso do empreendimento depende da satisfação dos usuários e esta se condiciona à evolução dos direitos, deveres e obrigações do contrato, de acordo com as novidades observadas no decorrer da sua execução.¹¹⁹

Válido atentar, ainda, para o fato de que os ajustes de longo prazo, como os contratos de concessão, sujeitam-se a diversos riscos e incertezas que decorrem das próprias mudanças e que apenas são revelados no decurso do tempo. Portanto, a incompletude destes contratos decorre também da impossibilidade racional de regular todos os seus aspectos, somada aos elevados custos de transação que seriam exigidos para um aprofundamento *ex ante de* todas as possíveis situações

¹¹⁷ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 39-43.

¹¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 8.

¹¹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

contratuais. Tais fatores os tornam inacabados e lacunosos, a reclamar uma modelagem contratual adequada e capacitada a solucionar a materialização de eventos durante a execução contratual.¹²⁰

De fato, contratos complexos como os de longo prazo evidenciam a impossibilidade de uma pactuação completa, eis que incompatível com características inerentes a essas relações contratuais, tais como a limitação na racionalidade das partes, já que estas nem sempre terão acesso a todas as informações necessárias; a assimetria de informações, isto é, uma parte detém mais informações sobre o objeto contratual do que a outra; bem como, a sujeição dessas avenças às incertezas decorrentes de mudanças sociais.¹²¹

Fala-se, então, em uma incompletude deliberada, a qual se conecta ao princípio da atualidade, consagrado no art. 6º, §2º, da Lei n 8.987/95¹²², e ao dever constante de manter a eficiência, a fim de atender de melhor maneira aos anseios da coletividade.¹²³

Nesse desiderato, o longo tempo de duração dos contratos de concessão pública exige uma abertura necessária (a chamada incompletude desejada/deliberada), a fim de “não inibir eficiências que só poderão ser alcançadas a partir do conhecimento da realidade futura”.¹²⁴

¹²⁰GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências.** Disponível em: <http://juruena.adv.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/ARTIGO-A-MUTABILIDADE-E-A-INCOMPLETUDE-NA-REGULACAO-POR-CONTRATO-E-A-FUNCAO-INTEGRATIVA-DA-REGULACAO-POR-AGENCIA.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 16-17.

¹²¹CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV.** São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Clara/Downloads/Unie%20Caminha%20e%20Juliana%20Cardoso%20Lima%20-%20Contrato%20incompleto.%20uma%20perspectiva%20entre%20direito%20e%20economia%20pa ra%20contratos%20de%20longo%20prazo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020. p. 156, 161-163.

¹²²Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 2o A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

¹²³FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 374.

¹²⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do**

Veja que é exatamente buscando conferir eficiência a estas contratações, evitando custos de transação que seriam demandados para o exercício de futurologia, que se utiliza a incompletude como uma “técnica” que confere a flexibilidade necessária para que o contrato se adeque às modificações circunstanciais supervenientes, o que requer a cooperação das partes no manejo das lacunas contratuais.¹²⁵

3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Como se viu, os contratos concessionais carregam consigo a lógica da mutabilidade, diante da incompletude que é inerente a este modelo de contratação. No entanto, tal mutabilidade deverá ser acompanhada de uma estabilidade contratual, a ser garantida pela manutenção da equação econômico-financeira do contrato.¹²⁶

O presente tópico destina-se a tratar acerca desta garantia, que está entre os temas mais discutidos no âmbito dos contratos administrativos contemporâneos, em especial, dos contratos de concessão.

De início, importa ressaltar que os contratos administrativos se diferem dos contratos privados, firmados entre particulares, em razão das chamadas cláusulas exorbitantes, as quais se fazem presente diante do interesse público balizador da contratação e conferem à Administração prerrogativas impositivas ao particular contratado, tal como a possibilidade de alterar unilateralmente as condições contratuais.¹²⁷

equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105.

¹²⁵CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Clara/Downloads/Uinie%20Caminha%20e%20Juliana%20Cardoso%20Lima%20-%20Contrato%20incompleto.%20uma%20perspectiva%20entre%20direito%20e%20economia%20para%20contratos%20de%20longo%20prazo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020. p. 190.

¹²⁶MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdCntd=73325>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 8.

¹²⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias – Critérios de aferição. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n 15, ano 4,

Ocorre que a garantia ao equilíbrio contratual acaba por mitigar a exorbitância presente nos contratos administrativos, já que esta não alcança a proteção conferida à equação econômico-financeira, que é o principal direito do particular que contrata com a Administração.¹²⁸

Nesse quadrante, interessante destacar que doutrina jurídica aponta o art. 37, XXI, da Constituição Federal como gênese normativa do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ao garantir “a manutenção das condições efetivas da proposta”.¹²⁹

Com efeito, nota-se a manifesta preocupação do legislador constituinte em proteger as condições efetivas da proposta. Tal fato decerto decorre da constatação das benesses oriundas de um contrato equilibrado, bem como da percepção de que a execução e a viabilidade do contrato de concessão celebrado – cuja finalidade direciona-se à satisfação de um objeto de interesse coletivo –, depende da manutenção da equação contratual.¹³⁰

Nesta senda, ao revés do entendimento ainda vigente em alguns setores, notadamente nos órgãos de controle, o equilíbrio econômico-financeiro não deve servir ao arbítrio da Administração Pública, tampouco representar vantagem a alguma das partes envolvidas.¹³¹

Em verdade, conforme asseveraram Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro, “a proteção dessa equação importa o resguardo da própria viabilidade do contrato”, servindo, essencialmente o interesse coletivo que originou e

out./dez. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38653>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 2.

¹²⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 9.

¹²⁹RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 115.

¹³⁰MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 136.

¹³¹*Ibidem*, p. 138.

justificou a celebração do contrato administrativo, e não de modo a atender apenas ao interesse imediato das partes envolvidas no contrato.¹³²

Do exposto, resta claro que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser perseguido como forma de garantir o sucesso do contrato de concessão e, conseqüentemente, a qualidade da infraestrutura implementada e do serviço público prestado.

Isto, porque, nas palavras de Egon Bockmann Moreira¹³³, sem manter o equilíbrio econômico-financeiro destes contratos, “as obras não conseguem ser executadas, os serviços não podem ser prestados e nem os lucros auferidos”.

Daí pergunta-se: o que seria esse equilíbrio econômico-financeiro? No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁴:

[...] equilíbrio econômico financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração. Preferimos falar em contraprestação assegurada e não devida pela Administração, porque nem sempre é ela que paga; em determinados contratos é o usuário do serviço público que paga a prestação devida, por meio da tarifa; é o que ocorre nos contratos de concessão de serviço público.

Interpreta-se, por esta passagem, que o particular será compensado com remuneração equivalente ao volume de obrigações assumidas¹³⁵, vez que o equilíbrio econômico-financeiro traduzir-se-ia na relação de equivalência entre os encargos assumidos e a contraprestação assegurada ao ente privado contratado.

Referida interpretação não está errada, já que a noção de equação contratual relaciona-se intimamente à ideia de paridade entre encargos e direitos, porém

¹³²MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 138.

¹³³MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 91.

¹³⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 317.

¹³⁵MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *Op. cit.*, 2019, p. 139.

mostra-se insuficiente para conceituar o instituto em comento¹³⁶. Recorre-se, então, para fins de delimitar o conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, à mencionada previsão do legislador constituinte, que atribui à proposta a função de balizar essa garantia.¹³⁷

Depreende-se, portanto, que a noção de equilíbrio econômico-financeiro remete sempre à situação inicial de contratação entre o particular e o Poder Público, de modo que, no momento da assinatura do contrato são fixados os direitos e deveres de cada uma das partes, os quais deverão ser preservados durante a execução do contrato.¹³⁸

3.3.1 A proposta como “guia-mestre”

Como visto, a manutenção das “condições efetivas da proposta” é o objeto da garantia constitucional, de modo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo se forma a partir de todos os elementos e condições da proposta vencedora do certame que, aglutinados, assentam a equação contratual.¹³⁹

Nesse sentido, quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, todos os contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, possuem em comum a utilização da proposta como “guia-mestre”.¹⁴⁰

Evidente, portanto, que ponto focal da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro não recai sobre o resultado econômico-financeiro do contrato, isto é, se da

¹³⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 10.

¹³⁷*Idem*. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 139.

¹³⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias – Critérios de aferição. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n 15, ano 4, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38653>. Acesso em: 4 abr. 2018, p. 4.

¹³⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *Op. cit.*, 2019, p. 139.

¹⁴⁰*Idem*. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 16.

celebração da avença decorreu lucro ou prejuízo. O equilíbrio econômico-financeiro tem origem na equação contratual, a qual advém da junção das condições da proposta vencedora, de modo que assegurar o equilíbrio econômico-financeiro traduz-se na garantia da manutenção das condições relevantes da proposta.¹⁴¹

Busca-se proteger aquilo que foi acordado, em termos da equação econômico-financeira, compreendendo que o sucesso da contratação está vinculado à garantia dos mecanismos necessários à sua execução, assegurando ao particular que aquilo que ele contratou não será modificado sem ser garantida a justa remuneração.¹⁴²

Desta forma, cumpre trazer à baila o seguinte entendimento:

o que irá orientar a avaliação sobre eventual desequilíbrio é a alteração do contexto em que foi elaborada a proposta apresentada pelo contratado à época da licitação: quando qualquer das condições da proposta for alterada no decorrer da execução do contrato, é cabível o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro¹⁴³.

Entretanto, importante destacar que, normalmente, as perdas oriundas da má-gestão do contrato pelo particular, durante a sua execução, escapam à proteção do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que pode se estar diante de uma mera decorrência da capacidade gerencial do particular, e não de qualquer alteração das condições contratuais pactuadas.¹⁴⁴

¹⁴¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 139.

¹⁴²*Idem*. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 8.

¹⁴³*Ibidem*, p. 10.

¹⁴⁴MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *Op. cit.*, 2019, p. 140.

3.3.2 O caráter dinâmico da manutenção e recomposição do equilíbrio econômico financeiro das concessões

O equilíbrio econômico-financeiro da concessão é dotado de um caráter dinâmico, em razão da própria natureza do contrato de concessão, que se opõe ao equilíbrio estático dos demais contratos administrativos.¹⁴⁵

Isto porque, estes contratos são caracterizados por seu longo prazo, o que impede uma execução linear, bem como pela imprevisibilidade que, em um período dilatado de tempo, certamente sujeitará o contrato de concessão a circunstâncias imprevistas e a seus efeitos ou a circunstâncias que poderiam ser previstas mas não teriam seus impactos corretamente estimados.¹⁴⁶

Ademais, os contratos de concessão pressupõem uma alocação de riscos entre as partes, que é de importância ímpar para o sucesso do contrato pactuado, caso seja estruturada corretamente. Essa alocação de riscos possui interferências diretas no tratamento do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos¹⁴⁷, conforme será demonstrado no Capítulo 4.

Deste modo, não haveria como ser diferente. As já delineadas e comprovadas incompletude, longevidade, alta demanda por investimentos, imprevisibilidade e a necessidade de alocação dos riscos contratuais diferenciam o tratamento do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

O mesmo ocorre com relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato concessional. Estão à disposição múltiplas formas jurídicas para alcançar esse fim e a legislação nacional não delimita as formas de recomposição (como a revisão tarifária, o aumento da contraprestação pública, a prorrogação do prazo contratual, dentre outros) ou os critérios e metodologias para tanto (como a utilização de fatores de cálculo, de modo a definir taxas de desconto quando a recomposição prevê a redefinição do fluxo de caixa do concessionário ou a projeção

¹⁴⁵MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 149-150.

¹⁴⁶*Ibidem*, p. 147-148.

¹⁴⁷*Ibidem*, p. 148.

de um fluxo de caixa marginal). Tais questões serão estipuladas livremente em contrato, desde que acolham parâmetros aptos a garantir a efetiva recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, reestabelecendo o *status quo ante* da parte eventualmente lesada pelo evento materializado.¹⁴⁸

Portanto, sempre que a equação for quebrada, os elementos da proposta balizarão a forma de recomposição do equilíbrio contratual. Entretanto, essa recomposição não se dará de forma imediata, dependendo de uma análise da alocação dos riscos contratuais¹⁴⁹, como se verá adiante.

Do exposto, verifica-se que, nos contratos concessionais, o equilíbrio econômico-financeiro e a alocação de riscos são elementos indissociáveis, o que demanda uma análise conjunta destes dois importantes elementos que compõe esse modelo contratual. É o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

¹⁴⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 110.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 16-17.

4 A EFICIENTE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA

Conforme explorado nos capítulos anteriores, a complexidade, a incompletude e a longevidade compõem a essência dos contratos de concessão de infraestrutura pública, o que traduz a impossibilidade de prever todas as situações e adversidades que poderão se materializar ao longo da sua execução.

Entretanto, é possível e, frise-se, necessário – como se demonstrará – identificar alguns dos eventos que poderão se materializar e, assim, distribuí-los racional e criteriosamente entre as partes.

Neste ponto, a eficiente alocação de riscos entre as partes signatárias dessas avenças assume posição de relevo, já que em um nível de detalhamento adequado, os estudos dos riscos que orientam a estruturação de projetos de concessão comum e de PPP e posterior previsão contratual acerca da distribuição dos riscos podem reduzir a insegurança das partes e as chances de litígios.¹⁵⁰

Isto, porque, conforme será minudenciado nos tópicos seguintes, é a partir da alocação de riscos contratuais que se define o conteúdo econômico do pacto, ou seja, pelo cumprimento da matriz de riscos busca-se tutelar o tão importante equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁵¹

Desta forma, o presente capítulo destina-se a tratar da partilha de riscos entre as partes, como forma de incrementar a eficiência econômica e a execução destes contratos administrativos.

Para tanto, far-se-á necessário perpassar pela análise do que é risco, pela evolução no tratamento do risco e sua alocação na legislação brasileira, pela compreensão do que é matriz de risco, bem como a sua finalidade e importância para o ganho de eficiência nos contratos concessionais.

¹⁵⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 102.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 100.

Por fim, ao chegar no problema de pesquisa, objetiva-se responder à indagação que originou o presente trabalho: seria a eficiente alocação de riscos, entre o poder concedente e o concessionário, a solução para evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura pública e suas consequências desastrosas à manutenção e gestão da infraestrutura implementada e à satisfação do interesse social/público?

4.1 DEFINIÇÃO DE RISCO

Antes de adentrar especificamente na análise acerca da alocação de riscos e sua evolução na legislação brasileira, faz-se necessário compreender o que é risco.

Inicialmente, ressalte-se que é possível encontrar diversas definições para risco. Assim, cumpre trazer à baila alguns dos conceitos ilustrados por Marcos Nóbrega¹⁵²:

– Uma situação onde não existe um conhecimento do resultado final; – A variação de um possível resultado que existe na natureza em uma determinada situação; – Alta probabilidade de insucesso; – Falta de previsibilidade sobre estrutura, resultado ou consequências de uma decisão ou planejamento; – O impacto de algo que está em curso sobre os objetivos e metas estabelecidas, medido em termos de consequências ou probabilidade.

A despeito dessa diversidade acerca do conceito de risco, há três aspectos fundamentais que compõem a sua essência, são eles: o evento, a probabilidade e o impacto. O primeiro consiste na possibilidade de algo ocorrer e impactar os investimentos. O segundo refere-se à chance de ocorrência do evento em determinando período. E, por fim, o terceiro traduz o valor financeiro decorrente da incidência do evento risco.¹⁵³

Sob essa ótica, necessário compreender que, no âmbito de contratos cujo ciclo de vida é bastante duradouro, inúmeros eventos (primeiro aspecto) poderão se materializar (segundo aspecto) e afetar, impactar o seu desempenho (terceiro aspecto). Sendo assim, para enfrentar ou ao menos minimizar os impactos negativos decorrentes de uma eventual ocorrência, faz-se necessário um esforço

¹⁵²NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 125-126.

¹⁵³*Ibidem*, p. 125-126.

dos “arquitetos” desses contratos para identificar tais eventos, avaliar rigorosamente as suas implicações e buscar as possíveis medidas para mitigá-los ou evitá-los.¹⁵⁴

Do exposto, percebe-se com facilidade que uma situação de risco seria aquela em que se conhece as probabilidades de ocorrência do evento¹⁵⁵. Compreende-se risco, então, nas palavras de Flavio Amaral Garcia¹⁵⁶ como um “evento incerto – mas de possível concretização – e, portanto, dotado de alguma previsibilidade”.

Neste particular, torna-se relevante diferenciar risco de outro “fenômeno” com o qual é comumente confundido, qual seja, incerteza. Entende-se por situação incerta aquela em que não é possível conhecer as probabilidades de sua ocorrência¹⁵⁷.

Evidente, portanto, que as incertezas não são mensuráveis, enquanto os riscos o são, podendo e devendo ser estimados e projetados.¹⁵⁸

Válido esclarecer, ainda, que o risco pode ser analisado em diferentes contextos. Quando caracterizado em um contexto de oportunidade, quanto maior o risco, maior o potencial de rentabilidade ou de perdas. Por outro lado, em um contexto no qual se enquadre como um evento potencialmente negativo, diante da sua influência sobre as metas e performance econômica, torna-se medida impositiva a redução da probabilidade deste evento negativo.¹⁵⁹

Independentemente do contexto em que o riscos são analisados, a sua avaliação e a busca por medidas preventivas ou, ao menos, atenuadoras dos seus efeitos integram a moderna gestão contratual dos riscos¹⁶⁰, a qual deve ser perseguida em prol da sustentabilidade econômica de um contrato de concessão¹⁶¹.

¹⁵⁴RIO DE JANEIRO (cidade). **Guia suplementar para alocação ótima de riscos e gestão de riscos**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5305003/4138532/GuiaSuplementarparaAlocacaoOtimadeRiscoseGestaoDeRiscos.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020. p. 4

¹⁵⁵NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 126.

¹⁵⁶GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 143.

¹⁵⁷NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, 2010, p. 126.

¹⁵⁸KNIGHT, Frank Hyneman *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 4-5.

¹⁵⁹NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, 2010, p. 126.

¹⁶⁰GARCIA, Flávio Amaral. *Op. cit.*, 2019, p. 143.

¹⁶¹RIO DE JANEIRO (cidade). *Op. cit.*, 2015, p. 4.

Assim, entende-se que, de fato, os riscos são determináveis e quantificáveis, apesar de não ser certa a sua ocorrência, cabendo ao investidor, bem como ao Estado, averiguar o grau do risco a ser assumido e, assim, recorrer a instrumentos capazes de mitigar os efeitos decorrentes da materialização destes riscos, a exemplo dos seguros, os quais integrarão os custos do projeto e não extinguirão a possibilidade de ocorrência do evento. Portanto, devem ser conhecidos e estimados para uma alocação mais fina, em prol da estabilidade do projeto.¹⁶²

Dito isso, resta claro que os riscos, por se apresentarem como eventos quantificáveis e estimáveis, deverão ser objeto de estudo na modelagem do contrato de concessão, de modo que a sua alocação seja criteriosa e, assim, confira maior segurança jurídica às partes envolvidas.

É o que será melhor demonstrado nos tópicos seguintes.

4.2 A EVOLUÇÃO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS DIPLOMAS LEGAIS

Conforme esposado no Capítulo 2, diante da evidente necessidade de novos investimentos em infraestrutura no Brasil, impõe-se a busca por formas de incentivar a iniciativa privada a destinar seus recursos para os projetos de infraestrutura pública, por meio de instrumentos jurídicos aptos a garantir a segurança nas avenças e a viabilizar a adequada repartição de riscos entre as partes envolvidas.¹⁶³

Tal premissa posiciona a repartição de riscos dentre os pontos mais sensíveis da modelagem destes contratos, uma vez que os riscos e, especialmente, a sua alocação, guardam relação íntima com o conteúdo econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Referida posição de relevo também foi percebida pela legislação brasileira, na qual se verifica uma gradativa evolução na percepção da importância de uma eficiente alocação de riscos em contratos de infraestrutura.

¹⁶²MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 3.

¹⁶³NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 123.

Há três diplomas normativos que demonstram a referida evolução, são eles: a Lei nº 8.666/93, que rege os contratos administrativos e determina a ideia genérica de risco, de álea, a Lei nº 8.987/95, a chamada Lei Geral de Concessões de Serviço Público e a Lei nº 11.074/04, a Lei de Parcerias Público-Privadas.¹⁶⁴

A Lei nº 8.666 de 1993, em seu art. 65, II, alínea d, estabelece uma regra genérica de distribuição de riscos nos contratos administrativos¹⁶⁵:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

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 conseqüências 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.¹⁶⁶

Conforme bem asseverou Maurício Portugal, o referido dispositivo prevê uma distribuição de riscos que é aplicável apenas para os eventos extracontratuais, ou seja, fora da seara do contrato. Isto, porque o artigo faz a distinção entre o regime aplicável aos eventos contratuais, regidos pelas regras estipuladas no contrato, e o regime aplicável aos eventos extracontratuais, para os quais a distribuição dos riscos se dá conforme o tipo de álea.¹⁶⁷ Por oportuno, cumpre ressaltar que, na medida em que são eventos extracontratuais, a incerteza está abarcada, ou seja, a álea extraordinária e extracontratual envolve também as situações que não podem ser antecipadas.

Assim, seguindo a regra geral estabelecida pelo referido diploma normativo, convencionalmente, atribui-se ao particular os riscos relacionados à álea ordinária, empresarial, que consistem nos riscos do negócio e à Administração Pública atribui-

¹⁶⁴NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 123.

¹⁶⁵RIBEIRO, Maurício Portugal. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020. p.1.

¹⁶⁶BRASIL. **Lei nº de 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

¹⁶⁷RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. cit.*, p.1.

se os riscos atinentes aos eventos extraordinários, materializados pelas áleas econômica e administrativa, como é o exemplo do caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da Administração.¹⁶⁸

Diante de tais eventos, as providências cabíveis à Administração Pública são: (i) resolver o contrato, se comprovada a impossibilidade de sua execução, nos termos do art 78, XVII da Lei Geral de Licitação – LGL¹⁶⁹, ou, (ii) sendo possível a sua execução, dar prosseguimento ao contrato, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro, consoante lógica esposada no art. 65, II, alínea d, do mesmo diploma legal.¹⁷⁰

Evidente, portanto, que os dispositivos chamados áleas, trazidos pela Lei nº 8.666/93, não se prestam a estabelecer regras quanto à partilha de riscos *ex ante* dentro do próprio contrato, fazendo com que os conflitos decorrentes de inexecução contratual sejam corrigidos à luz da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou melhor, por meio de sua recomposição.¹⁷¹

Em seu turno, a Lei nº 8.987 de 1995, ao trazer em seu art. 2º, II, a expressão “por sua conta e risco”¹⁷², transfere, aparentemente, todos os riscos que permeiam o contrato para a iniciativa privada:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - 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 determinado; [g.a.]

¹⁶⁸FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados: os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81156>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 3.

¹⁶⁹BRASIL. **Lei nº de 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28out. 2019.

¹⁷⁰FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. cit.*, 2012, p. 3.

¹⁷¹NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 143.

¹⁷²BRASIL. **Lei nº de 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

Por óbvio, o entendimento de que se pretendeu transferir todos os riscos do negócio para a iniciativa privada não merece prosperar. Observe que, se a Teoria das Áleas, da forma concebida, não é adequada aos contratos administrativos regidos pela LGL, conforme explorado alhures, tampouco poderá ser aplicada aos contratos concessionais, no que tange à alocação dos riscos contratuais.¹⁷³

Tal afirmativa é confirmada ao se considerar toda a complexidade envolvida nos contratos de concessão, diante da demanda por vultosos aportes de investimentos pelos concessionários, do longo prazo de vigência para amortização desses investimentos e, por conseguinte, da diversidade e abundância de riscos aos quais o pacto se sujeita¹⁷⁴.

Ora, não é crível que todos os riscos envolvidos no contrato sejam de fato suportados única e exclusivamente pelo Concessionário, como aparentemente pretendeu impor a referida norma. Caso assim o fosse, no mínimo, tais riscos seriam repassados aos usuários, seja pelo incremento no valor das tarifas ou pela má execução do serviço.¹⁷⁵

Ainda, retomando tema tratado no Capítulo 3, a celebração de um contrato de concessão pública não implica a transferência de propriedade ou de titularidade do serviço e/ou equipamento público ao ente privado. Em verdade, a Administração Pública continua sendo a titular e, portanto, mantém elevado interesse na esmerada execução do objeto delegado. Por conseguinte, não só é esperado, como também é adequado, que ela partilhe dos riscos envolvidos no negócio, juntamente com o particular.

A toda evidência, essa alocação apriorística dos riscos nos contratos de concessão, trazida, segundo alguns, pela Lei nº 8.987/95, não é capaz de solucionar, com presteza e eficácia, os acontecimentos que possam vir a surgir, devendo a expressão “por sua conta e risco” ser interpretada sob o entendimento de que a lei

¹⁷³FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados: os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81156>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 4.

¹⁷⁴*Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁵NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 145.

não é o instrumento adequado para alocar os riscos entre as partes, mas sim o contrato, principalmente nos contratos concessionais.¹⁷⁶

Conclui-se que, em verdade, a expressão “por sua conta e risco” não transfere em absoluto os riscos para o concessionário, mas tão somente aqueles que forem transferidos através do contrato de concessão firmado, consideradas as especificidades e condicionalidades da avença.¹⁷⁷

Por fim, a Lei nº 11.079/04, acolhendo o entendimento supramencionado, determinou, em seus arts. 4º, VI e art. 5º, III, a repartição objetiva dos riscos no contrato, inclusive aqueles atinentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária¹⁷⁸:

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;**¹⁷⁹

Percebe-se, portanto, que diferentemente da Lei Geral de Concessões, a Lei de Parcerias Público-Privadas consignou um critério de repartição de riscos em que o parceiro privado passa a assumir alguns riscos extraordinários, isto é, aqueles que nos contratos de concessão comum estariam resguardados na cláusula de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro¹⁸⁰, isto é, sujeitos a recomposição.

¹⁷⁶FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados: os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81156>. Acesso em: 30 out. 2018. p. 4.

¹⁷⁷NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 146.

¹⁷⁸BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁷⁹BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁸⁰NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, 2010, p. 146.

Não por acaso, a Lei nº 11.079/04, além de estabelecer a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma de suas diretrizes fundamentais (art. 4º, VI), a definiu como cláusula essencial de um contrato de PPP (art. 5º, III). Assim, o legislador, conduzido pelo virtuoso interesse na celebração de contratos mais eficientes, não só autorizou, mas também estimulou a alocação racional de riscos entre as partes, abarcando inclusive aqueles ditos extraordinários.¹⁸¹

Tal fato revela a percepção do legislador acerca da importância da alocação de riscos nos contratos de concessão e coloca a discussão em torno da repartição de riscos na merecida posição de evidência.

Neste contexto, conforme se extrai do art. 4, I, da Lei nº 11.079/04¹⁸², a formatação da matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada deverá visar à eficiência, isto é, prestigiar uma eficiente alocação dos riscos. Isto, porque, ao distribuir os riscos considerando a aptidão da cada parte para gerenciá-los a custos mais baixos – máxima de uma eficiente alocação de riscos que será vista à frente – alcança-se um desejável alinhamento de incentivo, otimizando-se a eficiência contratual.¹⁸³

O referido diploma normativo corrobora o entendimento de que o espaço ideal para estabelecer a partilha de riscos entre as partes envolvidas em uma concessão é o próprio contrato, consideradas as especificidades de cada objeto.¹⁸⁴

Por tudo quanto exposto, verifica-se que, de fato, a legislação brasileira evoluiu no sentido de compreender a importância da alocação dos riscos contratuais entre as partes envolvidas no contrato de concessão, como forma de melhor solucionar eventos que possam vir a se materializar durante a execução deste. Assim, passa-se a analisar o instrumento do contrato que comporta essa alocação e a sua estreita vinculação com o princípio da eficiência.

¹⁸¹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf. Acesso em: 24 maio 2020. p. 2.

¹⁸²Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

¹⁸³GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, 2017, p. 7.

¹⁸⁴NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 147.

4.3 A MATRIZ DE RISCOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Passada a análise acerca da evolução da alocação dos riscos na legislação brasileira, resta evidente a superação da outrora prestigiada Teoria das Áleas, trazida pela Lei Geral de Licitações (LGL), uma vez que esta, de cunho simplista, não se presta a explicar a complexidade da alocação preventiva de riscos dentro dos modernos contratos de longo prazo.¹⁸⁵

Inicialmente, necessário observar que, de fato, é impossível eliminar por completo a possibilidade de o contrato sujeitar-se à materialização de riscos não catalogados, seja por um problema de conhecimento dos riscos, já que é humanamente impossível atingir um nível de detalhamento absoluto, ou por um impedimento econômico, já que existem custos de transação envolvidos nos estudos altamente detalhados dos riscos, o que decerto tornariam a contratação administrativa ineficiente, ou mesmo inviável.¹⁸⁶

No entanto, como já pincelado, é possível estudar, detectar e distribuir os riscos contratuais entre as partes signatárias, como forma de prever alguns dos eventos que poderão se materializar durante a execução da avença, gerando impactos econômicos, e, assim, atribuir a cada uma das partes a responsabilidade por gerenciá-los.

Nesse contexto, faz-se necessário compreender o que seria a tão importante matriz de riscos, a sua importância e função, a sua relação com o princípio da eficiência e as diretrizes e os critérios para alcançar uma alocação eficiente dos riscos. É o que será demonstrado neste tópico, em parte, e nos subtópicos que seguem.

A matriz de riscos é o local em que os riscos envolvidos na execução do contrato são catalogados, sistematizados e alocados após pacto entre as partes.¹⁸⁷

¹⁸⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos**: Fundamentos jurídicos e modos de usar. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e>

Válido esclarecer que todo contrato possui explícita ou implicitamente uma matriz de riscos. Ela será implícita quando não se verifica uma clara distribuição dos riscos no contrato, gerando a necessidade de recorrer a outras fontes para compreender a exata distribuição dos riscos entre as partes. Contrariamente, ela será explícita quando o contrato claramente distribuir os riscos entre as partes e estabelecer os mecanismos para a sua mitigação.¹⁸⁸

No caso dos contratos de concessão comum e PPP, convém que essa matriz de riscos seja explícita e fruto de um estudo sobre ao menos os principais riscos envolvidos, uma vez que estes pactos são complexos e formulados de acordo com as especificidades de cada projeto.¹⁸⁹

Nestes contratos concessionais, a matriz de riscos assume a função de estabelecer qual das partes é responsável por cumprir determinada atividade prevista no contrato e por lidar com as incertezas positivas e negativas, com os consequentes ganhos e ônus, que afetam a referida atividade.¹⁹⁰

Conforme exemplificou Maurício Portugal Ribeiro¹⁹¹, “a parte à qual é atribuído o risco de construção/implantação será responsável pela construção do empreendimento na qualidade, prazo e custo previsto”, além disso deverá a parte incumbida gerenciar “ocorrências, previstas ou não, que impactem positiva ou negativamente o cumprimento dessas obrigações”.

Diante do exemplo acima, fica claro que, de fato, é a partir da alocação de riscos contratuais que se define o conteúdo econômico do pacto. Isto porque, aqueles que se interessam e decidem participar da licitação, avaliam a alocação de riscos proposta, podendo impugnar, ou mesmo, aceitar, precificando os eventos em sua proposta, isto é, realizando um provisionamento dos custos envolvidos¹⁹².

analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020. Acesso em: 21 de mai. de 2020. p. 4.

¹⁸⁸RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80-81.

¹⁸⁹*Ibidem*, p. 81.

¹⁹⁰*Ibidem*, p. 80.

¹⁹¹*Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹²MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos: Fundamentos jurídicos e modos de usar**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 21 maio 2020. p. 5.

A referida precificação, como regra, considera a probabilidade de materialização do risco – que será cada vez maior quanto menores as condições de prevenção – e as despesas necessárias para assumir as consequências adjacentes à efetiva ocorrência do risco¹⁹³. É por isso que, ao detectar e alocar eficientemente os riscos, oportuniza-se que as partes os mitiguem ao máximo, por meio de instrumentos disponíveis (à exemplo dos seguros)¹⁹⁴, de modo que, em ocorrendo o evento danoso, as partes terão considerado o risco, conseguindo melhor gerenciá-lo.

A toda evidência, a partir da positivação da matriz de riscos no contrato, a alocação dos riscos torna-se objetiva, suprimindo a subjetividade de sua responsabilização futura. Ou seja, uma vez materializado algum dos fatos elencados na matriz de riscos, aquele que o assumiu, quando da alocação *ex ante*, será objetivamente responsável, independentemente da análise de culpa, por arcar com todas as consequências dele decorrentes.¹⁹⁵

Ocorre, contudo, que não se estará diante de uma certeza dos eventos, mas sim, de probabilidades e de mitigação das consequências, eis que se o contrato não dispuser acerca dos riscos, e de modo eficiente, impossibilitará as partes de realizarem projeções adequadas, incrementando os custos e tornando os prejuízos menos gerenciáveis, o que desaguará numa gestão ineficiente de recursos e bens públicos.¹⁹⁶

Ou seja, a matriz de riscos não determinará a ocorrência do evento danoso, tampouco afastará a possibilidade de materialização fática deste. No entanto, através dela, positiva-se contratualmente probabilidades de acontecimento, viabilizando a mitigação das consequências decorrentes.

¹⁹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 108.

¹⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 6.

¹⁹⁵ *Idem*. **Concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos**: Fundamentos jurídicos e modos de usar. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 21 maio 2020. p. 4.

¹⁹⁶ *Idem*. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 4 abr. 2018. p. 3.

Nesse contexto, através da matriz de riscos, as partes passam a tratar a execução contratual como uma prioridade recíproca e buscam imunizá-la de determinados eventos, na tentativa de “atenuar custos de transação relativos a eventos posteriores e incertos”, de acordo com Egon Bockmann Moreira¹⁹⁷.

Com efeito, busca-se evitar a postergação da análise acerca de tais eventos para o futuro, cuja solução seria atribuída a foros autocompositivos, à exemplo da negociação e mediação, ou heterocompositivos, como o são a arbitragem e os processos judiciais¹⁹⁸.

A título ilustrativo, vale demonstrar duas consequências negativas que decorrem logicamente da transferência da função de alocar riscos, própria do gestor do contrato, para o juiz: (i) a adição de custos relacionados ao funcionamento do Poder Judiciário, uma vez que este é provocado para suprir uma lacuna contratual, e, principalmente, (ii) desvirtua a lógica da alocação de riscos, já que esta figura como um procedimento orientado pelo objetivo de reduzir os custos envolvidos numa contratação e, assim, gerar-lhe mais eficiência.¹⁹⁹

Veja que a alocação *ex ante* dos riscos, ao definir a parte responsável por administrar as consequências decorrentes da concretização de determinado risco, possibilita a inclusão dos custos envolvidos na proposta a ser licitada, e, ao mesmo tempo, evita custos desnecessários com uma alocação posterior, por meio do judiciário, da arbitragem, da negociação etc.

Conclui-se, portanto, que é a matriz de riscos o instrumento contratual utilizado para efetivar a repartição dos riscos entre as partes contratantes. Mais ainda, nas palavras de Flávio Amaral Garcia, a “matriz de risco tem direta e íntima conexão com todo o sistema de equilíbrio econômico-financeiro” e este, saindo da sua formatação tradicional estática (restrito a uma equivalência mecânica entre o conjunto de obrigações e as formas de remuneração contratualmente previstas),

¹⁹⁷MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos**: Fundamentos jurídicos e modos de usar. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 21 maio 2020. p. 4.

¹⁹⁸*Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 104.

assume uma dimensão dinâmica, conforme se demonstrou no capítulo anterior, e estritamente ligada à matriz de riscos.²⁰⁰

Ora, não por outro motivo, assinalou Maurício Portugal Ribeiro que uma das funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é exatamente “proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo”²⁰¹.

Desta forma, imperioso que o conteúdo da alocação *ex ante* dos riscos observe uma diretriz de eficiência. É dizer, o desenho da matriz de risco dos contratos concessionais deve prestigiar uma alocação eficiente de riscos²⁰², o que demanda a observância a determinadas regras, diretrizes e critérios que serão melhor analisadas a seguir.

4.3.1. Regras, diretrizes e critérios para a eficiente alocação de riscos contratuais

Diante de todo o exposto, já se percebe, de antemão, a importância da alocação dos riscos e que esta não é, nem de longe, um procedimento simplório, menos ainda arbitrário ou aleatório. Isto se dá por sua especial posição de relevo na definição do conteúdo econômico dos contratos de concessão de infraestrutura.²⁰³

Demonstrou-se, também, que a distribuição racional e *ex ante* dos riscos contratuais pretende reduzir o espaço para conflitos *ex post* nessas relações, bem como

²⁰⁰GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 125.

²⁰¹RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113.

²⁰²GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf. Acesso em: 24 maio 2020. p. 7.

²⁰³*Idem*. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105.

determinar quem deverá ser responsável, objetivamente, por arcar com todas as consequências decorrentes de eventual materialização.²⁰⁴

Desta forma, necessário observar que existem algumas regras, diretrizes e critérios jurídicos e econômicos a orientar a alocação dos riscos em contratos de longo prazo.²⁰⁵

De início, chama-se atenção para a existência de determinadas regras jurídicas que foram acolhidas pela legislação sendo, portanto, aplicáveis à alocação de riscos e à definição da equação econômico-financeira dos contratos de concessão de infraestrutura pública.²⁰⁶

No tocante à Lei nº 8.987/95²⁰⁷, verifica-se que seu art. 9º, §3º aloca ao poder concedente o risco de impacto negativo e positivo no contrato diante da criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, exceto os impostos sobre a renda (cabará ao contrato alocar esse risco entre as partes). O mesmo artigo, em seu §4º, aloca ao concedente o risco de alterações no objeto que sejam necessárias para melhor adequar ao interesse coletivo as condições de prestação do serviço. Por fim, em seu art. 18, VIII, o mesmo diploma legal aloca ao concedente o risco inflacionário.²⁰⁸

A lei nº 11.079/04, por sua vez, para além de acolher o arbitramento acima delineado, estabelece, em seu art. 5º, IV, que os ganhos derivados da “redução do

²⁰⁴GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 125.

²⁰⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105.

²⁰⁶*Ibidem*, p. 106.

²⁰⁷BRASIL. **Lei nº de 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

²⁰⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, 2019, p. 106.

risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”²⁰⁹ devem ser partilhados entre as partes, cuja proporção será determinada pelo contrato.²¹⁰

Como se vê, há um conjunto de riscos que são alocados por lei e que são de observância necessária. No entanto, geralmente, a legislação destina para o contrato a função de estabelecer a alocação dos riscos²¹¹.

Observe que, como já dito, o desenho da matriz de riscos contratual deve orientar-se pela busca de um ganho de eficiência para o contrato.

É o entendimento conformado no art. 4º, I, da Lei nº 11.079/04²¹², o qual deve se estender a todos os contratos de concessão pública, uma vez que o objetivo natural de toda alocação de riscos é, ou deveria ser, incrementar o nível de eficiência de uma contratação.²¹³

Não por outro motivo, afirmou Fernando Vernalha que o “princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência” e, a fim de atender essa diretriz de eficiência, impõe-se ao gestor a observância a certas premissas.²¹⁴

A primeira delas ressalta a importância de perseguir um mapeamento detalhado dos riscos, a fim de reduzir a insegurança dos ofertantes, de minorar os custos de transação e, por conseguinte, ampliar a eficiência. Entretanto, necessário observar que, como outrora indicado, há limites de conhecimento, de racionalidade e,

²⁰⁹BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

²¹⁰GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 106.

²¹¹RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

²¹²BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

²¹³GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf. Acesso em: 24 maio 2020. p. 7.

²¹⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, 2019, p. 107.

inclusive, de conveniência econômica nesse incremento de eficiência pelo detalhamento.²¹⁵

A segunda premissa econômica implica a necessária análise da aptidão de cada parte para melhor gerenciar o risco. Isto, porque, a alocação do risco à parte que melhores condições possui de preveni-lo ou, caso materializado, de conter seus prejuízos, tem como resultado a redução do somatório dos custos envolvidos no contrato, incrementando a sua eficiência.²¹⁶

Nesta segunda premissa está conformada a regra geral para maximização da eficiência econômica do contrato de concessão, qual seja, cada risco (isto é, ocorrências inerentes ao projeto) deve ser atribuído “à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo a menor custo”, nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro²¹⁷.

O mesmo autor propõe três critérios teóricos a serem seguidos no momento da repartição dos riscos entre o poder concedente e o concessionário, ressaltando que os “dois primeiros critérios são os principais para garantir a maximização da eficiência do contrato”²¹⁸.

O primeiro critério define que o risco deverá ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejado se materializar ou aumentar as chances de o evento desejado ocorrer.²¹⁹

Daí, extrai-se que, embora haja uma comum vinculação da noção de risco a fatos geradores de impacto econômico negativo sobre o concessionário, fato é que existem também determinando eventos que poderão acarretar consequências economicamente positivas ao ente privado.²²⁰

²¹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 107.

²¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

²¹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²²⁰ MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceira público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, v. 27, n. 51, jun. 2019. Disponível em:

Imperioso, portanto, ao alocar um risco, verificar qual das partes detém maior controle sobre ele, podendo, conseqüentemente, gerenciá-lo a um custo mais baixo²²¹, de modo a garantir a eficiência da contratação. Veja que seria contraproducente uma alocação que não considerasse essa máxima, de modo que subverteria a lógica buscada pela matriz de riscos contratuais.

Muito comum, por exemplo, que os riscos de construção, como a variação dos custos dos materiais, desgaste precoce ou falhas na metodologia de construção adotada, sejam alocados para o concessionário, uma vez que isso irá incentivá-lo a buscar uma maior qualidade na execução da obra. Contrariamente, na hipótese de o referido risco ser alocado ao concedente, inexistirá incentivo para que o concessionário busque a sua prevenção e, pior ainda, abrir-se-á a possibilidade de o concessionário adotar um comportamento oportunista, já que não será ele o responsável por arcar com os prejuízos decorrentes da materialização do risco de problemas de construção, mas sim o concedente.²²²

O segundo prevê que o risco deverá ser alocado à parte que tiver maior capacidade para gerenciar as conseqüências danosas, isto é, mitigar os prejuízos decorrentes da materialização do evento indesejado.²²³

Por isso que, em concessões rodoviárias, costuma ser atribuído ao concessionário o risco de eventuais acidentes com cargas perigosas, seja pelo fato de que o ente privado pode adotar atos preventivos à ocorrência de acidentes, como manter as vias bem sinalizadas e em boas condições, seja, mais relevante ainda, porque, caso ocorra o acidente, o concessionário geralmente é quem está em melhor posição para remediar com rapidez as suas conseqüências.²²⁴

https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17820/1/RB%20v27n51__AlocacaoRisco.pdf.

Acesso em: 25 maio 2020. p. 65.

²²¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 108.

²²² *Ibidem, loc. cit.*

²²³ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

²²⁴ *Ibidem*, p. 82.

Ora, alocar um risco à parte menos capaz de administrar as consequências danosas, de modo a mitigá-las, seria, inclusive, contrário ao interesse público que está na essência destas contratações.

O terceiro, por sua vez, assinala que o risco deve ser alocado à parte que tem menor possibilidade de “externalizar” (repassar o custo para um terceiro) as consequências do evento indesejável. A relevância do referido critério reside no fato de que a possibilidade de repassar com facilidade o custo para outrem costuma retirar o incentivo da parte para prevenir e remediar de maneira adequada a ocorrência de eventos não desejados.²²⁵

De fato, havendo a possibilidade de “tercerizar” custos necessários ao gerenciamento de um evento danoso, a preferência certamente será essa, o que tem como consequência lógica o escanteamento da adoção de medidas preventivas e saneadoras relativas à possível materialização deste.

Diante dessa constatação e, considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, tender-se-ia a priorizar a transferência dos riscos para o parceiro privado, por esse critério. No entanto, veja que ao repassar para o concessionário riscos que ele não pode controlar (isto é, prevenir e remediar), ele tenderá a (i) fazer seguro, repassando os custos do prêmio para o preço cobrado do ente público ou para o usuário, promovendo uma repartição social do risco, ou (ii) embutir no seu preço o custo necessário para lidar com eventos indesejáveis, ocasião em que a Administração Pública e/ou os usuários pagarão pelas consequências do evento indesejado, mesmo que este não ocorra.²²⁶

Nesse contexto, vem se entendendo que o seguro presume-se mais eficaz para a proteção do risco do que a sua assunção pelo poder concedente, exatamente diante dessa facilidade de a Administração Pública externalizar suas perdas para os contribuintes. Portanto, aqueles riscos para os quais seja ofertada cobertura

²²⁵RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

²²⁶*Ibidem, loc. cit.*

securitária, desde que a preços razoáveis (que não sejam proibitivos), poderão ser alocados ao concessionário.²²⁷

Por outro lado, não havendo a cobertura securitária no mercado para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado ou no caso de o prêmio para a cobertura ser proibitivo faz total sentido alocar o risco para Administração Pública.²²⁸

4.3.2 Exemplos de matrizes de alocação de riscos

Passada a análise acerca da matriz de riscos, da sua importância e das regras, diretrizes e critérios para que a sua formatação alcance o grau de eficiência que é mandamental, destina-se o presente tópico a trazer três matrizes de riscos de contratos concessionais e tecer alguns comentários, de modo a ilustrar a importância prática de uma matriz de riscos.

4.3.2.1 Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas

A primeira cláusula trazida é a do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas²²⁹ (Aeroporto de Viracopos), assinado em 14 de junho de 2012, cujo objeto contratual é a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária, por um prazo de vigência de trinta anos, prorrogáveis por até cinco anos.

²²⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 108.

²²⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

²²⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp/view>. Acesso em: 29 maio 2020.

A Seção I, do Capítulo V²³⁰ deste Contrato destina-se a indicar os riscos alocados ao poder concedente:

CAPÍTULO V - DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

5.1. Os riscos decorrentes da execução da Concessão serão alocados ao Poder Concedente e à Concessionária, consoante as seguintes disposições.

Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

5.2.1. mudanças no Projeto Básico por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas, salvo se tais mudanças decorrerem da não-conformidade do Projeto Básico com a legislação em vigor ou com as informações contidas no PEA;

5.2.2. mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou decorrentes de nova legislação ou regulamentação públicas brasileiras;

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

5.2.4. atrasos na liberação do acesso ao local das obras ou impossibilidade de imissão na posse por fatos não imputáveis à Concessionária e que gerem prejuízos a ela;

5.2.5. criação de benefícios tarifários pelo Poder Público;

5.2.6. criação ou extinção de Tarifas Aeroportuárias;

5.2.7. mudança na legislação tributária que aumente custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda;

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento;

5.2.9. existência de sítios ou bens arqueológicos na área do Aeroporto, assim como os custos decorrentes de tal evento;

5.2.10. os decorrentes de obrigações assumidas pelo Poder Concedente, relacionadas na Seção II - Do Poder Concedente do CAPÍTULO III - DOS DIREITOS E DEVERES;

5.2.11. atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões de órgãos da Administração Pública Federal exigidas para construção ou operação das novas instalações, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

5.2.12. atrasos nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária.

5.2.13. custos relacionados aos passivos decorrentes das relações trabalhistas anteriores à data de transferência do contrato de trabalho, tenham sido ou não objeto de reclamação judicial, incluindo os encargos previdenciários, observado o item 2.21.6

5.2.14. custos relacionados aos passivos fiscais, previdenciários, cíveis e outros que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária relacionados à execução da Fase I-B do Contrato; e

²³⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp/view>. Acesso em: 29 maio 2020.

5.2.15. custos relacionados aos passivos ambientais que tenham origem e não sejam conhecidos até a data de publicação do edital do leilão da concessão.

5.2.15.1. Custos relacionados à confirmação de existência de contaminação do solo e águas subterrâneas na área do aeroporto que decorram de atos ou fatos anteriores à Data de Eficácia do Contrato.

5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

Como se vê, optou-se neste Contrato por alocar ao poder concedente, por exemplo, riscos decorrentes de: (i) mudanças nas especificações dos serviços por ato que decorra, em alguma medida, de decisão do poder público; (ii) atrasos derivados da não obtenção ou da demora na obtenção de licenças, autorizações ou permissões, por ato não imputável à concessionária; e (iii) materialização de eventos de força maior ou caso fortuito, salvo quando haja cobertura securitária no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes, já contratadas, que cubram o evento.

Os dois primeiros provavelmente foram assim alocados com base no segundo critério (visto no subtópico 4.3.1), uma vez que a concessionária não tem capacidade de gerenciar as consequências decorrentes da concretização destes riscos. O último, por sua vez, aparenta dialogar com o terceiro critério (também examinado no subtópico 4.3.1), eis que, havendo cobertura securitária para eventos imprevisíveis que venham a se concretizar, aloca-se preferencialmente ao ente privado (conforme se verá no item 5.4.22 deste Contrato). Caso contrário, o poder público deverá arcar com este risco. É, inclusive, o esperado, no sentido de gerar eficiência econômica para o contrato e atrair o capital privado.

Em seu turno, a Seção II, do Capítulo V²³¹ dedica-se a indicar os riscos alocados à concessionária:

Seção II - Dos Riscos da Concessionária

5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

5.4.1. aumentos de preço nos insumos para a execução das obras, salvo aqueles que decorram diretamente de mudanças tributárias, nos termos do item 5.2.7;

5.4.2. investimentos, custos ou despesas adicionais decorrentes da elevação dos custos operacionais e de compra ou manutenção dos equipamentos;

²³¹ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp/view>. Acesso em: 29 maio 2020.

- 5.4.3.não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;
 - 5.4.4.estimativa incorreta do custo dos investimentos a serem realizados pela Concessionária;
 - 5.4.5.investimentos, custos ou despesas adicionais necessários para o atendimento do PEA ou de quaisquer das obrigações contratuais, do nível de serviço estabelecido e da qualidade na prestação dos serviços previstos no Contrato;
 - 5.4.6.estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos;
 - 5.4.7.prejuízos decorrentes de falha na segurança no local de realização das obras;
 - 5.4.8.situação geológica do Aeroporto diferente da prevista para a execução das obras, salvo no tocante ao item 5.2.9;
 - 5.4.9.aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumento das taxas de juros;
 - 5.4.10. variação das taxas de câmbio;
 - 5.4.11. variação da demanda pelos serviços prestados no Aeroporto;
 - 5.4.12. inadimplência dos Usuários pelo pagamento das Tarifas;
 - 5.4.13. prejuízos a terceiros, causados direta ou indiretamente pela Concessionária ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, em decorrência de obras ou da prestação dos Serviços;
 - 5.4.14. prejuízos decorrentes de erros na realização das obras que ensejem a necessidade de refazer parte ou a totalidade das obras;
 - 5.4.15. atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões da Administração Pública federal exigidas para construção ou operação das novas instalações, exceto se decorrente de fato imputável à Administração Pública Federal;
 - 5.4.16. mudanças dos projetos apresentados pela Concessionária que não tenham sido solicitadas pela ANAC, com exceção do disposto no item 5.2.2;
 - 5.4.17. mudanças tecnológicas implantadas pela Concessionária e que não tenham sido solicitadas pela ANAC;
 - 5.4.18. greves realizadas por empregados contratados pela Concessionária ou pelas Subcontratadas e prestadoras de serviços à Concessionária;
 - 5.4.19. custos de ações judiciais de terceiros contra a Concessionária ou Subcontratadas decorrentes da execução da Concessão, salvo se por fato imputável ao Poder Concedente e observado o disposto nos itens 5.2.13 e 5.2.14;
 - 5.4.20. responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais, salvo aqueles decorrentes diretamente das obras realizadas pelo Poder Público, mencionadas no Anexo 3 - Obras de Poder Público e aqueles previstos no item 5.2.15;
 - 5.4.21. impossibilidade de atingimento das capacidades previstas no Anexo 10 – Capacidade do Sistema de Pistas, quando não decorrente de decisão ou omissão de entes públicos;
 - 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro;
 - 5.4.23. custos de eventual rescisão dos contratos celebrados que envolvam a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário que estejam em vigor no início do Estágio 3 da Fase I-A; e
 - 5.4.24. quaisquer outros riscos afetos à execução do objeto da Concessão, que não estejam expressamente previstos no item 5.2.
- 5.5.A Concessionária declara:
- 5.5.1.ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e
 - 5.5.2.ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta e assinatura do Contrato de Concessão.
- 5.6.A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder

Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar.

Observa-se que o Contrato optou por alocar à concessionária, por exemplo, riscos derivados de: (i) prejuízos decorrentes de erros na realização das obras que ensejem a necessidade de refazer parte ou a totalidade das obras; e (ii) aumentos de preço nos insumos necessários à execução das obras.

Tais riscos provalvemente foram alocados desta forma em consonância com o primeiro critério (discutido no subtópico 4.3.1), cuja premissa básica é alocar o risco à parte que detém maior controle sobre ele, o que possibilita que o gerencie a menor custo. Portanto, além de o concessionário ter maior controle sobre esses riscos, é importante que sejam atribuídos a ele, de modo a gerar um incentivo na busca por uma maior qualidade na execução da obra, o que beneficiará o interesse público e a sociedade como um todo.

4.3.2.2 Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Salvador

A segunda cláusula trazida é a do Contrato de Concessão de Infraestrutura Aeroportuária de Salvador²³², assinado em 28 de julho de 2017, cujo objeto contratual é a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária, por um prazo de vigência de trinta anos, prorrogáveis por até cinco anos:

CAPÍTULO V – DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

5.1. Os riscos decorrentes da execução da Concessão serão alocados ao Poder Concedente e à Concessionária, consoante as seguintes disposições.

Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

5.2.1. mudanças no Anteprojeto por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas, salvo se tais mudanças decorrerem da não-conformidade do Anteprojeto com a legislação em vigor ou com as informações contidas no PEA;

²³²AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-salvador>. Acesso em: 29 maio 2020.

- 5.2.2. mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou decorrentes de nova legislação ou regulamentação públicas brasileiras;
- 5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;
- 5.2.4. atrasos na liberação do acesso ao local das obras ou impossibilidade de imissão na posse por fatos não imputáveis à Concessionária;
- 5.2.5. criação de benefícios tarifários pelo Poder Público;
- 5.2.6. criação, extinção e alterações não contratualmente previstas de Tarifas Aeroportuárias;
- 5.2.7. mudança na legislação tributária que altere custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda;
- 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento;
- 5.2.9. existência de sítios ou bens arqueológicos na área do Aeroporto que não sejam conhecidos até a data de publicação do edital, assim como os custos decorrentes de tal evento;
- 5.2.10. atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões de órgãos da Administração Pública Federal, bem como da não edição de atos normativos ou legislativos, nos âmbitos Federal, Estadual ou Municipal, exigidos para construção ou operação das novas instalações, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;
- 5.2.11. atrasos nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;
- 5.2.12. custos relacionados aos passivos decorrentes das relações trabalhistas anteriores à data de transferência do contrato de trabalho, tenham sido ou não objeto de reclamação judicial, incluindo os encargos previdenciários, observado o item 2.25.7
- 5.2.13. custos relacionados aos passivos fiscais, previdenciários, cíveis e outros que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária relacionados à execução da Fase I-B do Contrato; e
- 5.2.14. custos relacionados aos passivos ambientais que tenham origem e não sejam conhecidos até a data de publicação do edital do leilão da concessão.
 - 5.2.14.1. custos relacionados à confirmação de existência de contaminação do solo e águas subterrâneas na área do aeroporto que decorram de atos ou fatos anteriores à data de publicação do edital do leilão da concessão.
- 5.2.15. A concessão de benefício tributário do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI.
- 5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

Seção II – Dos Riscos da Concessionária

- 5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:
 - 5.4.1. aumentos de preço nos insumos para a execução das obras, salvo aqueles que decorram diretamente de mudanças tributárias, nos termos do item 5.2.7;
 - 5.4.2. investimentos, custos ou despesas adicionais decorrentes da elevação dos custos operacionais e de compra ou manutenção dos equipamentos;
 - 5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas

- aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;
- 5.4.4. estimativa incorreta do custo dos investimentos a serem realizados pela Concessionária;
- 5.4.5. investimentos, custos ou despesas adicionais necessários para o atendimento do PEA ou de quaisquer das obrigações contratuais, do nível de serviço estabelecido e da qualidade na prestação dos serviços previstos no Contrato;
- 5.4.6. estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos;
- 5.4.7. prejuízos decorrentes de falha na segurança no local de realização das obras;
- 5.4.8. situação geológica do Aeroporto diferente da prevista para a execução das obras, salvo no tocante ao item 5.2.9;
- 5.4.9. aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumento das taxas de juros;
- 5.4.10. variação das taxas de câmbio;
- 5.4.11. variação da demanda pelos serviços prestados no Aeroporto;
- 5.4.12. inadimplência dos Usuários pelo pagamento das Tarifas;
- 5.4.13. prejuízos a terceiros, causados direta ou indiretamente pela Concessionária ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, em decorrência de obras ou da prestação dos Serviços;
- 5.4.14. prejuízos decorrentes de erros na realização das obras que ensejem a necessidade de refazer parte ou a totalidade das obras;
- 5.4.15. atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões da Administração Pública federal exigidas para construção ou operação das novas instalações, exceto se decorrente de fato imputável à Administração Pública Federal;
- 5.4.16. mudanças dos projetos apresentados pela Concessionária que não tenham sido solicitadas pela ANAC, com exceção do disposto no item 5.2.2;
- 5.4.17. mudanças tecnológicas implantadas pela Concessionária e que não tenham sido solicitadas pela ANAC;
- 5.4.18. greves realizadas por empregados contratados pela Concessionária ou pelas Subcontratadas e prestadoras de serviços à Concessionária;
- 5.4.19. custos de ações judiciais de terceiros contra a Concessionária ou Subcontratadas decorrentes da execução da Concessão, salvo se por fato imputável ao Poder Concedente e observado o disposto nos itens 5.2.12 e 5.2.13;
- 5.4.20. responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais;
- 5.4.21. impossibilidade de atingimento das capacidades previstas no Anexo 10 – Capacidade do Sistema de Pistas, quando não decorrente de decisão ou omissão de entes públicos;
- 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro;
- 5.4.23. custos de eventual rescisão dos contratos celebrados que envolvam a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário que estejam em vigor no início do Estágio 3 da Fase I-A;
- 5.4.24. custos decorrentes das desocupações do sítio aeroportuário referidas no item 3.1.50, bem como de eventuais reassentamentos e realocações; e
- 5.4.25. quaisquer outros riscos afetos à execução do objeto da Concessão, que não estejam expressamente previstos no item 5.2.
- 5.5. A Concessionária declara:
- 5.5.1. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e
- 5.5.2. ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta e assinatura do Contrato de Concessão.
- 5.6. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder

Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar.²³³

De início, válido esclarecer que se pretende, a partir da referida matriz de riscos, tecer alguns comentários que incluem também a análise do Contrato anterior.

Observa-se que, de fato, a matriz de riscos é responsável por conformar a divisão dos riscos entre as partes envolvidas no contrato, determinando quem deverá suportar e mitigar os danos e impactos decorrentes de eventual materialização.

Ainda, conforme será explanado no próximo tópico 4.4, existem aqueles riscos que, ocorrendo, ensejarão a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e outros que deverão ser suportados exclusivamente pela parte à qual foram atribuídos quando da assinatura do contrato. É o que está expressamente previsto nos itens 5.2, 5.4 e 5.6 desta matriz e da elencada no subtópico anterior.

Ademais, cumpre atentar para o item 5.3.4 de ambas as cláusulas, no qual se verifica que foram alocados para o concessionário os riscos decorrentes da variação da demanda pela implementação de novos aeroportos, cuja materialização está inserida na órbita de controle direto ou indireto do poder concedente, dado que é o Governo Federal que decide pela construção e operação de novos aeroportos no Brasil²³⁴.

Maurício Portugal Ribeiro e Gabriela Engler Pinto, alertaram acerca do erro cometido quando, após a assinatura do contrato da Terceira Rodada de Concessões de Infraestrutura Aeroportuária, que licitou os Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, o Governo Federal anunciou a intenção de implantar o terceiro aeroporto de São Paulo, o que, caso efetivado, acarretaria impactos na rentabilidade dos referidos contratos.²³⁵

²³³AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-salvador>. Acesso em: 29 maio 2020.

²³⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO, Engler Gabriela. **Concessões de Aeroportos e de Rodovias Federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências.** Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020. p. 4-9.

²³⁵ *Ibidem*, p. 4.

Na oportunidade, apontaram que alocar ao concessionário riscos que não são por ele controláveis, e pior, que o são pelo poder concedente, subverte toda a lógica da alocação eficiente dos riscos em contratos concessãois que tem como premissa básica não transferir ao concessionário riscos sobre os quais não detém controle, tampouco, os controlados pela outra parte.²³⁶

Ainda, advertiram que a referida alocação, seguida de eventual decisão do Poder Público de implementar o novo aeroporto e dos consequentes impactos negativos e substanciais às condições econômico-financeiras de tais contratos, poderia ensejar o ajuizamento de ações judiciais que decerto poriam em risco o cumprimento dos contratos, repercutindo negativamente sobre os usuários do serviço.²³⁷

Apesar de todo o exposto, o Poder Público manteve no contrato de concessão do Aeroporto de Salvador – e nos da Quinta²³⁸ e da Sexta Rodada²³⁹ – essa infeliz atribuição de um risco, que é por si controlável, ao concessionário, em evidente contrariedade ao interesse público.

4.3.2.3 Contrato de Concessão Patrocinada – VLT do Subúrbio

A última matriz elencada é a do Contrato de Concessão Patrocinada para implantação e operação do VLT do Subúrbio de Salvador²⁴⁰, assinado em 13 de fevereiro de 2019, cujo objeto é a “delegação, por meio de parceria público-privada, na modalidade de concessão patrocinada, da implantação e operação de VLT ou

²³⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO, Engler Gabriela. **Concessões de Aeroportos e de Rodovias Federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências.** Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020. p. 6-7.

²³⁷ *Ibidem*, p. 13.

²³⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Nordeste, Centro-oeste e Sudeste.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

²³⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Minuta do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Sul, Central e Norte.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/sexta-rodada/documentos/minuta-de-contrato>. Acesso em: 07 maio 2020.

²⁴⁰ ESTADO DA BAHIA. **Contrato de Concessão Patrocinada para implantação e operação do VLT do Subúrbio de Salvador.** Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/MinutaContratoVLT08022018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

outro modal equivalente de transporte público sobre trilho”, por um prazo de vigência de vinte anos, prorrogável uma ou mais vezes até o limite de trinta e cinco anos.

O referido contrato alocou ao parceiro privado, concessionária, os seguintes riscos²⁴¹:

26.1 DOS RISCOS ASSUMIDOS PELA CONCESSIONÁRIA

26.1.1 A CONCESSIONÁRIA deverá promover levantamento pormenorizado dos riscos que assume com a assinatura deste CONTRATO e, na execução das atividades de IMPLANTAÇÃO e OPERAÇÃO do VLT, deve adotar soluções técnicas ou processos adequados e eficientes a mitigá-los.

26.1.2 Constituem, dentre outros, riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

26.1.2.1 custos decorrentes de atraso, causado por sua ação ou omissão, no cumprimento do CRONOGRAMA DE IMPLANTAÇÃO;

26.1.2.2 erros ou omissões dos projetos de engenharia, notadamente os de cunho geológico e/ou relacionados à capacidade de sustentação da via, independente do aceite do CONCEDENTE;

26.1.2.3 erros ou omissões dos projetos de engenharia elétrica do VLT, independente do aceite do CONCEDENTE, que deem ensejo à necessidade de investimentos imprevistos para o recebimento da energia elétrica necessária à OPERAÇÃO do VLT;

26.1.2.4 os inerentes à execução das obras, incluindo os relacionados à segurança no local de sua realização, inclusive guarda, conservação e vigilância dos bens da CONCESSÃO;

26.1.2.5 os inerentes à prestação do SERVIÇO, incluindo, entre outros, investimentos, custos ou despesas adicionais necessárias para o atendimento à AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO em função de sua performance, custos relativos à gestão, controle, monitoramento e manutenção dos bens da concessão, bem como relativas ao atendimento das normas técnicas e regras contratuais;

26.1.2.6 ineficiências ou perdas econômicas decorrentes de falhas, de negligência, de inépcia ou de omissão na IMPLANTAÇÃO e na OPERAÇÃO decorrente da CONCESSÃO;

26.1.2.7 aumento do custo de empréstimos e financiamentos a serem obtidos pela CONCESSIONÁRIA para realização de investimentos na IMPLANTAÇÃO ou custeio da OPERAÇÃO objeto da CONCESSÃO;

26.1.2.8 diminuição das expectativas ou frustração das RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS, alternativas e complementares e de projetos e empreendimentos associados;

26.1.2.9 estimativa incorreta do valor dos investimentos a serem realizados, assumindo qualquer variação em relação ao previsto na PROPOSTA;

26.1.2.10 obtenção dos recursos financeiros e assunção dos seus custos, inclusive qualquer variação dos termos do PROJETO FINANCEIRO em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS;

26.1.2.11 constatação superveniente de erros, ou omissões na PROPOSTA, no PLANO DE NEGÓCIOS ou nos levantamentos que as subsidiaram, inclusive aqueles necessários para aferir os dados e projetos divulgados pelo CONCEDENTE;

26.1.2.12 interferências na IMPLANTAÇÃO, tais como, mas sem se limitar a, fibra ótica, dutos de água pluvial, canal de esgoto, dutos de gases, dutos de petróleo, dutos de energia, e decorrentes de eventuais sítios de valor

²⁴¹ESTADO DA BAHIA. **Contrato de Concessão Patrocinada para implantação e operação do VLT do Subúrbio de Salvador.** Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/MinutaContratoVLT08022018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

histórico ou cultural, ainda que não estejam previstas no EDITAL e seus ANEXOS;

26.1.2.13 variação dos custos de insumos, operacionais, de manutenção, de compra, de investimentos, dentre outros dessa natureza, salvo o custo de energia elétrica, regulamentado na forma deste CONTRATO;

26.1.2.14 atrasos, impactos e custos do reparo ou prevenção de danos causados por manifestações sociais e/ou protestos nas imediações dos bens da concessão;

26.1.2.15 atrasos, custos e outros impactos decorrentes de roubos, furtos ou danos causados aos bens da CONCESSÃO;

26.1.2.16 atrasos, custos e outros impactos decorrentes de falhas, erros ou defasagem da tecnologia implementada na CONCESSÃO;

26.1.2.17 atrasos, custos e outros impactos decorrentes da ocorrência de greves ou dissídios coletivos de funcionários ou terceiros contratados pela CONCESSIONÁRIA;

26.1.2.18 impactos decorrentes de inflação superior ao índice previsto para reajuste da CONTRAPRESTAÇÃO ANUAL MÁXIMA;

26.1.2.19 variação no regime de imposto de renda da CONCESSIONÁRIA;

26.1.2.20 variação de custos atrelados à taxa de câmbio;

26.1.2.21 atrasos ou custos decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que possam ser objeto de seguro;

26.1.2.22 atrasos, custos ou outros impactos causados por negligência, imprudência, imperícias ou falhas da mesma natureza durante a IMPLANTAÇÃO e OPERAÇÃO da CONCESSÃO.

Observa-se que o Contrato, acertadamente, segue a lógica de alocar os riscos à parte que exerce maior controle sobre eles, a menor custo, bem como que possui maior capacidade de gerenciar as consequências danosas, uma vez que optou por alocar ao concessionário, por exemplo, riscos inerentes à execução das obras (item 26.1.2.4) e à prestação do serviço (item 26.1.2.5) delegados. Com isso, o instrumento contratual gera incentivos para que a concessionária persiga a qualidade, beneficiando a sociedade como um todo.

Ainda, optou-se por alocar à concessionária, por exemplo, riscos derivados de atrasos ou custos que decorram de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que possam ser objeto de seguro. Nota-se que esse item, provavelmente, considerou o terceiro critério analisado no tópico 4.3.1, priorizando a alocação de tais riscos ao concessionário, desde que o mercado de seguros ofereça cobertura.

Destinou-se uma cláusula também para tratar dos riscos assumidos pelo poder concedente²⁴²:

²⁴²ESTADO DA BAHIA. **Contrato de Concessão Patrocinada para implantação e operação do VLT do Subúrbio de Salvador.** Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/MinutaContratoVLT08022018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

26.2 DOS RISCOS ASSUMIDOS PELO CONCEDENTE

26.2.1 Constituem riscos assumidos pelo CONCEDENTE, os quais ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, em favor ou não da CONCESSIONÁRIA, conforme o caso:

26.2.1.1 modificação unilateral do CONTRATO, imposta pelo CONCEDENTE, desde que, como resultado direto da modificação, verifique-se alteração substancial dos custos ou da receita, para mais ou para menos;

26.2.1.2 modificação promovida pelo CONCEDENTE nos indicadores de desempenho previstos no ANEXO 6, que impacte na equação econômico-financeira do CONTRATO;

26.2.1.3 redução de custos oriundos de ganhos de produtividade ou de redução de encargos setoriais, gerados por fatores externos à CONCESSIONÁRIA;

26.2.1.4 criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos e contribuições sobre a renda e o lucro, que tenham impacto direto nas receitas/remuneração ou despesas da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, relacionados especificamente com a execução dos serviços objeto da CONCESSÃO;

26.2.1.5 atrasos, custos e outros impactos decorrentes da prospecção e resgate arqueológico de descobertas realizadas durante as obras da CONCESSÃO;

26.2.1.6 incidência de ICMS sobre operações internas com bens e mercadorias destinados à implantação do VLT, ocorrida em razão de decisão administrativa ou judicial em sentido contrário à não incidência do imposto;

26.2.1.7 incidência de ICMS ou ISS sobre a prestação de serviços de transporte intermunicipal de passageiros com característica de transporte urbano ou metropolitano, ocorrida em razão de decisão administrativa ou judicial em sentido contrário à não incidência do imposto;

26.2.1.8 incidência de ICMS sobre a energia elétrica;

26.2.1.9 decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a CONCESSIONÁRIA de, no todo ou em parte, (i) executar a IMPLANTAÇÃO ou a OPERAÇÃO objeto deste CONTRATO; (ii) receber a CONTRAPRESTAÇÃO EFETIVA acordada, (iii) cobrar as TARIFAS; ou (iv) reajustar ou revisar as parcelas de remuneração de acordo com o estabelecido no CONTRATO, salvo quando decorrente expressamente de ação ou omissão da CONCESSIONÁRIA em desacordo com as obrigações e direitos decorrentes do CONTRATO.

Verifica-se que o Contrato alocou ao poder concedente, por exemplo, o risco derivado da criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, que impactarem, positiva ou negativamente, as receitas/remuneração ou despesas da concessionária que se relacionem diretamente com o objeto da concessão, fazendo uma ressalva aos impostos e contribuições sobre a renda e o lucro. Dito isso, válido esclarecer que se trata de uma alocação definida por lei, consoante esposado no tópico 4.3.1 deste trabalho. O art. 9º, §3º da Lei nº 8.987/95 (aplicável subsidiariamente às concessões patrocinadas) determina que esse risco seja alocado ao concedente, cuja previsão dialoga com o primeiro critério trazido, já que se trata de risco inserido na órbita de controle direto do poder público.

O Contrato reservou, ainda, espaço para tratar dos riscos compartilhados pelas partes, dentre os quais estão os atinentes ao caso fortuito e à força maior:

26.3.2 DO CASO FORTUITO e da FORÇA MAIOR

26.3.2.1 Para fins deste CONTRATO, incluem-se no conceito de CASO FORTUITO e FORÇA MAIOR, sem prejuízo de outros, fato de terceiros ou eventual perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos BENS VINCULADOS, não cobertos pelas apólices de seguro contratadas pela CONCESSIONÁRIA ou pela garantia do fabricante.

26.3.2.2 Não caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO quando verificada a ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR que corresponda a um risco segurável no Brasil ao tempo de contratação do plano de seguros obrigatórios até o valor dos seguros indicados na Cláusula 28ª, independentemente de a CONCESSIONÁRIA ter contratado tais seguros.

26.3.2.3 Caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO quando verificado ocorrência de CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR ou fato do príncipe que retardem ou impeçam a execução do CONTRATO, ou acarretem a interrupção da IMPLANTAÇÃO ou da OPERAÇÃO, nas seguintes hipóteses:

26.3.2.3.1 Caso as consequências ultrapassem os valores indicados na Cláusula 28ª (dos seguros obrigatórios);

26.3.2.3.2 Caso as consequências não sejam cobertas pelos seguros previstos na Cláusula 28ª (dos seguros obrigatórios) e não sejam seguráveis no Brasil ao tempo de contratação do plano de seguros obrigatórios.

26.3.2.4 A ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, cujas consequências não sejam cobertas pelos seguros previstos na Cláusula 28ª (dos seguros obrigatórios), tem o efeito de exonerar as PARTES de responsabilidade pelo não-cumprimento das obrigações contratuais correspondentes.

Por derradeiro, nota-se que o Contrato observou o entendimento retratado pelo art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04²⁴³, que indica o dever de as cláusulas dos contratos de parceria público-privadas repartirem objetivamente os riscos, inclusive aqueles referentes a caso fortuito e força maior. Optou-se, neste contrato, imputar à concessionária a responsabilidade por gerenciar esses riscos, na hipótese de haver cobertura securitária disponível. Caso contrário, atribui-se ao concedente essa responsabilidade.

Analisadas as matrizes de risco, passa-se agora a avaliar se uma eficiente alocação de riscos é capaz de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e as suas consequências.

²⁴³BRASIL. Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

4.4 ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCO: SOLUÇÃO PARA EVITAR O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CONCESSIONAIS?

Como visto, a repartição de riscos é um dos principais temas dos contratos de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas, uma vez que, diante das inúmeras modificações a que estão sujeitas tais avenças, imperiosa a adequada distribuição de riscos como forma de garantir a eficiência durante o seu período de vigência²⁴⁴.

Assim, a alocação eficiente dos riscos é certamente um dos maiores avanços contemporâneos no âmbito dos contratos de concessão, já que, conforme demonstrado no presente trabalho, através de uma adequada partilha de riscos são estabelecidos incentivos para as partes, induzindo a adoção de comportamentos que considerem a assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência do evento descrito no contrato.²⁴⁵

Nesta toada, seria a eficiente alocação de riscos, entre o poder concedente e o concessionário, a solução para evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura pública e suas consequências desastrosas à manutenção e gestão da infraestrutura implementada e à satisfação do interesse social/público?

É o que se pretende responder no presente tópico.

De fato, uma boa matriz de riscos tem o condão de criar um ambiente minimamente seguro para possíveis concessionários, de proporcionar um gerenciamento eficiente do contrato e de delimitar o processo de reequilíbrio econômico-financeiro do

²⁴⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf. Acesso em: 24 maio 2020. p. 2.

²⁴⁵GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 124.

contrato, o que aumenta significativamente a probabilidade de o serviço ser prestado adequadamente.²⁴⁶

No entanto, certo é que os contratos de concessão são contratos incompletos, diante da impossibilidade de se estabelecer todos os riscos, *ex ante*, e, mais ainda, a referida incompletude é deliberada, uma vez que os custos de transação para elaborar um contrato de longo prazo que fosse completo (considerando, é claro, que a racionalidade é limitada) seriam insuportáveis.²⁴⁷

Portanto, os contratos de concessão de infraestrutura estão sujeitos a uma série infundável de eventos previsíveis, mas de incerta ocorrência, e também imprevisíveis, que poderão se materializar ao longo de sua execução. É por esta razão que, em termos gerais, entende-se que a finalidade da matriz de riscos é conferir um determinado grau de completude a estes contratos que são por essência incompletos.

O exposto leva a uma conclusão lógica: a matriz de riscos, apesar de imprescindível, não é capaz de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão, já que na sua vigência poderão ocorrer eventos que, deliberadamente ou não, sequer foram objeto de alocação contratual.

Atente-se, ainda, para o fato de que a alocação dos riscos própria da concessão possui influência direta no tratamento do equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, porquanto define de que forma o evento de desequilíbrio será encarado pelas partes.²⁴⁸

²⁴⁶ GRAEF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 24 maio 2020. p. 9.

²⁴⁷ FREITAS, Rafael Vêras de; NÓBREGA, Marcos. **INFRA Debate: Mediação em reequilíbrio de contratos de concessão – uma solução eficiente.** Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-mediacao-em-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-uma-solucao-eficiente/>. Acesso em: 31 maio 2020.

²⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 148.

Isto posto, observe que nos contratos concessionais, diferentemente daqueles oriundos da Lei nº 8.666/93²⁴⁹, não há uma recomposição imediata, tampouco formas estanques e predefinidas para reequilibrá-los, diante de uma determinada ocorrência que impacta seu conteúdo econômico. Há, em verdade, diretrizes a serem seguidas: (i) primeiramente, deve-se identificar o evento que afetou a economia contratual; (ii) em segundo lugar, faz-se necessário verificar, na matriz de riscos do contrato, a qual das partes o risco do acontecimento do evento foi atribuído; e (iii) por último, escolher a compensação econômica que será devida à parte impactada em razão da materialização de evento, cujo risco estava alocado à responsabilidade da outra parte.²⁵⁰

Por consequência, na concessão não basta apenas verificar o evento de desequilíbrio e quantificar o seu impacto na equação contratual. Faz-se necessário, também, realizar o cotejo analítico entre o evento e a matriz de riscos do contrato, a fim de aferir se a recomposição é devida ou se, contrariamente, o evento decorreu de um risco alocado a uma das partes e esta deverá assumir integralmente, sem prejudicar a execução contratual, todos os ônus que dele decorram.²⁵¹

Deste modo, é necessário aferir se o risco materializado foi distribuído a uma das partes, pelo contrato, ocasião em que a parte realizou uma precificação *ex ante* do referido risco, não sendo, pois, devida a recomposição.²⁵²

Por exemplo, em um contrato de concessão de infraestrutura rodoviária está expressamente alocado ao concedente o risco da ocorrência de manifestações sociais que causem danos à concessionária e que a privem da cobrança de tarifa. Suponha-se, então, que ocorra uma manifestação social com atos de vandalismo

²⁴⁹BRASIL. **Lei nº de 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁵⁰FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogações”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 377.

²⁵¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 148.

²⁵²FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Op. cit.*, 2019, p. 377.

que acabam por destruir a praça de pedágio, impedindo a cobrança de tarifa por vários dias. Por se tratar de ocorrência decorrente de evento gravoso, cujo risco foi contratualmente alocado ao concedente e cuja concretização impactou econômica e financeiramente a concessionária, caberá reequilíbrio do contrato pelo concedente em favor da concessionária, de modo a fazê-la retornar ao *status quo ante*.²⁵³

Não por outro motivo, afirmou Maurício Portugal Ribeiro²⁵⁴ que o “motor de arranque da análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a verificação da matriz de riscos contratual”.

Dito isso, vale fazer uma vinculação ilustrativa com o tópico anterior, retomando e dando mais sentido ao que foi ventilado naquele momento. As matrizes de riscos trazidas possuem um item expresso que determina, em termos gerais, que o concessionário não terá direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados ao concedente venham a se materializar.

Perceptível, portanto, que apenas os riscos expressamente alocados ao poder concedente, caso ocorram, ensejarão recomposição em favor do concessionário²⁵⁵.

Com isso, ressalte-se, não se pretende afirmar a impossibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais. Ao contrário, não há dúvidas de que ele é possível e importantíssimo para a continuidade e boa prestação do serviço público. No entanto, para que ele suceda é necessária uma análise casuística, mediante o estudo da respectiva matriz de riscos e da efetiva ocorrência de impactos no contrato.²⁵⁶

²⁵³RIBEIRO, Maurício Portugal. **O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem)**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020. p. 2.

²⁵⁴*Ibidem*, p. 3.

²⁵⁵MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceira público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, v. 27, n. 51, jun. 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17820/1/RB%20v27n51__AlocacaoRisco.pdf. Acesso em: 25 maio 2020. p. 65.

²⁵⁶ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro de; MOYSES, Natália Hallit; ÁVILA, Natália Resende Andrade; NASCIMENTO, Priscila Cunha do. **Equilíbrio de contratos de concessão federal de infraestrutura de transportes: análise jurídica dos institutos e soluções aplicáveis diante do cenário atual**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/equilibrio-de-contratos-de-concessao-federal-de-infraestrutura-de-transportes-02062020>. Acesso em: 04 jun. 2020.

Assim sendo, resta evidente que a eficiente alocação de riscos contratuais confere alternativas para o tratamento do evento risco que, materializado, acarrete impacto econômico e desequilibre o contrato. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a despeito de ser necessária e devida em alguns casos, deixa de ser a única forma de tratar a concretização do risco e as suas consequências, eis que, por vezes, elas deverão ser administradas e suportadas tão somente pela parte à qual o contrato atribuiu a responsabilidade.

Conclui-se que, embora extremamente importante, uma matriz de riscos eficiente não tem o condão de impedir que o contrato seja desequilibrado, o que, em casos extremos (por exemplo, quando uma das partes não é capaz de gerenciar o risco e mitigar as suas consequências ou quando, em casos em que é de fato devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, esta não ocorre ou, até ocorre, mas mediante a adoção de método ineficaz), poderá comprometer a manutenção e gestão da infraestrutura implementada e, assim, a satisfação do interesse social/público.

Essa conclusão decorre do fato de que os contratos de concessão são incompletos e, por isso, ainda que fosse desembolsado um valor maior (em razão dos custos de transação envolvidos) para a elaboração de contratos mais próximos do completo, estes permaneceriam sujeitos a contingências futuras incertas, que não poderiam ser antecipadas quando da sua celebração.²⁵⁷

Portanto, ressalta-se que essa insuficiência da matriz de riscos é um consectário lógico da incompletude dos contratos de concessão de infraestrutura pública. Isto porque, como visto, apesar desta ter a finalidade de conferir um grau de completude, e portanto segurança, a essas avenças que são essencialmente incompletas, invariavelmente as partes enfrentarão, no curso dos longos anos de vigência, situações adversas e não previstas.

²⁵⁷ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2014, p. 155-200. Disponível em: <file:///C:/Users/Clara/Downloads/Uinie%20Caminha%20e%20Juliana%20Cardoso%20Lima%20-%20Contrato%20incompleto.%20uma%20perspectiva%20entre%20direito%20e%20economia%20para%20contratos%20de%20longo%20prazo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020. p. 163.

5 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto no desenvolvimento deste trabalho, foi possível verificar que a infraestrutura não é um fim em si mesmo e, no âmbito público, ela funciona como a base, o meio, o suporte necessário à consecução de algum objetivo estatal, como a prestação de um serviço público que, apenas é possível por meio de uma infraestrutura correlata.

Notou-se, também, que o investimento em infraestrutura gera um ciclo extremamente virtuoso para o desenvolvimento econômico e social de um país, pois que uma adequada disposição de infraestrutura tem o condão de incrementar a capacidade produtiva de empresas e indústrias, beneficiando toda a sociedade, com a redução de preços, crescimento do nível de emprego e aumento do poder de compra da população.

Neste esteio, averiguou-se que o Estado, atento à relevância de uma adequada disposição de infraestrutura pública para o desenvolvimento nacional e compreendendo o contexto de crise econômica, com a consequente restrição dos recursos públicos destinados ao setor, deve buscar formas de desenvolver projetos de infraestrutura, de modo a viabilizar o atendimento de interesses e necessidades da sociedade, sem onerar, de imediato e/ou somente, os cofres públicos.

Essa conjuntura de restrição orçamentária, somada à necessidade de investimentos em infraestrutura, desencadeou, na década de 90, o processo de reformulação do modelo do Estado, cujo objetivo esteve centrado na superação da figura do interventor direto e no direcionamento à definição do papel de fomento e regulação.

Neste desiderato, observou-se que a busca por mecanismos contratuais aptos a viabilizar o desenvolvimento econômico e social, por meio da captação de recursos privados, esteve dentre os pontos focais deste processo. Verificou-se a regulamentação da Lei Federal nº 8.987/95, a chamada Lei Geral de Concessões, e, mais tarde, da Lei Federal nº 11.079/04, a Lei de PPPs, que fez ascender o número de pactos realizados entre o Poder Público e entes privados, por meio dos contratos de concessão de infraestrutura pública, aí compreendidas a concessão comum e as parcerias público-privadas (que congrega as concessões patrocinada e administrativa).

Nestas avenças, conforme aventado, o ente público delega ao ente privado o papel de implementar novas infraestruturas e de executar um serviço público correlato, oferecendo como contrapartida o direito de amortizar seus investimentos por meio da exploração do serviço público e empreendimento envolvido ou, na hipótese de o serviço não ser autossustentável, a contrapartida advém, no todo ou em parte, dos recursos públicos.

Evidenciou-se, então, que estes contratos são, por essência, incompletos, duradouros e complexos, submetidos a diversos riscos e incertezas, a demandar a construção de um ambiente dotado de segurança jurídica e de transparência, que se mostram como condicionantes à captação dos recursos privados, destacando a imprescindibilidade de uma definição precisa acerca dos riscos contratuais.

Ainda, demonstrou-se que, justamente a complexidade e a longevidade, bem como o interesse social, inerentes a estas contratações, justificam a chamada incompletude deliberada destes contratos, uma vez que as demandas sociais relacionadas com o objeto do projeto mudam e evoluem com o tempo, o que requer a readequação, de acordo com as novidades de desabrocham no decorrer de sua execução. Além disso, essa incompletude decorre também da assimetria de informações, das incertezas e da impossibilidade racional e econômica de regular todas as possíveis situações contratuais, a demandar uma modelagem contratual capacitada a solucionar a materialização de eventos durante a execução.

Ato contínuo, advertiu-se que, a despeito de os contratos concessionais carregarem consigo a lógica da mutabilidade, decorrente da incompletude que é própria deste modelo de contratação, é necessário garantir a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, de modo que as modificações deverão ser condicionadas à garantia da justa remuneração. Salientou-se, ainda, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – que consiste na manutenção das condições da proposta vencedora do certame licitatório – deve ser perseguido como forma de garantir o sucesso do contrato de concessão e, conseqüentemente, a qualidade da infraestrutura implementada e do serviço público prestado.

Ainda sobre este tema, discorreu-se acerca do caráter dinâmico que o equilíbrio econômico-financeiro assume nos contratos de concessão pública diante da sua íntima relação com a alocação dos riscos contratuais.

Neste ponto, atentou-se para a gradativa evolução na legislação brasileira acerca da importância de uma eficiente alocação de riscos em contratos de infraestrutura, revelando a superação da Teoria das Áleas, trazida pela Lei nº 8.666/93, bem como refutando a interpretação da expressão “por sua conta e risco”, veiculada pela Lei nº 8.987/95, como uma permissão para a transferência de todos os riscos envolvidos no contrato à iniciativa privada. Na oportunidade, constatou-se que, além de não ser crível que o concessionário tenha de fato que arcar com todos os riscos do contrato, se assim fosse decerto haveria o repasse destes riscos para os usuários, seja pelo aumento de tarifa ou pela má prestação dos serviços. Ainda, corroborou-se esse entendimento analisando que a celebração do contrato de concessão pública não transfere a titularidade do serviço ou equipamento público ao ente privado, de modo que a Administração Pública mantém elevado interesse na melhor execução deste contrato, devendo, portanto, partilhar dos riscos.

Asseverou-se, portanto, que o instrumento adequado para alocar os riscos entre as partes é o contrato e não a legislação. E, acolhendo esse entendimento, a Lei nº 11.079/04 determinou expressamente a repartição objetiva dos riscos entre as partes, no contrato, abarcando inclusive aqueles ditos extraordinários.

Na sequência, frisou-se que, a despeito de ser impossível impedir que riscos não catalogados no contrato, bem como incertezas (não mensuráveis e imprevisíveis) sejam materializados, é possível e necessário estudar, detectar e distribuir *ex ante* os riscos contratuais entre as partes signatárias, como forma de antecipar no tempo alguns eventos que poderão ocorrer e, assim, atribuir a cada uma a responsabilidade por gerenciá-los.

Assim, esclareceu-se que a matriz de riscos é o local do contrato em que os riscos envolvidos são catalogados e alocados entre as partes, como forma de garantir segurança e um ganho de eficiência a estas contratações, já que, ao formular uma eficiente matriz de riscos, permite-se que as partes adotem instrumentos disponíveis, como os seguros, viabilizando que o concessionário precifique em sua proposta e o poder concedente considere os custos necessários ao gerenciamento do risco, bem como se evita custos desnecessários com uma alocação posterior, por meios heterocompositivos e autocompositivos.

Neste contexto, enfatizou-se a importância de observar regras e critérios a fim de conferir eficiência à alocação dos riscos, chamando atenção para o critério geral,

segundo o qual cada risco deverá ser alocado à parte que detém maior controle sobre ele, podendo, a um custo mais baixo, gerenciá-lo.

Por fim, concluiu-se que a eficiente alocação de riscos contratuais é imprescindível nesses contratos de concessão de infraestrutura pública, eis que tem a finalidade de conferir segurança jurídica, transparência, bem como alternativas para o tratamento do evento risco que, materializado, acarrete impacto econômico e desequilibre o contrato. Ou seja, o reequilíbrio econômico-financeiro deixa de ser a única forma de encarar o evento risco e as suas consequências. No entanto, essa matriz de riscos não tem o condão de impedir que o contrato seja desequilibrado, tampouco de garantir que a manutenção e gestão da infraestrutura implementada e, assim, a satisfação do interesse social/público, não serão atingidos. Isto porque, conforme evidenciado, essas avenças são essencialmente incompletas, de modo que poderão enfrentar, durante a sua execução, contingências adversas e não previstas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Nordeste, Centro-oeste e Sudeste.** Disponível em:

<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Minuta do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Sul, Central e Norte.** Disponível em:

<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/sexta-rodada/documentos/minuta-de-contrato>. Acesso em: 07 maio 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Campinas.** Disponível em:

<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp/view>. Acesso em: 29 maio 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. **Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães.** Disponível em:

<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/salvador/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-salvador>. Acesso em: 29 maio 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDID. **Barômetro da Infraestrutura Brasileira:** Percepção dos agentes do setor sobre o cenário atual e perspectivas futuras. Disponível em:

https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Barometro_Infraestrutura_versao_final.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro de; MOYSES, Natália Hallit; ÁVILA, Natália Resende Andrade; NASCIMENTO, Priscila Cunha do. **Equilíbrio de contratos de concessão federal de infraestrutura de transportes:** análise jurídica dos institutos e soluções aplicáveis diante do cenário atual. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/equilibrio-de-contratos-de-concessao-federal-de-infraestrutura-de-transportes-02062020>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico – REDAE**, Salvador, n 2, maio-junho-julho de 2005. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 17-26.

BERTOCCELLI, Rodrigo; CARVALHO, André Castro. **Oportunidades e desafios em infraestrutura para os próximos 4 anos**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/oportunidades-e-desafios-em-infraestrutura-para-os-proximos-4-anos-26122018>. Acesso em: 15 jun 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 4.320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 9.491 de 09 de setembro de 1997**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº de 13.529 de 04 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas; altera a Lei nº 11.079, de 30

de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública, a Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, que autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13529.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.334 de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.** Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>. Acesso em: 05 jun. 2020.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2014, p. 155-200. Disponível em: <file:///C:/Users/Clara/Downloads/Uinie%20Caminha%20e%20Juliana%20Cardoso%20Lima%20-%20Contrato%20incompleto.%20uma%20perspectiva%20entre%20direito%20e%20economia%20para%20contratos%20de%20longo%20prazo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020, p. 155-200.

CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CEZARINI, Victor. **O Programa Nacional de Desestatização na década de 90.** Disponível em: <https://terraoeconomico.com.br/o-programa-nacional-de-desestatizacao-na-decada-de-90/amp/>. Acesso em: 04 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 371-388.

FREITAS, Rafael Vêras de; NÓBREGA, Marcos. **INFRA Debate**: Mediação em reequilíbrio de contratos de concessão – uma solução eficiente. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-mediacao-em-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-uma-solucao-eficiente/>. Acesso em: 31 maio 2020.

FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados: os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81156>. Acesso em: 30 out. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências**. Disponível em: <http://juruena.adv.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/ARTIGO-A-MUTABILIDADE-E-A-INCOMPLETUDE-NA-REGULACAO-POR-CONTRATO-E-A-FUNCAO-INTEGRATIVA-DA-REGULACAO-POR-AGENCIA.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119-133.

GRAEF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 24 maio 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 99-117.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Administrativo e**

Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf. Acesso em: 24 maio 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025.** Livro 6, v. 1. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_vol1.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações. Entrevistadores: Isadora Cohen e Fernando Mercato. Entrevistada: Martha Seillier. Heavy Drops Media, 26 maio 2020. **Podcast.** Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/0IKtS1YXUTmMCpJtatuWk4?si=nKfW-vmzTbKxOINwA0GI0Q>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias – Critérios de aferição. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n 15, ano 4, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38653>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Equilíbrio econômico nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 135-157.

MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceira público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, v. 27, n. 51, jun. 2019. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17820/1/RB%20v27n51__AlocacaoRisco.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos,**

concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 89-98.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos:** Fundamentos jurídicos e modos de usar. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 21 maio 2020.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo *apud* GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude contratual; Concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 36, outubro/novembro/dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompletude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps>. Acesso em: 27 out. 2019.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude contratual; Concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 36, outubro/novembro/dezembro de 2013. Disponível em: [http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompl etude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps](http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompl%20etude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps). Acesso em: 27 out. 2019

NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. *In:* BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, 89-114.

PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. *In:* PASTORE, Affonso Celso (Org). **Infraestrutura: eficiência e ética.** 1 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP:** um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-68-AUTORA-Anna-Carolina-Migueis.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>. Acesso em: 30 out. 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO, Engler Gabriela. **Concessões de Aeroportos e de Rodovias Federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem)**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020.

RIO DE JANEIRO (cidade). **Guia suplementar para alocação ótima de riscos e gestão de riscos**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5305003/4138532/GuiaSuplementarparaAlocacaoOtimadeRiscoseGestaodeRiscos.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coords). **Contratos Públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

TADINI, Venilton; ROCHA, Igor. **As particularidades do investimento em infraestrutura**. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Texto-para-reflex%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VELASCO JUNIOR, Licínio. **A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado**. Texto para Discussão. nº 55. Rio de Janeiro: BNDES, 1997. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/10074/2/Td-55%20A%20economia%20polit%c3%adtica%20das%20polit%c3%adticas%20public>

as_as%20privatiza%c3%a7%c3%a3o%20e%20a%20reforma%20do%20estado._P.
pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.