

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

BRUNO GUIMARÃES BIANCHI

O RISCO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO GUIMARÃES BIANCHI

O RISCO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2016

AGRADECIMENTOS

O fim da minha jornada como graduando na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná se aproxima. Ter frequentado diariamente o Prédio Histórico da universidade mais antiga do país pelos últimos 5 anos, tendo a oportunidade de ter contato com os melhores em suas áreas de atuação, certamente será eternamente motivo de orgulho e satisfação. Saio com a consciência tranquila de ter feito meu papel enquanto acadêmico, sabendo que o melhor ainda está por vir.

Antes de tudo, agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, cujos ensinamentos vão além daqueles previstos nas ementas das disciplinas que leciona. Se o presente trabalho possui virtudes, certamente deverão ser atribuídas a ele. Eventuais equívocos e imperfeições são de minha única e exclusiva responsabilidade.

Agradeço à minha família – Luiz Carlos, Neila, Fernanda e Cristina –, por me ensinarem que temos que nos dedicar ao máximo àquilo que fazemos. Vocês são a minha base, sem a qual seria inviável chegar até aqui. O amor que sinto por vocês é o grande estímulo para que eu siga indo atrás daquilo almejo.

Agradeço aos amigos, que não os nomearei individualizadamente para não correr o risco de esquecer alguém. Tenho certeza que aqueles que aqui se enquadram, quando lerem este agradecimento, sentir-se-ão contemplados.

Agradeço à Elisa Gabasa Barrachina, que, apesar dos meandros que a vida possui, me ensinou o verdadeiro significado de “companheirismo”. As boas lembranças que você me proporcionou e o seu apoio incondicional durante a elaboração deste trabalho terão sempre um lugar especial.

Last but not least, agradeço ao Paulo Liebl, que mesmo em circunstâncias onde faltavam horas no dia para tantos compromissos, se incumbiu da tarefa de revisar o presente trabalho, cumprindo com maestria tal diligência.

RESUMO

A Lei 11.079/04 dispõe expressamente que as partes deverão estabelecer uma repartição objetiva dos riscos, nos termos do art. 4º, inc. VI. Tal repartição se faz necessária uma vez que, sendo as parcerias público-privadas projetos de longa duração, que demanda um grande investimento e envolvem um grande número de agentes econômicos, é evidente que a alocação de determinado risco poderá afetar de forma substancial a vantajosidade e a bancabilidade do projeto como um todo. Em contrapartida, a partir de uma alocação objetiva e clara dos riscos à respectiva parte que possui melhores condições de preveni-lo ou, caso ocorrido, mitigá-lo, é capaz de alterar as condições contratuais, especialmente no que tange à remuneração do parceiro privado e a contraprestação pecuniária a ser ofertada pelo parceiro público. Assim, a repartição objetiva dos riscos é elemento essencial na fase de modelagem e estruturação dos projetos, diante dos efeitos de que uma alocação – bem ou mal feita – poderá ter ao longo da relação contratual. Neste íterim, a repartição dos riscos afeta diretamente o estabelecimento do Equilíbrio Econômico-Financeiro, de forma que eventual necessidade de reequilíbrio contratual, caso o dano tenha sido absorvido pela parte a quem incumbia nos termos da matriz de riscos estabelecida no contrato, será reduzida em relação aos contratos administrativos onde não há uma matriz de riscos bem definida. Assim, propõe-se, no presente trabalho, um estudo a respeito dos principais riscos a serem alocados nos contratos de Parceria Público-Privada, bem como de que forma a matriz de riscos produz efeitos diretos no Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas. Alocação de Riscos. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Lei 11.079/04. Princípio da eficiência.

ABSTRACT

The law 11.079/04 expresses clearly that the parts will establish an objective sharing of risks, in terms of article 4, VI. Such sharing makes itself necessary once that, seeing the public-private partnerships projects of long lasting, that demands a great investment and involves a great number of economical agents, it is evident that the allocation of certain risks could affect in substantial form the profitability and affordability of the project as a whole. However, through an objective and clear allocation of the risks to the respective part that posses best conditions of preventing it or, in case it does happen, mitigate it, is capable of altering the contractual conditions, specially on what it concerns the remuneration of the private partners and. In this way, the objective sharing of risks is an essential element in the modeling and structuralization phases of projects, in face of the effects of what an allocation - well or poorly done - could have throughout the contractual relation. Meanwhile, the sharing directly affects the establishment of the Financial-Economical Equilibrium, in such way that eventual need of contractual re-equilibrium, in the case the damage has been absorbed by the part to whom it was accountable in the terms of the risk matrix established in contract, it will be reduced in relation to the administrative contracts where there is not a risk matrix well defined. Therefore, presupposes, in this current dissertation, a study about the principal risks to be allocated in the contracts of Public-Private Partnerships, as well as the way the risk matrix produces direct effects in the Financial-Economical Equilibrium of the contract.

Keywords: Public-Private Partnerships. Risks Allocation. Economical-Financial Equilibrium. Law 11.079/2004. Principle of efficiency.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
2. A TUTELA DOS RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	10
2.1. Obrigatoriedade da repartição objetiva de riscos entre as partes a partir da Lei 11.079/04	10
2.2. Conceito de risco.....	12
2.3. Alocação dos riscos e o princípio da eficiência	15
2.4. Incompletude contratual	17
2.5. Identificação e alocação dos riscos nas Parcerias Público-Privadas	21
2.5.1. Critérios para distribuição dos riscos.....	23
2.5.2. Portaria STN 614/2006 – Classificação normativa dos riscos	28
2.5.3. Tipologia dos riscos a partir das proposições doutrinárias	31
2.5.3.1. Riscos de receita	31
2.5.3.2. Riscos atrelados aos custos	33
2.5.3.3. Riscos de financiamento	34
2.5.3.4. Riscos de autoridade.....	35
2.5.3.5. Riscos externos.....	37
2.5.5. Formas de prevenção dos riscos pelos contratantes	38
2.6. Equilíbrio Econômico-Financeiro e alocação de riscos	40
2.6.1. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93	45
2.6.2. Relação entre Equilíbrio Econômico-Financeiro e a noção de “risco” nas Parcerias Público-Privadas	49
2.6.3. Formas de recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro.....	52
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n. 11.079/04, usualmente conhecida como *Lei das Parcerias Público-Privadas*, surge em um contexto de desestatização, dando continuidade às reformas de Estado que tiveram início na última década do século XX. Neste contexto, supera-se o paradigma do Estado-Prestador, onde o Estado atua fortemente na economia através do intervencionismo, bem como detém o monopólio da prestação dos serviços públicos. Nesta toada, “o Estado mantém o monopólio da regulação e titularidade sobre a atividade pública quando se trata de serviço público, mas rompe com o tradicional monopólio da prestação (exclusividade do fornecedor de serviços, reservas de serviço, mercados cativos etc)”¹.

No Brasil, tais reformas tiveram início a partir da edição do *Programa Nacional de Desestatização - PND* (Lei 8.031/90, posteriormente substituída pela Lei 9.491/97), programa este que estabelecia premissas gerais que denotavam a tentativa de afastamento do setor público daquelas atividades nas quais a iniciativa privada poderia atuar satisfatoriamente. Dentre estas, pode-se citar o intento de reorganizar a posição do Estado na economia, com a transferência à iniciativa privada daquelas atividades indevidamente exploradas pelo setor público, bem como permitir que a Administração Pública concentrasse seus recursos naquelas atividades cuja consecução seriam consideradas fundamentais para o atingimento das prioridades nacionais (art. 1º, inc. I e V, Lei n. 9.491/97).

Ainda, convém destacar que, no que tange às contratações públicas, as Leis n. 8.987/95 e n. 11.079/04 trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro uma espécie diferente de contratação, não mais apenas a partir da busca por um julgamento objetivo, bem como com a definição prévia de todos os detalhes dos encargos do contratado, tal como o é nas licitações e contratos formulados com base na Lei 8.666/93. Em verdade, buscou-se, com a criação deste novo regime dos modelos concessórios, o estabelecimento de um vínculo contratual duradouro e estável, onde, inclusive, há a possibilidade de um particular ser remunerado de

¹SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas *in* **Parcerias Público-Privadas**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 6.

acordo com os resultados atingidos por ele², o que, até então, sob a égide da Lei 8.666/93, não era possível.

Nesta toada, a Lei 8.666/93 nasce com a busca pela preservação dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da economicidade e da moralidade no campo da Administração Pública, o que originou um diploma legal engessado pelo excessivo rigorismo formal, com vistas a acabar com os abusos e ingerência que as contratações públicas sofriam no período anterior³. Por seu turno, a Lei 8.987/95 já surge no contexto do PND, onde o mote central do diploma era a prestação do serviço público de forma autossustentável pela iniciativa privada, uma vez que a principal fonte do concessionário seria a cobrança de tarifa dos usuários, ressalvadas as fontes alternativas previstas legalmente.

Não obstante, fazia-se necessária a ampliação do campo de atuação das concessões para além dos serviços públicos, o que não era previsto na Lei 8.987/95, seja porque não eram sequer existentes em nosso ordenamento – como a possibilidade da concessão administrativa –, seja porque as formas de remuneratórias, os encargos, os investimentos e outras variáveis tornavam a contratação a partir do modelo concessório previsto na Lei de Concessões inviável.

Neste contexto, a Lei 11.079/04 advém com vistas a possibilitar à Administração Pública a celebração de novas vias contratuais *na busca por soluções negociais que alcancem maior eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos públicos*⁴. Para tanto, uma das principais inovações trazidas pela nova legislação no que diz respeito à busca pela eficiência é a possibilidade de identificação e distribuição dos riscos, para fins de alocá-los ao parceiro que possui melhores condições de minimizá-los.

Diante de tal panorama, o presente trabalho busca demonstrar de que forma uma repartição objetiva dos riscos entre os parceiros poderá influenciar no projeto de Parceria Público-Privada, bem como de que forma a matriz estabelecida interage

² Lei 11.079/04, Art. 6º, § 1º. § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 20.

⁴ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 216.

com o Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato. Em um primeiro momento, busca-se mostrar de que forma a Lei 11.079/04 inovou no setor de infraestrutura ao estabelecer a obrigatoriedade de repartição objetiva dos riscos entre as partes, bem como de que maneira podemos identificá-los e aloca-los com vistas à garantia do menor valor global da contratação.

Na sequência, far-se-á necessária a compreensão sobre a forma como a matriz de riscos estabelecida em sede contratual poderá impactar no Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato. Neste contexto, caberá analisar sobre de que forma o Equilíbrio Econômico-Financeiro se relaciona com a matriz de riscos estabelecida, bem como em quais situações e de que forma é feita a recomposição em caso de eventual ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, far-se-á análise conclusiva do tema aqui tratado, com a enumeração das conclusões atingidas.

2. A TUTELA DOS RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1. Obrigatoriedade da repartição objetiva de riscos entre as partes a partir da Lei 11.079/04

Por certo, uma das inovações previstas na Lei 11.079/04 que mais chamou a atenção dos administrativistas foi a obrigatoriedade da previsão de uma matriz de riscos objetiva no contrato de Parceria Público-Privada. Isso porque a previsão deste tipo de cláusula contratual possui grande capacidade para impulsionar a eficiência nesta forma de contratação pública ⁵.

Nos termos da Lei 8.987/95, a concessão de serviço público é definida como *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.*

A expressão *por sua conta e risco* foi recepcionada por parte da doutrina como sendo que ao concessionário caberia suportar os riscos de execução do serviço público decorrentes da álea ordinária, enquanto que os riscos da álea extraordinária caberiam ao poder concedente, através da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ⁶⁷. Nesta esteira, convém ressaltar que não há previsão expressa sobre a possibilidade ou impossibilidade de repartição dos riscos inerentes às concessões comuns.

Diante de tal silêncio legislativo, parte da doutrina sustenta a impossibilidade da repartição de riscos com base na Lei 8.987/95, na medida em que violaria

⁵ VERNALHA GUIMARÃES, *op. cit.* p. 296.

⁶ CARDOSO, André Guskow, Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. P. 263.

⁷ No mesmo sentido Alexandre Wagner Nester assevera que *“fica claro, portanto, que o direito brasileiro determina que o Estado deve arcar com o risco extraordinário do negócio nas concessões (comuns) de serviço público”*. NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento. *In: Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 185.

frontalmente o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, bem como art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, destacando-se Celso Antônio Bandeira de Mello como o principal defensor desta tese⁸. Por outro lado, há aqueles que defendem a possibilidade da realização de identificação e alocação dos riscos no âmbito das concessões comuns de que trata a Lei 8.987/95, uma vez que não há negativa expressa para tanto, podendo-se citar, dentre eles, Marçal Justen Filho⁹.

Como se vê, o tema é controverso, digno de estudo científico próprio, com autores ímpares em ambos os polos dessa divergência. No entanto, discorrer sobre tal possibilidade não é o enfoque central do presente trabalho. Buscou-se, com essa análise, apenas uma visão sucinta sobre o tratamento dado à questão do risco nos contratos de concessão com vistas ao apontamento do que a Lei 11.079/04 trouxe de inovador.

Nesta senda, impõe ressaltar que a Lei 11.079/04 prevê expressamente a obrigatoriedade das partes estabelecerem uma matriz de riscos objetiva. O art. 4º, inc. VI, da Lei 11.079/04 dispõe que uma das diretrizes a serem observadas quando da contratação pela forma de PPP será a *repartição objetiva dos riscos entre as partes*.

Por seu turno, o art. 5º da mesma lei introduz a obrigatoriedade da elaboração de uma matriz objetiva de riscos, ao estabelecer que “*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 – repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”, não mais sendo facultativa e/ou proibida a

⁸ **Curso de Direito Administrativo**, XX, 27ª ed., p. 738-743. Cabe ainda citar Lúcia Valle Figueiredo (**Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. P. 117), que entende, inclusive, a inconstitucionalidade da repartição objetiva de riscos nos contratos de PPP, em que pese ser diretriz essencial deste tipo de contratação, nos termos do art. 4º, inc. VI, da Lei 11.079/04.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**. São Paulo: Dialética, 2003. P. 395-396. Mas não é só ele: Alexandre Santos Aragão (**Direito dos serviços públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 200. P. 649-650), Egon Bockmann Moreira (*op. cit.* p. 121), Fernando Vernalha Guimarães (*op. cit.* p. 297) e Marcos Augusto Perez (**O Risco no contrato de concessão de serviço público**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 129-133) são alguns dos demais autores que entendem ser perfeitamente possível a repartição dos riscos nas concessões de serviço público. No entanto, a ressalva que fazem é a de que, em tais contratos, a repartição é facultativa, ao passo que, nas PPPs, a repartição e o estabelecimento de uma matriz de riscos é cláusula obrigatória do contrato.

repartição dos riscos tal como nos contratos de concessão comum, a se depender do posicionamento que se adote.

Importante ressaltar que a repartição dos riscos não deverá ser equânime, ou seja, uma carga equivalente entre os riscos alocados para o parceiro privado e para o parceiro público. Em verdade, deve-se buscar *a alocação parcial ou total dos riscos catalogáveis sob a responsabilidade de cada uma das partes*¹⁰, de acordo com a lógica econômica de que os riscos deverão ser alocados àquela parte que detém maior aptidão, bem como a de forma menos custosa, *reduzir as chances de que os prejuízos venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes*¹¹.

Portanto, em uma análise preliminar, podemos concluir que não há uma relação equitativa entre a quantidade de riscos alocados ao parceiro público e ao parceiro privado (se metade dos riscos já fora alocado ao parceiro privado, logo, a outra metade deverá obrigatoriamente ser alocada ao parceiro público), devendo-se alocar estritamente de acordo com, em um primeiro nível, as melhores técnicas e formas de prevenção, ou, caso ocorrido, as melhores técnicas e formas para mitigação do prejuízo.

No entanto, para que se possa aprofundar na temática da identificação e alocação de riscos nas Parcerias Público-Privadas, é necessário que se discorra brevemente acerca da noção de *risco* a ser adotada, como se verá a seguir.

2.2. Conceito de risco

Conforme visto superficialmente acima, o risco possui o condão de influenciar substancialmente a estruturação das contratações públicas, de forma que seu estudo vem sendo paulatinamente realizado no campo da doutrina administrativa, tanto brasileira quanto estrangeira.

¹⁰ VERNALHA GUIMARÃES, *op. cit.* p. 297.

¹¹ VERNALHA GUIMARÃES, *op. cit.* p. 296.

Frequentemente, vemos a associação do risco apenas àqueles eventos que possuem a capacidade de impactar negativamente o empreendimento ¹². Essa associação pode ser explicada na medida em que os indivíduos, via de regra, dão muito mais importância às perdas do que aos ganhos com a assunção de determinado tipo de risco ¹³. Nesta toada, é certo que o direito também assim o leva em consideração, uma vez que a situação conflituosa é o cerne do campo jurídico, situação esta muito mais corriqueira nas situações onde há um prejuízo a ser assumido por alguém.

Não há uma definição objetiva, simples e incontroversa acerca de risco, uma vez que se trata de conceito bastante amplo, podendo assumir inúmeras facetas. Além disso, é verdadeiramente um conceito multidisciplinar, por pertencer ao campo do direito, da econômica, da sociologia, dentre outras áreas. Certamente, dependendo do ponto de vista que adotarmos, teremos conceitos distintos para descrever a mesma expressão.

Niklas Luhmann define risco a partir da separação deste para o que chamou de *perigo*. Para o sociólogo, risco é aquilo proveniente aos eventos ocorridos diante das decisões tomadas pelo sujeito, ao passo que o perigo seria uma perda relacionada às externalidades do ambiente, sem qualquer grau de influência do próprio indivíduo para sua ocorrência ¹⁴.

Já Frank H. Knight define risco através da perspectiva econômica, entendendo que este corresponde a um evento provável, um grupo de casos onde o resultado é conhecido – seja por cálculos apriorísticos, seja por estatísticas de experiências passadas. Em contrapartida, a incerteza se caracteriza por seu tipo de evento onde, via de regra, não se pode formar um grupo de amostragem, na medida em que a situação em si é “*em alto grau, única*” ¹⁵.

¹² Como exemplo disso, a própria Lei 11.079/04, em seu art. 5º, inc. III, dispõe que as cláusulas dos contratos de parceria público-privada deverão prever “*a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”.

¹³ TVERSKY, Amos; SCHWARTZ, Alan; KAHNEMAN, Daniel; THALER, Richard H. ***The effect of myopia and loss aversion on risk taking: an experimental test***. The Quarterly Journal of Economics, v. 112, n. 2, p. 647-661, 1997. P. 648.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. ***Risk: a sociological theory***. Berlim; New York: de Gruyter, 1993. p. 23.

¹⁵ KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006. p. 233 (Tradução livre).

Nesta mesma esteira, para Deborah Lupton, o risco, “em sua acepção puramente técnica, consiste em condições nas quais as estimativas de probabilidade de um evento são passíveis de serem conhecidas”, ao passo que a incerteza seria “um termo alternativo quando tais probabilidades são inestimáveis ou desconhecidas”¹⁶.

Diante dos inúmeros significados que a ele podem ser atribuídos, a Comissão Europeia, com vistas à obtenção de um conceito para ser tido como parâmetro nas contratações, definiu risco como sendo qualquer evento, fator ou influência que ameace o sucesso da conclusão de um projeto, seja em termos de tempo, seja de qualidade, seja em termos de custo¹⁷.

Nesta toada, convém destacar a importância da gestão contratual dos riscos, podendo estes se dividirem em genéricos e específicos. Como genéricos, deve-se entender como aqueles riscos inerentes a todos os projetos de infraestrutura e parcerias público-privadas, ao passo que os específicos são aqueles que se dão em decorrência da atividade a ser exercida naquela parceria público-privada¹⁸. Como exemplo, é certo que podemos falar em um rol comum de riscos decorrentes de uma parceria público-privada para gerenciamento de um estabelecimento prisional e de uma estação de tratamento de água e esgoto, mas também teremos riscos inerentes exclusivamente a uma das atividades em questão.

Portanto, ao alocar o risco ao parceiro que possui melhores condições de geri-lo e, se for o caso, mitigá-lo, podemos concluir que haverá uma redução no valor total do contrato. Isso porque é evidente que um risco sob responsabilidade daquele parceiro que é menos apto para sua gestão fará com que este tenha que aumentar o valor de sua contraprestação para assumi-lo.

Diante do exposto, para fins do presente trabalho, é de suma importância sempre que se falar em risco ter-se em mente a ocorrência de um *evento*, com

¹⁶ LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres, Ed. Routledge, 2009. p. 7.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION. **Guidelines for successful public-private partnerships**. United Kingdom, 2003. p. 50. Disponível em: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf. Acesso em: 21/06/2016.

¹⁸ UNITED KINGDOM. House Of Commons Library. **The Private Finance Initiative**. Research Paper 01/117, London, 2001. p. 28. Disponível em: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP01-117> Acesso em: 21/06/2016.

determinada *probabilidade* de que se materialize, que poderá gerar *impactos ou prejuízos* por um certo período de tempo que afetem o desenvolvimento do empreendimento.

2.3. Alocação dos riscos e o princípio da eficiência

A Constituição Federal, nos incisos constantes de seu art. 37, enumera os princípios regentes da Administração Pública em todos os seus patamares. Dentre eles, encontra-se o princípio da eficiência, incluído pela Emenda Constitucional 19 de 1998, ou seja, em um momento onde se discutia a reforma da máquina pública, buscando sua desburocratização.

A eficiência foi elencada ao lado da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da publicidade, de forma que sua previsão deve ser entendida como um esforço da Administração Pública Federal no sentido de implementar a chamada *administração gerencial*, com a superação do paradigma da *administração burocrática*¹⁹.

Nesta toada, busca-se a substituição do modelo administrativo rígido, formal e hierárquico pelas formas mais flexíveis e descentralizadas da atuação administrativa com vistas à maior eficiência estatal²⁰.

Importante destacar que, especialmente no que concerne à Administração Pública, eficiência não é única e sumariamente eventual maximização dos lucros, devendo ser entendida como, em verdade, um melhor exercício dos objetivos referendados pelo interesse coletivo que incumbe ao Estado. Assim, busca-se a maior realização prática possível, *tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos*²¹.

Ainda, convém destacar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende o princípio da eficiência como sendo aplicável em dois vetores: o primeiro diz respeito

¹⁹ CRUZ, Juliano. **O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 43/2003: Malheiros, p. 223.

²⁰ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Op. cit.*, p. 235.

²¹ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **O princípio da eficiência**. Revista de Direito Administrativo, n. 237. Rio de Janeiro: Jul. /Set. 2004, p. 1.

à atuação do agente público, devendo atuar com lisura e diligência, enquanto o segundo diz respeito à estrutura e organização da Administração Pública ²².

Nesta esteira, os agentes públicos devem atuar da mesma forma como a Administração Pública em si deve estar organizada para fins de atingir os melhores resultados possíveis da forma mais eficiente, sempre com vistas aos interesses coletivos envolvidos e liberdades individuais.

Dito isso, o princípio da eficiência está presente na Lei 11.079/04 no art. 4º inc. I, que estabelece a eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade como diretriz a ser observada nas contratações de Parcerias Público-Privadas. Nesta toada, cumpre salientar que, além da previsão expressa, o princípio da eficiência encontra-se implícito ao prever a Lei 11.079/04, nos arts. 4º, inc. VI, e 5º, inc. III, a repartição objetiva dos riscos, inclusive de caso fortuito, força maior, fato de príncipe e álea econômica extraordinária.

Isso porque ao se alocar riscos àquela parte que detém maiores capacidades e instrumentos para suportá-lo de forma menos custosa, há uma economia gerada tanto para o setor público, quanto para o privado ²³. Marcos Barbosa Pinto ainda assevera que:

Uma alocação minimamente eficiente de riscos exige que o parceiro privado arque pelo menos com o risco de variação dos custos que estão sob o seu controle. Se isso ocorrer, o parceiro privado poderá aumentar seu lucro controlando custos, mas também poderá vê-lo diminuído se os custos aumentarem. Seja pela possibilidade de ganhos, seja pelo risco de perdas, esse arranjo contratual incentiva o parceiro privado a reduzir custos, poupando assim recursos escassos da sociedade ²⁴.

Por seu turno, a Administração Pública também tira proveito com tal arranjo contratual uma vez que os licitantes mais eficientes poderão formular propostas

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 85.

²³ BARBOSA PINTO, Marcos. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, 2006, v. 13, n. 25, p. 159.

²⁴ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 159.

melhores, transferindo, assim, parte do ganho advindo da redução de custos ao Poder Público²⁵.

Certamente, a identificação e alocação dos riscos ao parceiro que possui melhores condições de suportá-lo não é propriamente das tarefas mais simples da contratação através de PPP, podendo, inclusive, variar de acordo com o tipo de empreendimento que se busca. Diante disso, convém destacar que é de suma importância um vasto arsenal técnico, bem como o bom senso do agente público com vistas à verificação se aquela contratação é certamente a mais eficiente possível²⁶.

Portanto, o princípio da eficiência, além de ser regra insculpida na Lei 11.079/04, possui fundamental vinculação com uma alocação objetiva dos riscos nas PPP. Seja pelo fato de que ambas são diretrizes a serem observadas nas contratações, seja porque é através do estabelecimento de uma matriz de riscos objetiva, precisa e clara que se poderá consagrar tal norma principiológica prevista em sede constitucional²⁷.

Do contrário, uma matriz de riscos estabelecida de forma duvidosa, obscura poderá, inclusive, afastar eventuais interessados da formulação de propostas²⁸ ou ainda formular propostas menos interessantes à Administração Pública, uma vez que feita sem a certeza sobre quais riscos ficarão a cargo de cada parceiro.

2.4. Incompletude contratual

Como dito anteriormente – e que será mais bem aprofundado nos tópicos subsequentes –, o estabelecimento de uma matriz de riscos relaciona-se diretamente com o Equilíbrio Econômico-Financeiro estabelecido pelo contrato.

²⁵ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 160.

²⁶ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 160.

²⁷ Convém destacar que Marcos Barbosa Pinto dá o exemplo de que, no Reino Unido, estima-se que 60% da economia obtida com as PPP advenha de uma eficiente alocação de riscos nos contratos. *In* BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 159.

²⁸ É o que aconteceu, por exemplo, no projeto de PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo. Nesse caso, o edital de PPP publicada veio acompanhado de incertezas e obscuridades, de forma que, após a ausência de interessados e de propostas, o Estado de São Paulo teve que reformular algumas cláusulas previstas no edital para fins de proporcionar uma maior atratividade do mesmo.

Nesta toada, faz-se necessária a análise acerca de que forma uma (in)correta de distribuição de riscos terá o condão de afetar substancialmente a Equação Econômico-financeira estabelecida nos termos contratuais. Diante disso, inicialmente, cabe discorrer sobre eventuais lacunas deixadas pelos contratos e suas respectivas precificações, que corresponde a um fator recorrentemente responsável pela piora no valor total do contrato.

A afirmação de que todos os contratos apresentam incompletudes em suas cláusulas não é nenhum tipo de exagero. Também, é perfeitamente possível afirmar que tais lacunas podem decorrer de inúmeros fatores.

J. Luis Guasch aponta, em primeiro lugar, a incapacidade ou o alto custo da contabilização de todas as possíveis contingências/riscos nos contratos, de forma que os contratantes não são capazes de descrever todas as contingências que eventualmente podem afetar o funcionamento do contrato. Ainda, destaca que alguns riscos não podem ser verificados por terceiros, uma vez que esse tipo de risco é aferível através da *expertise* do contratante, não sendo eficiente a redação de determinada cláusula sobre tal assunto ²⁹. Há, também, o fato de que alguns riscos não podem sequer ser previstos contratualmente. Por fim, quanto à esta fonte de incompletude, destaca que a redação de um termo de contrato capaz de englobar todas as contingências/riscos envolvidos na contratação pode tornar o custo da contratação extremamente caro, devendo as partes decidirem qual contingências desejam incluir dentre as cláusulas contratuais ³⁰.

Para fins do presente estudo, adotar-se-á como relevante para definição da origem da incompletude contratual a incapacidade dos contratantes de definir todas as contingências que podem afetar o contrato e os elevados custos de transação.

²⁹ GUASCH, J. LUIS. ***Granting and Renegotiating Infrastructure: Concessions: Doing it right.*** Washington D.C.: The World Bank, 2004, p. 71.

³⁰ Guasch, no mesmo capítulo, aponta também que nem sempre os agentes econômicos e os administradores são movidos estritamente pela racionalidade. Se assim o fosse, os contratantes teriam a capacidade de identificar todas as variáveis que poderiam influenciar na tomada da decisão, estabelecendo uma ordem entre os fatores a ser seguida. Em verdade, Guasch aponta que o que ocorre, na prática, é que há casos de contratações complexas nas quais os contratantes são movidos por elementos não-rationais, cometendo, nesta esteira, frequentes erros, o que demanda um certo período de tempo para aprendizado com tais equívocos para que se otimize o nível das contratações. Por fim, o autor conclui que nesse período para aprendizagem, é inevitável, as decisões tomadas geram resultados menos eficientes que devem ser remediados ao longo do tempo. *In* GUASCH, *op. cit.*, p. 71.

O conceito de *custo de transação* certamente diz mais respeito à ciência econômica do que à jurídica. A economia diferencia os custos de transação em *ex ante* e *ex post*. *Ex ante* seriam os custos relativos “a dispêndios para negociar os termos da transação e estabelecer salvaguardas, pois nem todas as contingências podem ser previstas, ou seja, são custos preventivos”³¹. Por seu turno, custos de transação *ex post* são aqueles, como o próprio nome já denota, posteriores à celebração do contrato, decorrentes do monitoramento do cumprimento do contrato bem como decorrentes da renegociação dos parâmetros da transação. Assim, são os custos de manutenção de estruturas de contingentes e de correção de eventualidades ao longo do contrato³².

Pode-se concluir que os custos de transação são fontes importantes de incompletude contratual pois é inegável que quanto maior for o detalhamento das cláusulas contratuais, maiores serão os custos para que se defina todos os termos do contrato. Nesta esteira, quanto maior e mais complexo for o projeto a ser estruturado, há uma submissão maior a diferentes riscos que deverão ser levados em consideração. Diante desse panorama, a identificação e repartição dos riscos é tarefa complexa por si só, que deverá agregar esforços jurídicos, econômicos e contábeis, o que ensejará um maior custo transacional³³.

Portanto, sendo a identificação e alocação dos riscos nas Parcerias Público-Privadas tarefa que demanda diligência altamente técnica, muitas vezes demorada e quase sempre custosa³⁴, é certo que sua realização influenciará nos custos de transação referentes à celebração do contrato bem como no seu nível de completude. Ora, quanto maiores forem os recursos despendidos para identificação e alocação dos riscos, mais completa e objetiva será a matriz dos riscos

³¹ TORRES DOS SANTOS, Rodolfo. **Análise Econômica de Contratos: elementos de discussão em Setores de Infraestrutura**. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, 2004. V. 11. N. 12, p. 236.

³² TORRES DOS SANTOS, RODOLFO. *Op. cit.*, p. 236.

³³ NÓBREGA, Marcos. **Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs**. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 24 – nov/dez/jan 2011. Salvador, 2011. p. 8.

³⁴ Pode-se concluir dessa forma pois, como se verá na sequência, o processo de identificação e alocação de riscos se desenvolve em uma série de etapas interdependentes, que vão desde a classificação dos riscos inerentes à determinado projeto até o estudo referente à mitigação de tais riscos.

estabelecida, deixando, portanto, menos dúvidas com relação à que parte deverá arcar com a concretização daquele risco no curso contratual.

No entanto, uma análise por demais meticulosa e altamente custosa para identificação e alocação dos riscos poderá ocasionar efeito contrário ao esperado, uma vez que altos custos de transação poderão chegar a inviabilizar a celebração do próprio contrato em si. É diante deste panorama que parte da doutrina fala em incompletude contratual ótima, capaz de viabilizar a execução do projeto bem como de atender à identificação e alocação dos riscos envolvidos na medida do possível³⁵.

Convém destacar que a celebração de cláusulas contratuais demasiadamente genéricas também é capaz de afetar a otimização do contrato. Isso porque caso o licitante tenha questionamentos ou incertezas em relação ao conteúdo das cláusulas e a extensão de sua responsabilidade na ocorrência de determinado evento ao longo do contrato fará com que ele aumente valor a ser cobrado para execução do contrato, justamente para cobrir tal dúvida.

É o que Floriano Marques Neto chama de “*precificação da incerteza*”³⁶. Como exemplo disso, temos o caso do projeto de PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo onde, diante da incerteza e das obscuridades contidas no edital de licitação, o Estado de São Paulo teve que refazê-lo com vistas à garantir uma maior atratividade diante da ausência de propostas e de interessados no procedimento licitatório.

Além dos custos transacionais envolvidos, a incompletude contratual também poderá decorrer da incapacidade humana de prever todos os riscos em um contrato, sobretudo em PPP, que são de alto valor e podem durar até 35 anos. Neste sentido, pode-se falar nas mudanças sociais, econômicas, tecnológicas e jurídicas que poderão ocorrer daqui em diante.

Neste sentido, usualmente para aferição dos riscos envolvidos se mede a partir da relação presente-passado³⁷. No entanto, os acontecimentos passados e

³⁵ NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, p. 9.

³⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Reajuste e Revisão nas Parcerias Público-Privadas: Revisitando o risco nos contratos de delegação**. In SOUZA, Mariana Campos de; coord. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 72-73.

³⁷ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 191.

até aqueles presentes nem sempre serão os mesmos que ocorrerão no futuro. Acresça-se a isso ainda o fato de que a análise dos eventos ocorridos no passado é carregada de forte carga subjetiva .

Portanto, a incompletude contratual é algo que não pode ser combatido, seja pelo fato de que acarretaria em altos custos transacionais, inviabilizando a celebração da avença, seja porque os agentes são incapazes de prever todos os riscos e contingências que podem ocorrer na execução do contrato.

Dessa forma, é evidente que podemos falar em uma “incompletude ótima”, capaz de identificar e alocar a maior quantidade possível dos riscos envolvidos em todo o projeto ao mesmo tempo em que seus custos transacionais não inviabilizam a celebração do contrato. Quanto aos riscos não contemplados nos termos contratuais, ou seja, riscos *ex post*, pode-se afirmar que é o reequilíbrio econômico-financeiro que deverá ser tido como parâmetro para a resolução de eventuais conflitos acerca da responsabilidade pela assunção de determinado risco.

Por fim, em não sendo possível a alocação de todos os riscos envolvidos nas PPP, merece menção também a celebração de cláusula arbitral para dirimir os conflitos provenientes do contrato. A arbitragem se mostra como uma alternativa a ser considerada uma vez que é capaz de resolver o conflito de forma célere e eficaz, sem a morosidade e imprecisão técnica presente no Poder Judiciário. Ainda, a celebração de cláusula arbitral para resolução dos conflitos pode ser meio suficiente para que se dê segurança aos particulares. Isso porque mostrará aos interessados que o parceiro público não pretende tirar vantagem das imprecisões e incertezas do contrato, estabelecendo o árbitro como responsável pela elucidação da questão.

2.5. Identificação e alocação dos riscos nas Parcerias Público-Privadas

Feitas as ponderações introdutórias ao tema da repartição objetiva de riscos nas Parcerias Público-Privadas, cabe agora discorrer sobre os critérios de identificação e alocação dos riscos, bem como de que forma tal distribuição será disposta no contrato de PPP.

Como já fora dito anteriormente, a identificação e alocação dos riscos mostra-se como meio importante para que se tenha uma otimização dos níveis de eficiência

nas contratações públicas ³⁸. Isso porque os contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93 apresentavam cláusulas demasiadamente genéricas e incompletas, fazendo com que diuturnamente fossem acionados os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro para a solução de conflitos entre Administração Pública e contratante.

Sendo as Parcerias Público-Privadas espécies contratuais complexas, de longa duração, onde há exigência de vultoso investimento e participam uma multiplicidade de agentes, é evidente que quanto mais claras e objetivas forem as cláusulas celebradas, maiores serão as chances de que o empreendimento venha a ser projetado, construído e operado pelo parceiro privado sem a ocorrência de conflito entre as partes, diminuindo, portanto, a incidência dos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, bem como de disputas judiciais/arbitrais em decorrência do contrato.

Portanto, o ponto norteador que deve ser seguido pela Administração Pública ao optar pela contratação através de PPP é a de que, ao elaborar as cláusulas contratuais, deve-se buscar a eliminação de eventuais obscuridades e incertezas. Isso porque quanto mais claro for o contrato em relação às responsabilidades e garantias de cada uma das partes, menos relevantes serão futuras discussões acerca de questões contratuais, uma vez que não serão motivo de inviabilização da continuação do contrato bem como não terão repercussão econômica significativa ³⁹.

Além disso, como destaca Fernando Vernalha Guimarães ⁴⁰, a clareza e objetividade dos termos contratuais não beneficiarão apenas ao parceiro privado. Em verdade, eventual vagueza das cláusulas contratuais poderá ensejar o risco da prática de condutas oportunistas por parte do parceiro privado.

Sabendo que a extinção precoce do contrato poderá acarretar prejuízos das mais variadas ordens à Administração Pública (Vernalha Guimarães cita a descontinuidade do serviço público, custos com novo procedimento licitatório,

³⁸ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. Alocação de riscos na PPP. *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 239

³⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 147.

⁴⁰ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Op. cit.*, p. 240.

prejuízos políticos, dentre outros), o parceiro privado poderá se utilizar de eventual lacuna no contrato para suscitar impasses, obrigando o parceiro público a realizar renovações ou revisões em contratos ainda jovens ⁴¹. Portanto, quanto mais claro e bem redigido for o contrato, menores serão as chances que o parceiro privado terá para se beneficiar de condutas oportunistas.

Assim, o que deve ficar claro neste tópico é que a identificação e alocação objetiva dos riscos beneficiará todas as partes envolvidas. Tanto o parceiro privado, tendo em vista que terá maior segurança sobre suas responsabilidades e garantias, podendo, dessa forma, ofertar preço mais interessante à Administração Pública, quanto o parceiro público, uma vez que estará melhor amparado diante de eventuais condutas oportunistas do parceiro privado.

Em nosso país, há que se reconhecer que a repartição de riscos nas concessões de serviço público e nas PPP ainda não recebe a atenção que lhe é devida, principalmente por aqueles que são responsáveis pela modelagem dos contratos ⁴². Não obstante, nos últimos anos, parte da doutrina se empenhou em uma análise mais apurada sobre os métodos de distribuição e de classificações dos riscos de forma a uniformizar a aplicação das técnicas objetivando-se obter uma repartição mais completa e regular, sempre com vistas a auxiliar na estruturação dos contratos e fornecer parâmetros para futuros projetos.

2.5.1. Critérios para distribuição dos riscos

Levando-se em consideração que, no que tange ao regime das concessões, a estabilidade contratual é valor jurídico inafastável, é evidente que a etapa de planejamento prévio do modelo concessório possui importância da mesma magnitude daquela da execução do contrato propriamente dita ⁴³. E é justamente

⁴¹ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Op. cit.*, p. 241.

⁴² Como exemplo, Maurício Portugal Ribeiro relata que conversou com advogado responsável pela redação modelagem jurídica de um contrato de concessão, onde o mesmo não compreendeu as regras que ele mesmo havia escrito. Ao final, Portugal Ribeiro conta que o advogado sequer tinha escrito as cláusulas, mas tão-somente copiado de contrato anterior, que dizia respeito à outro tipo de concessão. *In* PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. **Riscos ambientais em concessões e PPPs**. 2015, p. 3. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concessoes-e-ppps?related=2>

⁴³ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 138.

nesta fase em que deve ser feita a identificação e alocação dos riscos inerentes ao serviço que se pretende prestar

Não obstante, importante destacar que quando se fala planejamento do modelo concessório e, por consequência, de uma matriz de riscos objetiva, não se está a buscar eliminar os riscos envolvidos no projeto: o que se busca é, em verdade, apenas “*prevê-los e equacioná-los, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da sua eclosão*”⁴⁴.

Dessa forma, não há como se falar em uma matriz de riscos eficiente sem que se tenha planejamento e outros estudos prévios, técnicos e econômicos, acerca dos riscos que aquele determinado empreendimento enseja. Sendo a complexidade, a longa duração e os altos custos características inerentes à todos os projetos de PPP, impõe-se concluir que não há como se adotar um modelo genérico a ser seguido em todos eles.

Como já dito anteriormente, cada projeto possui suas especificidades, que muitas vezes sequer possuem correlação com projetos de PPP em outros setores. A tomada de um modelo generalizado, sem a análise das particularidades do caso concreto certamente seria muito mais prejudicial, com a recorrência de conflitos e necessidade de frequentes recomposições, do que benéfica.

Além dos estudos técnicos e de viabilidade econômica a serem realizados previamente, merece destaque também, para fins do estabelecimento da matriz de riscos contratual, o tipo contratual que será adotado, ou seja, se será por contratação global ou por contratação separada. Diz-se que a contratação é global quando o parceiro privado é responsável por todas as prestações para aquela utilidade pública (conhecido também pela sigla DFBOT – *Design, Finance, Build, Operate & Transfer*), ao passo que a contratação separada é fracionada em partes (para projetar e construir a infraestrutura – “DB – Design Built” – ou para operar e realizar as manutenções devidas – “O&M – Operation and Maintenance”)⁴⁵.

⁴⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 140.

⁴⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 141.

Prima facie, pode-se concluir que o modelo de contratação global é o mais adequado. Isso porque estando o particular obrigado a realizar todas as etapas do empreendimento – inclusive, tendo que operar e manter a estrutura por ele projetado e construída –, não é equivocado inferir que o mesmo terá uma visão do *conjunto da obra*, de forma a empregar os melhores meios possíveis na visualização do projeto como um todo ⁴⁶.

Portanto, a um incentivo para que empregue os melhores insumos e as melhores técnicas, uma vez que será ele que deverá arcar com eventuais falhas na construção em momento posterior. Acresça-se a isso, ainda, o fato de que, por ser responsável por toda a duração do empreendimento, é possível que os custos relativos aos riscos alocados à sua esfera sejam mitigados por prazo maior de tempo quando em comparação à contratação separada.

Por seu turno, a contratação separada se mostra vantajosa uma vez que dificilmente um mesmo agente econômico é capaz de realizar da forma mais eficiente possível todas as etapas do empreendimento. Como já dito, as PPP são dotadas de complexidade, sendo extremamente difícil que agentes econômicos tenham *expertises* avançadas em todas as fases do empreendimento (projeto estruturante, construção, operação e manutenção) ⁴⁷. A *expertise* do contratado para que exerça determinada etapa certamente também possui o condão de reduzir custos e riscos.

Em contrapartida, convém ressaltar que na contratação separada, justamente por conta do fracionamento do empreendimento, o parceiro privado possui menos tempo para mitigar os riscos assumidos e, por vezes, pode buscar a mitigação através da utilização de técnicas ou produtos de menor qualidade. Não sendo o responsável pela operação e manutenção do projeto, não será ele que deverá arcar com custos de reparação, sendo, portanto, uma forma de externalização do prejuízo.

Independentemente do modelo contratual que se escolha – conforme se vê, cada qual possui vantagens e desvantagens –, é certo que deverá ser levado em consideração quando da identificação dos riscos. Na mesma toada, é de suma

⁴⁶ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁷ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 143.

importância também que se atribua um valor ao risco. Como já foi dito, o julgamento de um determinado risco é procedimento eminentemente subjetivo, sendo extremamente difícil determinar com precisão o alcance do risco, inclusive daqueles ditos ordinários ⁴⁸.

É através da identificação e da valoração que se poderá alcançar uma matriz de riscos ótima e eficiente na medida do possível. Não podemos falar em uma matriz de riscos genérica, aplicável à todas as PPP. No entanto, a doutrina nos traz critérios gerais que devem ser observados no momento em que a alocação dos riscos for feita. Insta salientar que tais critérios não são exaustivos, mas apenas pontos de partida para a análise da alocação de riscos nas PPP⁴⁹.

O primeiro deles estabelece que os riscos deverão ser alocados à parte que tenha melhores condições de reduzir as chances de sua ocorrência, a um menor custo ⁵⁰. O segundo critério, que, de certa forma, é decorrente do primeiro, dispõe que o risco deverá ser alocado à parte que, em caso de que se materialize, tenha melhores condições e técnicas para mitigar os prejuízos resultantes. Dessa forma, há um incentivo econômico para que *sejam tomadas as medidas necessárias para minimizar o risco e os prejuízos resultantes de sua materialização* ⁵¹.

Na sequência, deve-se observar que a alocação dos riscos deve se dar àquela parte que não possua condições de externalizar os prejuízos decorrentes do evento danoso. É dizer: é ineficaz atribuir determinado risco se aquela parte tenha a possibilidade de facilmente transferir o prejuízo para terceiros ⁵².

E, por fim, há o critério mais controverso, que é o que diz respeito à possibilidade de contratação de seguros, segundo a qual o risco deve ser alocado à

⁴⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 146.

⁴⁹ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168.

⁵⁰ Neste sentido, BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168, e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

⁵¹ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168.

⁵² BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168, e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. cit.*, p. 81. Como exemplo, Marcos Barbosa Pinto assevera que “*essa regra indica claramente que, na maior parte dos casos, o Estado não é um bom absorvedor de riscos, já que ele pode transferir todos os seus custos para os contribuintes*”, de forma que os prejuízos arcados pelo parceiro público não “*induzem a uma administração mais eficiente de custos*”.

parte que pode obter seguro contra ele a custos mais baixos ⁵³. Ora, a controvérsia em torno dessa diretriz se dá na medida em que, tendo em vista seu vasto patrimônio e as inúmeras atividades que realiza, a Administração Pública raramente realiza a contratação de seguros, o que impossibilita a comparação entre as partes.

A questão que se coloca é a seguinte: através do que foi dito no parágrafo anterior, poder-se-ia concluir que a Administração Pública suporta melhor os riscos do que o parceiro privado, uma vez que pratica o “auto-seguro”; no entanto, levando-se em consideração que o Estado é mais apto a externalizar seus prejuízos, conclui-se que a realização deste “auto-seguro” possa ser mais cara do que a securitização que se faz no setor privado ⁵⁴.

Portanto, deve-se concluir que o risco deverá ser alocado à parte que possuir melhores condições de securitizar o risco, ressalvadas as hipóteses onde não haja possibilidade de cobertura no mercado de seguros ou seus prêmios sejam proibitivos, casos nos quais o risco deverá ser alocado à Administração Pública ⁵⁵.

Em que pese não serem vinculativas ou absolutas, estas diretrizes certamente podem ajudar numa alocação dos riscos inerentes ao empreendimento de forma mais eficiente. Com tais considerações em vista, pode-se, neste momento, tratar da questão da classificação dos riscos contratuais em PPP. Inicialmente, impõe-se destacar que não há consenso na doutrina acerca de sua classificação, existindo autores que dão tratamentos diversos ao tema. Com efeito, não se pode afirmar que algum dos trabalhos seja equivocada, mas apenas partem de pontos de vista diferentes.

Em primeiro lugar, cabe discorrer acerca da classificação proposta na Portaria n. 614/2006, da Secretaria do Tesouro Nacional. Vejamos.

⁵³ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168.

⁵⁴ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 169.

⁵⁵ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 169.

2.5.2. Portaria STN 614/2006 – Classificação normativa dos riscos

A Lei de Responsabilidade Fiscal concebeu a ideia de responsabilidade fiscal através da imposição de uma série de restrições, podendo-se citar o exemplo do estabelecimento de limites para gastos com pessoal, serviços e endividamentos, sempre com vista à reduzir o déficit público e estabilizar os montantes de dívida pública.

Como já visto anteriormente, as Parcerias Público-Privadas são espécies contratuais de longa duração e que envolvem a utilização de quantia acentuada de recursos financeiros, sendo pelo menos parte da remuneração do parceiro privado proveniente de recursos públicos.

Portanto, é correto afirmar que a Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) deve ser observada pela Administração Pública ao contratar através de PPP. A questão fica ainda mais evidente na medida em que a própria Lei 11.079/04, em seu art. 4º, inc. IV, determina a observância da responsabilidade fiscal nas contratações das PPP.

Com isso em vista, em 21 de agosto de 2006, a Secretaria do Tesouro Nacional publicou a Portaria n. 614/2006 que, em cumprimento ao disposto no art. 25 da Lei 11.079/04, buscou estabelecer normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de Parceria Público-Privada. Assim, da leitura da portaria extrai-se que ela fora elaborada para estabelecer critérios para contabilização das despesas referentes ao projeto de PPP, bem como de que modo deverá ser contabilizado ou não como dívida pública de determinado ente federativo.

Neste sentido, a portaria ora analisada atribuiu como critério o *risco* como *definidor das hipóteses onde uma PPP deve impactar o endividamento*, ou seja, deve ser contabilizado como dívida pública⁵⁶. A portaria estabelece que os ativos da Sociedade de Propósito Específico (SPE) deverão ser contabilizados no passivo público caso a Administração Pública assuma parcela relevante de pelo

⁵⁶ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. A Lei da Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-Privada. *In* Revista de Direito Administrativo Eletrônica, n. 20, nov/dez/jan de 2009/2010, Salvador. p. 7.

menos um entre os riscos de demanda, de construção ou de disponibilidade do projeto ⁵⁷.

Dessa forma, não é a modelagem contratual por concessão patrocinada ou administrativa que definirá se o projeto deverá ser contabilizado como endividamento público, mas tão-somente a parcela de riscos que o parceiro público deverá assumir. Para tanto, o art. 4º, parágrafo 1º, da portaria define os conceitos de riscos, bem como estabelece quais são os casos onde se deverá considerar que o parceiro público assume parte relevante do risco ⁵⁸. São eles: risco de demanda, risco de construção e risco de não disponibilização do bem.

Em primeiro lugar, o risco de demanda é aquele que se relaciona com eventuais quedas de receita do projeto diante de sua subutilização ⁵⁹. Dessa forma, e conforme se extrai da Nota Explicativa anexa à Portaria 614/06 ⁶⁰, este tipo de risco é associado a variações na atividade econômica, tendências do mercado ou ainda novas formas de prestação de serviços semelhantes. Como dispõe o inc. I, parágrafo 1º da Portaria 614/06, este risco deverá ser contabilizado em dívida pública quando o parceiro público garantir ao menos 40% do fluxo total de receita esperado ao parceiro privado, independentemente de sua utilização.

Por seu turno, riscos de construção são aqueles inerentes às variações de custos da constituição e/ou manutenção do bem, incluindo, também, o risco de obsolescência ⁶¹. Nesta toada, é evidente que quanto maior o projeto, maior esse

⁵⁷ Tal norma está disposta no *caput* do art. 4º da Portaria 614/06.

⁵⁸ § 1º Para efeito dessa Portaria considera-se que o parceiro público assume parte relevante:

I – (...) Define-se risco de demanda como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público;

II – (...) Define-se o risco de construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem;

III – (...) Define-se o risco de não disponibilização do bem como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado.

⁵⁹ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁰ Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/Portaria_614_210806.pdf Acesso em: 08/07/2016.

⁶¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 105.

risco será, tendo em vista que será possível uma maior variação no preço dos itens de construção e manutenção do bem ⁶². Este tipo de risco deverá ser contabilizado no endividamento público quando o parceiro público *garantir pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado*.

Por fim, há também o risco de disponibilidade, que é aquele referente à indisponibilidade do bem, seja por desacordo com os padrões exigidos, seja por estar abaixo do desempenho pactuado. Portanto, o risco de disponibilidade refere-se à *adequação do serviço prestado aos padrões contratados*⁶³. Assim, a portaria considera que a Administração Pública assumirá este risco – e, portanto, deverá ser contabilizado como endividamento público – quando assegurar ao parceiro privado pelo menos 40% da contraprestação esperada, sem levar em consideração a disponibilização do serviço em desacordo com as especificações contratuais.

Dessa forma, a Portaria n. 614/06 da STN buscou definir os principais riscos inerentes à contratação por Parceria Público-Privada com vistas à contabilização deles na dívida pública, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não obstante, há que se reconhecer que exerceu papel importante para fins de demonstrar a importância de uma alocação de riscos eficiente. Isso porque, a depender da matriz de riscos estabelecida, haverá uma maior ou menor incidência dos mecanismos de controle das finanças públicas, posto que aquele determinado risco deverá ou não ser contabilizado como endividamento público.

A seguir, serão analisadas as classificações doutrinárias acerca da tipologia dos riscos nas Parcerias Público-Privadas. Cabe salientar, desde já, que nenhuma dessas classificações é absoluta, tampouco é apta para abranger todos os riscos possíveis. No entanto, é evidente que o estabelecimento de diretrizes gerais a partir das tipologias ora apresentadas é de suma importância para que se tenha, na medida do possível, uma uniformidade no estabelecimento de uma matriz de riscos eficiente.

⁶² ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 105.

⁶³ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 105.

2.5.3. Tipologia dos riscos a partir das proposições doutrinárias

Não é só a portaria da Secretaria do Tesouro Nacional acima citada que se engajou em realizar uma classificação acerca dos tipos de riscos envolvidos nas Parcerias Público-Privadas. Com base nela, bem como nos critérios para obtenção de uma alocação de riscos eficientes anteriormente elencados, a doutrina sobre o tema se incumbiu de tratar mais pormenorizadamente sobre o tema. No entanto, não há consenso entre os diversos autores, cada qual propondo uma classificação diferente.

Dessa forma, nos tópicos a seguir trataremos acerca da classificação dos riscos à luz dos trabalhos doutrinários, notadamente aqueles de Marcos Barbosa Pinto, Marcos Augusto Perez e Floriano Marques Neto, este último que utilizaremos como base, por entendermos ser a classificação mais profícua, acrescentando-se a partir dele ponderações importantes realizadas pelos outros autores sobre o tema. Mais uma vez, devemos ressaltar que, em que pese o presente trabalho adotar uma das classificações como base, isso se faz apenas para fins didáticos, não se podendo concluir que uma ou outra classificação está errada ou incoerente.

A importância da gestão dos riscos no entendimento de Floriano Marques Neto é tamanha que o próprio autor conceitua Parcerias Público-Privadas como um negócio jurídico “*de compartilhamento de riscos entre parceiro público e privado com vistas a promover necessidades coletivas (utilidades e serviços públicos)*”⁶⁴. Nesta senda, o autor divide os riscos em cinco categorias principais: (i) riscos de receita; (ii) atrelados a custos; (iii) de financiamento; (iv) riscos de autoridade e; (v) riscos externos.

2.5.3.1. Riscos de receita

Dentre os riscos de receita, está o risco de variações na demanda projetada, competição eficiente no setor, atraso no início da operação e inadimplemento na

⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas. Revisitando o risco nos contratos de delegação. *In* SOUZA, Mariana Campos de (coord.). Parceria Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73.

contrapartida pública ⁶⁵. Portanto, percebe-se que se encontram englobados nesta categoria todos aqueles riscos que podem diretamente vir a impactar nos ganhos financeiros do parceiro privado, bem como causar variações no fluxo de caixa previsto em momento anterior à contratação. Nesta toada, estes riscos poderão ocasionar na impossibilidade de cobrir custos e reaver o investimento feito ao longo do empreendimento.

O risco de variações na demanda projetada refere-se à possibilidade de que a demanda pelo serviço a ser prestado seja inferior ao projetado inicialmente. Via de regra, entende-se que, tendo em vista a *expertise* que o setor privado detém das relações comerciais, este tipo de risco deve ser alocado preferencialmente ao parceiro privado ⁶⁶⁶⁷. Não obstante, convém destacar que Marcos Barbosa Pinto entende que o risco de demanda só pode ser alocado no caso concreto, à luz das especificidades do serviço em questão ⁶⁸.

Por sua vez o risco de competição se materializa quando os consumidores optam pela utilização do serviço a partir de outros prestadores do serviço, casos nos quais os serviços são regulados como competitivos ⁶⁹. Nestes casos, a alocação deveria ser preferencialmente na esfera jurídica do parceiro privado, quando se tratar de competição com outros particulares, ao passo que, caso a competição se dê com projetos que tenham subsídio ou apoio do parceiro público, será este que deverá arcar com este tipo de risco ⁷⁰.

Já o atraso no início da operação poderá retardar as demais fases do projeto, postergando-se, por consequência, os ganhos financeiros dos parceiros. Com efeito, não há uma alocação preferencial para este tipo de risco: caso o responsável pelo

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁶ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 92.

⁶⁷ No entanto, como ressalta Maurício Portugal Ribeiro (*op. cit.*, p. 92), há casos nos quais o parceiro privado não detém capacidade de influenciar na demanda pelo serviço, hipóteses nas quais é cabível o compartilhamento ou ainda a atribuição do risco ao parceiro público. Por exemplo, é o caso das parcerias público-privadas no setor penitenciário: o parceiro privado não poderá ver a demanda pelo serviço aumentada ou diminuída por qualquer conduta que pratique; em verdade, é apenas a Administração Pública que detém poder para influenciar no aumento ou redução de demanda. Maurício Portugal Ri

⁶⁸ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p 171.

⁶⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 153.

⁷⁰ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 93.

atraso seja o parceiro privado, deverá ele arcar com tais ônus, ao passo que atrasos provocados pelo parceiro público deverão ser de responsabilidade deste.

Por fim, os riscos decorrentes da inadimplência da contraprestação do parceiro público são, via de regra, alocados ao parceiro privado ⁷¹. Não obstante, a legislação vigente prevê uma série de garantias com vistas à mitigar a possibilidade de ocorrência de tal risco ⁷².

2.5.3.2. Riscos atrelados aos custos

Já os riscos atrelados aos custos compreendem as falhas de projeto, o risco tributário e a variação no preço dos insumos ⁷³. O risco de falhas no projeto diz respeito à possibilidade de que o empreendimento tal como projetado inicialmente não venha a suprir a demanda do serviço, em termos qualitativos, quantitativos e de custos ⁷⁴. Ainda, pode-se acrescentar, neste ponto, o risco de avanço tecnológico, o que poderá acarretar na obsolescência da infraestrutura projetada ⁷⁵. Preferencialmente, este tipo de risco deverá ser atribuído ao parceiro privado ⁷⁶.

Quanto ao risco tributário (aumento da carga tributária capaz de aumentar os custos do parceiro privado), em que pese a Lei 11.079/04 nada dispor acerca disso, deve-se aplicar subsidiariamente o previsto na Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95), que dispõe que criação, alteração ou extinção de tributos, após apresentada a proposta, acarretará na revisão da tarifa, a exceção dos impostos

⁷¹ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 93.

⁷² Como exemplo, temos o sistema de garantias previsto nos incisos do art. 8º, da Lei 11.079/04.

⁷³ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 74.

⁷⁴ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁵ Marcos Augusto Perez, por sua vez, classifica o risco de falhas no projeto e de avanço tecnológico como sendo *riscos técnicos*. (*op. cit.*, p. 157).

⁷⁶ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 85. No mesmo sentido, Viviane Gil Franco e João Batista Pamplona asseveram que: “A literatura é unânime em afirmar que o *bundling* (SPE) é capaz de reduzir comportamentos oportunistas, ou risco moral, por parte do construtor, pois cria interesse de longo prazo sobre o projeto. Ou seja, a fase de construção é pensada com base no retorno esperado durante a vida útil do ativo, promovendo uma busca por ganhos de eficiência produtiva já na fase de construção do projeto (*internalização dos custos de operação e manutenção*)”. FRANCO, Viviane Gil. PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil. Fortaleza: Revista Econômica do Nordeste. V. 399, nº 1, jan/mar 2008. P. 35.

sobre renda ⁷⁷. Dessa forma, resta evidente que este risco deve ser alocado ao parceiro público.

Já quanto aos riscos de variação nos preços dos insumos ⁷⁸, que poderá levar a um aumento do valor investido para construção do empreendimento, novamente deve-se ter em mente que o parceiro privado deverá deter *expertise* acerca do mercado dos insumos necessários, bem como é ele quem detém o poder de decidir sobre como se dará a modelagem de financiamento do empreendimento. Assim, deve-se alocar, preferencialmente, este tipo de risco ao parceiro privado ⁷⁹.

Na mesma esteira, Marcos Barbosa Pinto sustenta que ressalvados os casos de risco de inflação – pois é tipo de risco que o parceiro privado não detém sob seu controle, bem como é melhor neutralizado a partir de reajustes periódicos previstos expressamente no contrato –, este tipo de risco deve ser alocado ao parceiro privado, uma vez que é ele que pode gerir melhor a questão do custo da mão-de-obra, matéria prima e capital do empreendimento ⁸⁰.

2.5.3.3. Riscos de financiamento

Os riscos de financiamento, por sua vez, englobam o risco cambial, as alterações na política monetária e a “aversão do investidor” ⁸¹. O risco cambial se mostra mais evidente principalmente quando se leva em consideração que, em nosso país, muitas vezes os custos para implantação de determinado empreendimento são vinculados às moedas estrangeiras, uma vez que depende dos aportes tecnológicos de outros países. Este tipo de risco merece as mesmas

⁷⁷ § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

⁷⁸ Marcos Augusto Perez entende que o risco de variação do preço dos insumos é tipo de risco econômico-financeiro. (op. cit., p. 153/157). Nesta mesma categoria, enquadram-se os riscos de alterações das condições gerais de mercado que possam acarretar em uma desestabilização do mercado, bem como os riscos de demanda, de competição, da escolha do modelo tarifário, riscos comerciais e, por fim, riscos de financiamento.

⁷⁹ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 92. FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. *Op. cit.*, p. 34.

⁸⁰ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p 171.

⁸¹ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 74.

considerações feitas com relação ao risco de variação no custo dos insumos, devendo ser alocado preferencialmente ao parceiro privado ⁸².

Quanto ao risco da política monetária, há que se considerar que um aumento na taxa de juros com vistas à contenção da inflação fará com que tenha menos recursos em circulação no mercado e, por consequência, menos possibilidades de investimento no empreendimento ⁸³. É plausível que se tenha um compartilhamento de riscos neste campo, uma vez que a política monetária é regida primordialmente pelo Poder Público ao mesmo tempo em que o parceiro privado deve deter *know how* suficiente acerca das projeções de taxas de juros e condições de financiamento. Não obstante, Maurício Portugal Ribeiro entende que este tipo de risco deve ser alocado preferencialmente ao parceiro privado ⁸⁴.

Quanto à possível aversão dos investidores, deve-se ter em mente que o sistema de garantias a ser previsto no contrato, bem como as perspectivas de retorno do capital baseadas em estudos concretos deve se dar de tal forma a trazer a confiança do investidor naquele empreendimento e, por consequência, garantir que o mesmo invista seus recursos naquele projeto ⁸⁵.

2.5.3.4. Riscos de autoridade

Na sequência, Floriano Marques Neto categoriza os riscos de autoridade em riscos regulatórios, riscos políticos e riscos judiciários ⁸⁶. Deve-se entender como risco regulatório o risco decorrente do exercício por parte do Poder Público de atos através dos quais “*condiciona, restringe, normatiza, ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar sua existência, assegurar seu equilíbrio interno ou*

⁸² Importante observar que Marcos Barbosa Pinto destaca duas imperfeições do mercado que podem levar a sua alocação ao parceiro Público: levando-se em consideração a assimetria do mercado de capitais brasileiro e internacional, bem como se levando em consideração a inexistência de contrato de *hedge* de câmbio de longo prazo em nosso país, é aceitável que o parceiro público, por vezes, assumam este tipo de risco. (*Op. cit.*, p. 172).

⁸³ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 112.

⁸⁴ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 92.

⁸⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 157.

⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 74.

atingir determinados objetivos públicos”⁸⁷. Convém destacar que, em que pese sua alocação preferencial ser o parceiro público⁸⁸⁸⁹, uma vez que é ele quem detém influência acerca das atividades regulatórias, é possível que haja compartilhamento dos riscos nesta seara, a depender, em verdade, do projeto concreto de PPP⁹⁰.

Já os riscos políticos compreendem eventuais condutas do Estado que desequilbrem em termos econômico-financeiros o contrato⁹¹, bem como condutas oportunistas de caráter estritamente populistas, podendo-se citar, dentre estas, a suspensão da cobrança de tarifas e suspensão imotivada do pagamento da contraprestação do poder público⁹²⁹³. No entanto, a doutrina diverge sobre sua alocação preferencial: enquanto temos autores que defendem o seu compartilhamento, em observância às tendências internacionais⁹⁴, temos também autores que entendem que este risco é *supracontratual*, de forma que todo o ordenamento jurídico e o próprio contrato em si são modelados com vistas a obstar a ocorrência, bem como mitigar os eventos danosos de eventual materialização⁹⁵.

O risco judiciário, por sua vez, engloba tanto ao controle jurisdicional da atividade quanto às deficiências da prestação jurisdicional em nosso país⁹⁶. Quanto ao controle jurisdicional, deve-se atentar para o panorama de ativismo judicial⁹⁷ que

⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano. A nova regulação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. N. 1, fev/05. p. 02.

⁸⁸ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 95.

⁸⁹ Marcos Barbosa Pinto, em que pese englobar o risco regulatório dentro do risco político, também entende que “*sem dúvida, deve ser atribuído ao Estado o custo de mudanças legais ou regulamentares diretamente relacionadas ao serviço*” (*op. cit.*, p. 172).

⁹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 165.

⁹¹ BARBOSA PINTO, Marcos. *Op. cit.*, p. 172.

⁹² PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 97.

⁹³ Marcos Augusto Perez entende que os riscos políticos, que se subdividem em disputas eleitorais, pressão de movimentos sociais e, por vezes, a prevalência de interesses políticos paroquiais. Ainda, assevera que exemplo clássico de materialização de risco político o caso das concessões de rodovias do Estado do Paraná, onde, pouco antes do pleito eleitoral, o governador do estado reduziu pela metade o valor das tarifas de pedágio. (*op. cit.*, p. 168/169).

⁹⁴ Neste sentido, Marcos Barbosa Pinto (*op. cit.*, p. 172).

⁹⁵ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 97.

⁹⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 160/168.

⁹⁷ Kleber Zanchim destaca que tal protagonismo exercido pelo Poder Judiciário na tutela dos direitos dos particulares é levado em consideração pelos investidores internacionais, podendo dificultar o aporte de capitais estrangeiros em nosso país (*op. cit.*, p. 109).

nos encontramos, com o Poder Judiciário – normalmente através de medidas liminares – tutela os direitos dos particulares em face da Administração Pública, que possui o condão de impactar em contratos firmados pelo Poder Público, uma vez que o cerne da questão é justamente acerca da prestação de determinado serviço concedido à iniciativa privada. Nesta toada, é de se concluir que este tipo de risco deve ser alocado preferencialmente a esfera do parceiro público ⁹⁸.

2.5.3.5. Riscos externos

Por fim, os riscos externos dizem respeito à eventos que são alheios à contratação, englobando, dessa forma, os riscos ambientais e de movimentos sociais e/ou sindicais ⁹⁹. O risco ambiental compreende tanto os aspectos regulatórios ¹⁰⁰ (com a cada vez maior necessidade de aquisição de licenças e alvarás para construção, operação e manutenção do empreendimento), quanto eventual responsabilização pelo dano e/ou passivo ambiental gerado a partir do empreendimento.

Sendo o parceiro privado apto a realizar estudos de impacto ambiental, projetar de que forma a construção do empreendimento será menos custosa ao meio ambiente, bem como gerar incentivos corretos, é melhor que a alocação desse risco se dê preferencial à ele ¹⁰¹. No entanto, há quem entenda que este risco é sempre compartilhado, à luz da legislação ambiental e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ¹⁰².

Por fim, o risco da ocorrência de movimentos sociais e/ou sindicais que atrapalhem a implantação ou a execução do serviço deverá ser atribuído ao parceiro privado, mas com ressalvas, de forma que, até certo período de tempo seja dele,

⁹⁸ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 94.

⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁰¹ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. Riscos ambientais em concessões e PPP's. 2015, p. 12. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>

¹⁰² Neste sentido, Marcos Augusto Perez cita o disposto no art. 3º, inc. IV, da Lei n. 6.938/81 cumulado com art. 3º da Lei 9.605/98. Ainda, cita o entendimento firmado pelo REsp n. 28.222/SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi. (PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 166)

mas após ultrapassado limite temporal pré-definido, responde o parceiro público pela sua ocorrência ¹⁰³.

Como se infere, o tratamento doutrinário sobre o tema não é unânime, podendo ser abordado sobre diferentes nuances. Como já dito anteriormente, a definição da matriz de riscos do contrato de PPP deverá ser feito à luz das especificidades técnicas do projeto em si, não havendo como pré-estabelecer a matriz de forma genérica, aplicável a outros tipos de PPP. No entanto, os riscos gerais tratados acima comportam apenas uma alocação *preferencial* e não obrigatória, podendo, feitas as análises técnicas do caso concreto, ser atribuído a parceiro diverso do que aquele sugerido acima.

Como visto, o risco deverá ser preferencialmente alocado ao parceiro que possui melhores condições de preveni-los ou, caso materializado, mitigar seus efeitos. E são justamente as formas de mitigação dos riscos que veremos a seguir.

2.5.5. Formas de prevenção dos riscos pelos contratantes

Por certo, o risco e sua materialização não dependem apenas da sua identificação e valoração. Tanto o parceiro público quanto o parceiro privado podem adotar condutas aptas a minorá-los, o que está em consonância com as diretrizes apresentadas acima. Como dito, deve-se buscar alocar os riscos àquele que tenha melhores condições de controlá-los e preveni-los, de forma a criar um verdadeiro *incentivo econômico* ao contratante. Nesta senda, caso o contratante tenha inúmeras formas de mitigar o risco, deve-se concluir que ele adotará todas as medidas possíveis a seu alcance para tanto, ou ao menos adote as principais formas.

Inicialmente, com relação ao parceiro privado, quanto ao risco de projeto e construção, o parceiro privado poderá contratar empresa especializada em projetos e construção civil, de forma que o risco poderá ser repassado a estes ¹⁰⁴. Vê-se, dessa forma, que os principais riscos inerentes ao projeto, à construção e a manutenção do empreendimento podem ser mitigados através da realização de

¹⁰³ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁴ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 90.

estudos técnicos e contratação de empresas com *know how* acerca de construções de grande porte.

Nesta toada, convém destacar que uma das principais formas para que ele mitigue a incidência de determinado risco de sua esfera é a contratação de seguro no mercado privado para que previna sua ocorrência. Ainda, quanto ao risco de inovação tecnológica e obsolescência da infraestrutura implantada, pode-se prever contratualmente a criação de um fundo de reserva para readequação e renovação tecnológica ¹⁰⁵.

Já o risco de demanda pode ser mitigado através da previsão contratual de demanda mínima, de forma que, caso não atingida, o parceiro público venha a realizar pagamentos para tanto ¹⁰⁶.

Importante destacar que parte da doutrina considera que, mesmo que determinado risco seja integralmente atribuído à esfera privada, há que se preservar a continuidade dos serviços públicos e o poder-dever da Administração Pública em prestar serviços adequados caso o parceiro privado não esteja apto a prestá-los da forma contratada ¹⁰⁷. Diante disso, para fins de evitar que determinado risco seja *transferido* ao Poder Concedente em virtude dos princípios norteadores da atividade administrativa no que tange à prestação de serviços público, a Lei 11.079/04 prevê em seu art. 5º, §2º, inc. I, a possibilidade da utilização do *step-in right*, que possui o condão de transferir o poder de controle da SPE executora aos seus financiadores, bem como a responsabilização patrimonial dos sócios da SPE ¹⁰⁸.

Da mesma forma, o parceiro público possui plenas condições de mitigar a ocorrência de determinado risco, ou, quando de sua materialização, de gerir adequadamente seus efeitos danosos. O risco judiciário, por exemplo, poderá ser quase que integralmente afastado a partir da celebração de cláusula arbitral para

¹⁰⁵ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁶ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁷ Neste sentido, Marcos Augusto Perez destaca que “*mesmo que pensássemos num empreendimento concedido em que a grande maioria dos riscos fosse transferida para o concessionário, restaria para a administração o risco de responder em última instância pelo serviço público, caso o concessionário faltasse com suas obrigações; de responder supletivamente em relação a terceiros prejudicados*” (*op. cit.*, p. 130).

¹⁰⁸ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Op. cit.*, p. 181.

conflitos decorrentes do contrato, de forma que poderá assegurar ao parceiro privado julgamento técnico e especializado da causa, sem a incidência da morosidade e da insegurança jurídica provenientes de decisões judiciais diversas para situações idênticas.

Na mesma esteira, o adimplemento da contraprestação pecuniária do parceiro público poderá ser assegurado pelas obrigações legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como o sistema de garantias previsto no art. 7º da Lei 11.079/04. Ainda, há que se destacar que os mecanismos para o reequilíbrio econômico-financeiro poderão atuar como forma de mitigação de riscos ¹⁰⁹.

Portanto, como se pode inferir da leitura do presente capítulo, o estabelecimento de uma matriz de riscos no âmbito das Parcerias Público-Privadas é procedimento altamente técnico e demandará o dispêndio de recursos. Nesta esteira, é imprescindível que se observe as fases de identificação, valoração, classificação e mitigação dos riscos.

Feitas tais considerações, é de se concluir que, observada a incompletude ótima (vide tópico 2.5 – incompletude contratual), quanto mais objetivo e bem redigido for o contrato, maior será a segurança das partes com relação ao que é de responsabilidade de cada um, bem como menores serão os conflitos decorrentes da incerteza e da obscuridade que porventura podem ser geradas pelo contrato.

2.6. Equilíbrio Econômico-Financeiro e alocação de riscos

Depois de alocados os riscos de acordo com as diretrizes acima elencadas¹¹⁰, resta discorrer sobre a interação entre o Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato – diretriz esta que, apesar de não estar prevista expressamente na Lei n. 11.079/04, também é aplicável aos contratos de PPP, diante da aplicação subsidiária da Lei n.

¹⁰⁹ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹⁰ Mais uma vez, ressalta-se que as diretrizes e a alocação preferencial estabelecida no tópico anterior não possuem a pretensão intensão de serem vinculativas e/ou obrigatórias. Cada projeto de PPP deverá seguir suas diretrizes maisadequadas aos caso, de forma que sua alocação poderá se dar de forma diversa da daqui sugerida, uma vez que considerará as especificidades do projeto concreto.

8.987/95, no que couber, aos contratos de PPP – e a matriz de riscos previamente definida.

Com efeito, pode-se afirmar que a matriz de riscos influencia frontalmente o Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato de PPP uma vez que aquela é “dado essencial” a ser contabilizado quando do estabelecimento de uma equação econômico-financeira ¹¹¹. Antes de discorrermos diretamente acerca dessa questão, cabe inicialmente realizar uma breve conceituação acerca de Equilíbrio Econômico-Financeiro, bem como de que forma ele era regido à luz da Lei n. 8.666/93.

Na visão de Marçal Justen Filho, equilíbrio econômico-financeiro pode ser definido como “*a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato*” ¹¹². Neste sentido, a equação econômico-financeira do contrato abrange, além da contraprestação pecuniária devida ao particular, o prazo de pagamento, a periodicidade de pagamento ou ainda quaisquer outras vantagens que tenham sido estabelecidas contratualmente, bem como “*todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração*”¹¹³ do contrato.

Convém destacar, ainda, que o equilíbrio econômico-financeiro encontra-se relacionado a dois dos principais aspectos do contrato administrativo: a possibilidade de alteração das condições contratuais e a intangibilidade do equilíbrio quando da contratação. Com relação à mutabilidade, há que se destacar que, de um modo geral, todos os contratos – privados ou públicos – são mutáveis, a depender de questões sociais, econômicas e políticas no curso da execução contratual.

Não obstante, o que diferencia os contratos entre particulares dos contratos administrativos é a presença nestes do chamado *interesse público*, de forma que sua preservação deve ser buscada, uma vez que, em nosso ordenamento, os interesses da coletividade prevalecem sobre os particulares.

¹¹¹ GUSKOW CARDOSO, André. *Op. cit.*, p. 269.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 526.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 527.

Para tanto, o regime jurídico-administrativo, na questão relativa aos contratos públicos, confere ao Poder Público uma série de prerrogativas com vistas a possibilitar a realização de alterações ou até mesmo a extinção do contrato administrativo diante da necessária consecução do *interesse público*. Convencionou-se chamar tais prerrogativas de “cláusulas exorbitantes” justamente por não estarem previstas em instrumentos contratuais firmados entre particulares.

Portanto, sempre que entender necessário – pautado por justa motivação de conveniência e oportunidade –, o Poder Público poderá alterar unilateralmente parte do contrato com vistas à consecução dos interesses da coletividade com base nesse poder decorrente das cláusulas exorbitantes. Vê-se, assim, que o contrato administrativo possui parte essencialmente dinâmica, podendo ser alterada sem a anuência do particular ¹¹⁴.

O contrato administrativo também possui parte eminentemente estática. Isso porque todo contrato possui um ponto de equilíbrio econômico-financeiro entre as prestações e encargos de cada parte, de acordo com aquilo estabelecido no momento da contratação ¹¹⁵. Mesmo que o contido nos pratos de cada lado da balança seja alterado, o ponto de equilíbrio estabelecido inicialmente deverá ser respeitado.

Portanto, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro se faz imperiosa com vistas a garantir ao contratante certo grau de proteção diante de eventual utilização dessa prerrogativa conferida à Administração Pública pelas “cláusulas exorbitantes”, que são inerentes às contratações públicas. Ora, é essencial que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja intangível justamente no sentido de viabilizar a contratação pública em termos satisfatoriamente eficientes.

¹¹⁴ Maria Sylvia Di Pietro destaca que até mesmo o *interesse público* que a Administração deve proteger é conceito frequentemente mutável, de forma que, por vezes, a alteração dele no curso da execução contratual deverá requisitar o emprego de novas técnicas ou ainda ampliação/redução do objeto contratual. Dessa forma, pode-se concluir que o próprio equilíbrio do contrato administrativo se mostra como eminentemente dinâmico, muito mais inclusive do que nos contratos privados. Por fim, conclui que é justamente em decorrência dessa dinamicidade que se elaborou toda a teorização acerca do equilíbrio econômico no contrato administrativo. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 285.

¹¹⁵ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 73/74.

Isso porque caso o Poder Público pudesse alterar unilateralmente quaisquer cláusulas contratuais sem uma contraprestação para tanto – como exemplo, alteração unilateral no valor da tarifa a ser cobrada –, o particular ficaria à mercê da tomada de eventuais condutas oportunistas e de cunho estritamente político por parte do administrador, o que afastaria interessados na celebração de tal contratação.

Em contrapartida, com a garantia de que o equilíbrio das condições econômico-financeiras será mantido, o particular pode oferecer propostas mais vantajosas à Administração Pública, fazendo com que esta aumente seus níveis de eficiência¹¹⁶.

Convém destacar que não é apenas a parcela econômica – qual seja, a que diz respeito ao valor da remuneração do particular – do contrato que é intangível, mas também a parte financeira, ou seja, as questões que dizem respeito ao fluxo dos investimentos e retornos na execução contratual, como, por exemplo, os prazos e formas de remuneração escolhidas.

Sendo assim, pode-se concluir que, por vezes, é possível que a parte econômica do contrato seja mantida inabalada, mas o descumprimento de parte financeira do contrato – alteração no prazo para pagamento, por exemplo – gere prejuízos ao contratante, de forma que, nestas situações, também será devida a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo possui previsão constitucional¹¹⁷, mais especificamente no art. 37, inc. XXI da carta magna, que diz:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

¹¹⁶ Neste sentido, Marçal Justen Filho assevera que “a intangibilidade da equação econômico-financeira é a garantia ofertada ao particular de que não correrá risco quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais. Essa proteção produz redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto global de suas contratações”. In JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 527.

¹¹⁷ Merece destaque, aqui, o posicionamento de parte da doutrina, que entende que o texto constitucional não prevê a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que *condições efetivas da proposta* e equilíbrio econômico-financeiro não são sinônimos. Neste sentido, v. PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 108.

cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”

Da leitura do excerto do texto constitucional, pode-se concluir que o momento no qual é estabelecido o equilíbrio econômico-financeiro é quando o particular faz a proposta, uma vez que é a partir dela que as partes terão definidas as condições para a execução contratual ¹¹⁸. Portanto, são as condições neste momento estabelecidas que deverão ser preservadas ao longo do adimplemento contratual, mesmo que venham a incidir modificações unilaterais no contrato.

Oportuno destacar que a proteção da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato também pode ser fundamento para eventual recomposição por parte da Administração Pública, uma vez que o texto constitucional não limita tal proteção ao particular. Diante disso, em uma situação onde o desequilíbrio ocorrido no curso da execução contratual seja benéfico ao particular em detrimento da Administração Pública, esta pode pleitear recomposição do equilíbrio econômico-financeiro com fundamento em tal disposição.

De mais a mais, é de se concluir que a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro é diretriz aplicável a todos os contratos administrativos, seja lá qual for sua forma ou ainda de sua previsão expressa no instrumento do contrato. Não obstante, é evidente que as especificidades técnicas e a legislação atinente àquele contrato deverão permear eventual recomposição de tal equilíbrio.

A contratação administrativa tradicional, regida pela Lei n. 8.666/93, trata do equilíbrio econômico-financeiro através de um sistema de recomposição automática e obrigatória, fundada nos conceitos de força maior, caso fortuito e fato do príncipe, nos termos do art. 65, inc. I, ‘d’, da Lei n. 8.666/93. Por outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro no direito das concessões – aqui, englobando-se os contratos regidos pela Lei n. 8.987/95 e 11.079/04 – possui como objetivo fundamental a preservação da matriz de riscos estabelecida contratualmente. Neste panorama, não se fala em caracterização de algum dos eventos da álea econômica extraordinária e extracontratual para configuração de ruptura do equilíbrio contratual, mas sim

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 528 e VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Op. cit.*, p. 102-104.

rompida alguma das condições do contrato, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.987/95¹¹⁹.

Na sequência, discorrer-se-á mais pormenorizadamente acerca dessa diferenciação e, por fim, discorrer-se-á acerca das formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas.

2.6.1. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93

Via de regra, as contratações públicas celebradas com base no disposto na Lei n. 8.666/93 possuem, em seus respectivos instrumentos contratuais, cláusulas genéricas com vistas a proteger o equilíbrio contratual. Isso porque é cediço que, em tais contratações, a Administração Pública teria o poder-dever de compensar caso qualquer tipo de evento que reduza os ganhos projetados pelo particular venha a ocorrer¹²⁰.

Isso decorre do disposto no art. 65, inc. II, 'd', da Lei Geral de Licitações, que preleciona que o contrato poderá ser alterado por acordo comum entre as partes com vistas a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro definido inicialmente quando sobrevier "*fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*".

Portanto, buscando-se conferir aplicabilidade ao previsto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, a Lei n. 8.666/93 estabeleceu que os eventos que ensejam recomposição do equilíbrio econômico-financeiro – em eventual quebra deste – devem estar motivados por pelo menos uma das três situações ali expostas: (a) teoria da imprevisão; (b) caso fortuito ou força maior e; (c) fato do príncipe.

¹¹⁹Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

¹²⁰ MARQUES NETO, Floriano. *Op. cit.*, p. 71.

A teoria da imprevisão se baseia na premissa de que, no curso da execução do contrato, é possível que eventos econômicos imprevisíveis tornem inviável ao contratante adimplir com suas obrigações na forma como avençado inicialmente. Caso assim o fizesse, a execução contratual “*acarretaria sua ruína, com o enriquecimento correspondente da outra parte*” ¹²¹.

Diante disso, Marçal Justen Filho entende que, para que se possa aplicar a teoria da imprevisão, é necessária a ocorrência das seguintes situações: (i) imprevisibilidade do evento/incalculabilidade de seus efeitos; (ii) inimputabilidade do evento às partes; (iii) grave modificação das condições do contrato e; (iv) ausência de impedimento absoluta ¹²²¹²³.

Convém destacar que o art. 65, inc. II, ‘d’. da Lei 8.666/93, para além da aplicação da teoria da imprevisão tal como tradicionalmente formulada, ampliou sua extensão, uma vez que nela inclui também os eventos previsíveis, mas de consequências incalculáveis ¹²⁴.

Ainda com relação à teoria da imprevisão, insta salientar que, em que pese não estarem expressamente previstas no dispositivo, as chamadas *sujeições imprevistas* deverão receber tratamento semelhante ao acima discorrido. O fato de que nestes casos se trata de eventos *anteriores* à contratação poderia levar à conclusão de que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por sujeições imprevistas não seria devido ¹²⁵. Não obstante, entende-se que a expressão

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 532.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 533.

¹²³ Em sentido análogo, Di Pietro também entende que quatro requisitos devem restar configurados, a saber: (i) o evento danoso deverá ser imprevisível quanto à existência e/ou efeitos; (ii) estranho à vontade das partes; (iii) inevitável e; (iv) deverá causar desequilíbrio que ocasione ônus excessivo a uma das partes. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.*, p. 293.

¹²⁴ Neste ponto, Marçal Justen Filho destaca, a título exemplificativo, o caso da inflação: em que pese este ser um evento previsível e muitas vezes calculado, a impossibilidade de contabilização dos índices inflacionários de antemão ou ainda os casos onde a variação for superior às previsões gerais ensejará a aplicação da teoria da imprevisão, garantindo-se, assim, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *In* JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 533.

¹²⁵ O exemplo mais claro deste tipo de situação são as falhas geológicas: quando da contratação, o particular responsável pela execução de obra de engenharia não tinha ciência da ocorrência de falha geológica no terreno, inviabilizando a execução do contrato. O evento (falha geológica) é anterior à contratação, mas só se toma conhecimento dele após esta.

“sobrevirem” empregada no dispositivo legal não exclui as sujeições imprevistas da aplicação da teoria da imprevisão ¹²⁶.

Por seu turno, nos casos de caso fortuito e força maior, deverá ser aferida ocorrência de algum evento superveniente que seja alheio à vontade das partes e, ao mesmo tempo, torne impossível a execução dos termos contratuais ¹²⁷. Em tal contexto, a avença será desfeita sem a aplicação de quaisquer sanções às partes, com a ressalva de que será devido ao particular a remuneração correspondente àquilo que tiver executado.

Embora o Código Civil trate de ambas de forma indistinta, convém destacar que o caso fortuito se traduz por eventos naturais como ciclones ou ainda inundações imprevisíveis. Já a força maior é evento que resulta de alguma ação humana, como, por exemplo, algum movimento grevista que impossibilite o adimplemento contratual ¹²⁸.

Importante destacar que a principal diferença entre a teoria da imprevisão e a aplicação de caso fortuito ou força maior é o fato de que nestes casos há a impossibilidade absoluta da continuação do contrato, enquanto que nos eventos decorrentes da teoria da imprevisão o que se vê é apenas um desequilíbrio econômico, que não possui o condão de inviabilizar a continuação do contrato. Além disso, enquanto que na teoria da imprevisão a Administração Pública pode rever cláusulas financeiras com vistas a permitir a continuidade do contrato, nos casos de caso fortuito ou força maior, como dito acima, as partes são liberadas da avença sem qualquer tipo de sanção a ser aplicada ¹²⁹.

Já a teoria do fato do príncipe se caracteriza pelo “*direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado*” ¹³⁰. Esse direito à indenização decorre da premissa de que não é justo o particular que contrata com a Administração Pública ter que arcar com eventuais efeitos onerosos

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 535.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 535.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 535 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 251/252.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Op. cit.*, p. 293/294 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 251/252.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 531.

de alteração superveniente à contratação de parte da disciplina que rege a execução do contrato ¹³¹.

O exemplo mais clássico da aplicação da teoria do fato do príncipe é a hipótese na qual há a majoração da carga tributária incidente sobre os insumos ou mesmo sobre a própria atividade a ser executada por parte da Administração Pública. Mesmo não sendo o objetivo onerar a execução daquele contrato em específico, quando aumenta a carga tributária o Poder Público assim o faz, de forma que há repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser feita sua recomposição.

Por fim, merece destaque também a teoria do fato da Administração, que diz respeito a ato ilícito contratual, ou seja, a Administração Pública, no bojo da execução contratual, deixa de cumprir alguma de suas obrigações, ocasionando prejuízos ao particular. Nesta toada, parte da doutrina entende que tal ato poderia ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto que parte se mostra reticente a tal possibilidade ¹³².

Como se vê, é apenas a álea extraordinária que enseja a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A álea ordinária, nela abarcados os riscos da atividade empresarial, bem como ineficiência, imperícia ou equívocos na projeção de usuários, não ensejam tal recomposição. Além disso, importante destacar que a Lei n. 8.666/93 quando estabeleceu tais hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro buscou resguardar o particular dos eventos ditos extraordinários.

No entanto, em termos práticos, o que se vê é a utilização desarrazoada dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que, por vezes, se mostram altamente custosos e desnecessários na mesma proporção. Tal fato faz

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 531.

¹³² Marçal Justen Filho entende que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ser a solução incorreta. Isso porque ilícito contratual, segundo Justen Filho, gera o dever de indenização por perdas e danos, não podendo ser confundida com a quebra do equilíbrio econômico-financeiro, que diz respeito à ampliação das vantagens ou redução dos encargos do particular. Não obstante, Justen Filho destacar que na maioria dos casos o particular prefere a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por ser mais célere e prático. *In* JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 537.

com que os benefícios advindos de procedimento licitatório competitivo sejam colocados em cheque.

2.6.2. Relação entre Equilíbrio Econômico-Financeiro e a noção de “risco” nas Parcerias Público-Privadas

Como visto acima, com relação aos contratos administrativos “comuns” – regidos pela Lei n. 8.666/93 –, pode-se afirmar que, nos termos do art. 65, inc. II, ‘d’, da referida lei, apenas a álea extraordinária ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao passo que eventos decorrentes da álea ordinária ficarão por conta do particular. Nos contratos de Parceria Público-Privada a lógica é um tanto quanto diferente, sendo a teoria das áleas por demais simplista para tutelar adequadamente estes modelos contratuais ¹³³.

Isso porque a lei que rege estes contratos dispõe expressamente que eles deverão possuir matriz objetiva de riscos, com a alocação expressa “*inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*” ¹³⁴. Portanto, é de se concluir que a sistemática prevista no art. 65, inc. II, ‘d’, da Lei 8.666/93 não se aplica às PPP, uma vez que, caso seja alocado ao parceiro privado, é perfeitamente possível que algum evento decorrente da álea extraordinária não enseje recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ¹³⁵.

Portanto, a alocação e o estabelecimento de uma matriz de riscos ganha essencial importância na definição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesta esteira, Maurício Portugal Ribeiro afirma que a definição da equação econômico-financeira do contrato será a relação entre o serviço a ser prestado, a

¹³³ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91.

¹³⁴ Art. 5º, inc. III, Lei 11.079/04.

¹³⁵ A título ilustrativo, André Guskow Cardoso cita o caso onde a integralidade dos riscos geológicos tenha sido transferido ao parceiro privado. Em tal caso, mesmo que se tenha a concretização de tal risco, este não ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que este fora estabelecido já se levando em consideração que tal risco integrava a esfera do parceiro privado. Logo, não haveria porque se falar em ruptura ou desequilíbrio. In CARDOSO, André Guskow. *Op. cit.*, p. 269.

matriz de risco estabelecida e a remuneração do concessionário, sendo isto o que se estabiliza com a formulação da proposta. Dessa forma, os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverão ser utilizados única e exclusivamente com vistas a proteger esta relação ¹³⁶.

Na mesma toada, Fernando Vernalha Guimarães afirma que:

“a repartição de riscos no contrato será, assim, no plano das PPP, uma referência crucial na composição da equação econômico-financeira do contrato. A tutela à equação econômico-financeira do contrato estará delimitada pela distribuição dos riscos ordinários e extraordinários operada no plano do contrato”¹³⁷.

Com tais considerações em vista, cumpre salientar também que, partindo-se da premissa de que o contrato de PPP é um instrumento de alocação de riscos, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro adotado pela doutrina administrativa tradicional (a somatória dos benefícios e receitas é igual à somatória dos ônus e dos encargos – $\Sigma B + \Sigma R = \Sigma O + \Sigma E$) não é aplicável à espécie contratual ora em estudo ^{138 139}.

Seguindo tal lógica, levando-se em consideração a alta complexidade e a longa duração dos contratos de PPP, Portugal Ribeiro entende que a melhor expressão matemática capaz de representar a equação econômico-financeira nas PPP seria “objeto do contrato + risco = remuneração” ¹⁴⁰. Essa relação leva em conta que, com a formulação de proposta, o parceiro privado se incumbe de, pela

¹³⁶ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p.103.

¹³⁷ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. A repartição de riscos na parceria público-privada. *Revista de Direito Público da Economia – DPE*. Ano 6. N. 24. Belo Horizonte, out/dez. 2008. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55970.

¹³⁸ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 102. Como exemplo, o autor cita o caso de contrato de PPP onde o risco de construção é integralmente do parceiro privado. Neste caso, em se concretizando tal risco e não sabendo o concessionário lidar adequadamente com ele, tem-se que haverá um aumento dos encargos e ao mesmo tempo a redução das receitas, ocasionando um desequilíbrio, mas que não será passível de recomposição.

¹³⁹ No mesmo sentido, Egon Bockmann Moreira leciona que “essa imagem da balança prova demais – e assim revela a sua mais absoluta inaplicabilidade a contratos administrativos de longo prazo” in BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Inter de Retorno: a lógica das concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82.

¹⁴⁰ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 103.

remuneração proposta, executar o objeto do contrato e assumir os riscos à ele alocados ¹⁴¹.

Dessa forma, vê-se que nos contratos de PPP o equilíbrio econômico-financeiro possui três funções primordiais. A primeira função é a de desestimular alterações oportunistas no bojo da execução contratual, garantindo-se compensação em alterações que mexam no aspecto econômico-financeiro do contrato. A segunda função é a de possibilitar a realização de alterações no objeto contratual ou em outros aspectos do contrato, adequando-o à realidade e as mudanças com o passar dos anos. E, por fim, a terceira função é a de proteger e garantir o cumprimento adequado durante a execução do contrato à matriz de risco estabelecida ¹⁴².

E é justamente esta a relação que ora se busca esclarecer: nos contratos de PPP, a equação econômico-financeira deve ser vista como um instrumento com vistas a cumprir a matriz de riscos estabelecida. Isso porque, por exemplo, caso se materialize risco alocado ao Poder Concedente com os prejuízos recaindo sobre o parceiro privado ¹⁴³, através dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será possível que o parceiro privado reverta este panorama, com o restabelecimento do equilíbrio tal quando da formulação da proposta.

Assim, nos contratos de PPP, o parceiro privado apenas poderá evocar algum dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando ele suportar os prejuízos decorrentes da materialização de algum dos riscos alocados à esfera do Poder Concedente. Dessa forma, não há que se falar mais sobre em qual álea – ordinária ou extraordinária – aquele evento se enquadra, mas tão somente caberá responder a duas perguntas: (i) o risco estava alocado a quem? (ii) quem suportou as consequências gravosas de sua materialização? Se as respostas forem idênticas, não haverá alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Caso contrário, haverá quebra de tal equação, podendo a parte interessada pleitear recomposição do equilíbrio, através de uma das formas apresentadas a seguir.

¹⁴¹ FORTINI, Cristiana. Pires, Priscila Gianetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 294.

¹⁴² PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁴³ Caso comum é o de risco de interrupção da cobrança de tarifa por decisão judicial.

2.6.3. Formas de recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

Usualmente, o próprio contrato de PPP já prevê expressamente quais serão as formas através das quais será feita a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ¹⁴⁴, bem como deve se levar em consideração que o ordenamento brasileiro não restringe as formas para tanto ¹⁴⁵. Nesta senda, Maurício Portugal Ribeiro apresenta duas formas distintas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: (i) compensação financeira (*compensation event*) e; (ii) remarcação financeira (*benchmarking*).

As compensações financeiras são indenizações garantidas à parte que assumiu as consequências gravosas do risco que fora atribuído inicialmente à outra parte ¹⁴⁶. Por seu turno, as remarcações financeiras ocorrem quando “*se fazem acréscimos ou supressões no objeto do contrato ou quando alguma de suas condições essenciais é alterada de modo a requerer um procedimento de avaliação de impactos de tal acréscimo*” ¹⁴⁷.

Já Marcos Augusto Perez, ao realizar análise mais pormenorizada das formas de se efetuar remarcações financeiras, apresenta oito formas de se realizar o “*manejo das condições de execução do contrato*” ¹⁴⁸. Além do pagamento de indenização, Perez aponta, em primeiro lugar, a alteração do prazo de vigência do contrato – com o aumento ou redução deste –, sem a necessidade de novos investimentos, como forma de recomposição do equilíbrio.

Em segundo lugar, há a possibilidade de alteração do cronograma de investimentos do projeto. O adiantamento ou postergação da realização de investimentos previamente projetados pode se mostrar como forma de recompor o

¹⁴⁴ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁵ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Op. cit.* 100.

¹⁴⁶ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁷ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁸ PEREZ, Marcos Augusto. Mecanismos para a recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro. In **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04** (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 338/347.

equilíbrio, uma vez que “*quão mais tarde sejam programados os investimentos sob o seu encargo, maior será o retorno econômico do concessionário*”¹⁴⁹.

Em terceiro lugar, evidente que a alteração do valor da tarifa a ser cobrado dos usuários ou ainda da contraprestação do poder concedente é forma de recomposição. Neste sentido, “*o aumento da tarifa ou da contraprestação terão o condão de majorar o retorno econômico do concessionário, eventualmente abalado pelo desequilíbrio*”¹⁵⁰.

Em quarto lugar, há a possibilidade de transferência de encargos específicos assumidos por uma das partes para a outra. Neste caso, Perez destaca que deverão ser tomadas as seguintes precauções: essa alteração deverá se dar de forma a não desconsiderar a concessão (com a transformação do contrato em meramente de prestação de serviços), bem como se deve realizar estudos prévios sobre a assunção de tais encargos pela outra parte, isso com vistas a garantir de que tal alteração não possa acarretar futuramente novo desequilíbrio¹⁵¹.

Em quinto lugar, Perez fala acerca da possibilidade de compensação de obrigações pecuniárias assumidas pelo concessionário. Neste caso, compensa-se o valor devido a título de indenização com débitos contraídos pela concessionária junto ao poder concedente. Essa forma se mostra como solução eficaz justamente pelo fato de que não carrega alterações substanciais dos termos contratuais, bem como não acarreta a necessidade de aporte de recurso pela Administração Pública.

Em sexto e sétimo lugar, merece menção a possibilidade de alteração nos padrões de *qualidade e atualidade do serviço*. No momento da contratação, o Poder Concedente estabelece parâmetros de atualidade e qualidade dos serviços, com base na modicidade tarifária e custo-benefício¹⁵². Com isso, podem-se alterar tais padrões como forma de recompor o equilíbrio contratual, desde que seja observada

¹⁴⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 337.

¹⁵⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 339.

¹⁵¹ Como exemplo, Perez reflete sobre a situação onde o poder concedente, para fins de recompor a equação em concessão ferroviária, assume o encargo da compra de novos trens para uso do concessionário, mas não os adquire e a falta de maquinário acarrete redução na demanda do serviço. *In* PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 341.

¹⁵² PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 342.

e não altere a *adequação* do serviço prestado, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.

Em oitavo, pode-se recompor o equilíbrio contratual através da autorização ao concessionário para que explore receita alternativa ou ainda para realização de empreendimento associado não previsto inicialmente no contrato. Destaca-se, neste ponto, que deve ser feito estudo prévio atestando a viabilidade econômico-financeira de tal receita/empreendimento, com vistas a evitar que a utilização dessa forma de recomposição não se torne fonte de nova ruptura do equilíbrio ¹⁵³.

Por fim, Marcos Augusto Perez ainda destaca os casos de investimento de recursos públicos no projeto. Dentre estes, destaca-se as possibilidades de criação de subvenções para investimento, a criação de aporte de recursos – tal como formulado 12.766/2012 – e a possibilidade de criação ou supressão de incentivos fiscais e creditícios ao concessionário ¹⁵⁴.

Como se vê, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderá se dar através de várias formas, que possuem diferentes enfoques. Todas as alternativas ora apresentadas podem ser utilizadas, desde que observadas as especificidades fáticas e técnicas de cada projeto, bem como os interesses coletivos envolvidos. Independentemente da forma utilizada, ela deve ter como objetivo precípuo buscar restabelecer o *status quo ante* da ruptura do equilíbrio ¹⁵⁵. Nesta toada, é de se ressaltar que a utilização dos mecanismos de recomposição vem sendo aprimorada. Seja lá qual for a forma escolhida, esta deverá ser a que melhor atende as necessidades das partes, respeitados os mandamentos legais a respeito da matéria.

¹⁵³ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 343.

¹⁵⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 343.

¹⁵⁵ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Op. cit.* p. 100.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final de cada tópico, fez-se uma breve síntese sobre o que se buscou demonstrar ao longo dele. Sendo assim, este espaço será tão-somente para breves comentários sobre os pontos tratados com o presente trabalho.

Em primeiro lugar, é de se destacar que a temática da alocação dos riscos nos projetos de PPP é assunto tão importante quanto instigante: como visto, há ainda muito a ser discutido sobre o tema. Por ser positivado em nossa legislação apenas há pouco mais de uma década, ainda estamos aprendendo a utilizar de forma adequada o instrumento da repartição dos riscos.

Fato é que, independentemente disso, o estabelecimento de uma matriz de riscos objetiva, que aloque os riscos à parte que possui melhores condições de geri-lo e, caso ocorrido, mitiga-lo (seguindo as diretrizes apresentadas no tópico 2.5.1), possui enorme potencial para melhorar os níveis de eficiência e eficácia nas contratações públicas, com a redução do valor global destas e, conseqüentemente, dos gastos públicos com obras de infraestrutura.

Não obstante, sendo projetos de Parceria Público-Privada de alta complexidade, uma vez que possuem longa duração, demandam vultosos investimentos e envolvem inúmeros agentes econômicos, por certo que a identificação dos riscos é também atividade que demanda rigor técnico e, por consequência, demanda dispêndio de recursos.

Neste sentido, há que se ressaltar que se deve realizar a identificação e alocação dos riscos sem que tal diligência acarrete na inviabilidade do projeto diante de seus custos de transação. Portanto, pode-se falar em uma incompletude contratual ótima, onde se identifica e se aloca a maior quantidade possível dos riscos envolvidos e, ao mesmo tempo, seus custos transacionais não inviabilizam a celebração do contrato.

Ainda, importante destacar que não há como se formular uma matriz de riscos genérica, aplicável a todos os projetos de PPP. Isso porque o estabelecimento de uma matriz de riscos em um projeto de tamanha complexidade demandará que sejam levadas em conta as especificidades técnicas e fáticas do projeto. Por certo, a matriz de riscos de um projeto de PPP no setor da saúde será diferente daquela de

um projeto de PPP do setor penitenciário. Nesta toada, os riscos e suas alocações preferenciais apresentadas no tópico 2.5.3 mostram-se como meramente sugestivas, com base na experiência e entendimento dos autores citados. É perfeitamente possível que um risco que fora apontado como tendo alocação preferencial ao parceiro privado, em um projeto de PPP seja alocado ao Poder Concedente, desde que observadas as condições fáticas do caso concreto.

Quanto à relação entre a matriz de riscos estabelecida e o Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato de Parceria Público-Privada, vê-se que ambos possuem conexão profícua. Isso porque a equação econômico-financeira em tal espécie contratual adota função primordial de garantir o cumprimento da matriz de riscos estabelecida, sem que se aplique a teoria das áleas, tal como nos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93.

Sendo assim, não há como se falar em um sem se falar noutro. Só há ruptura do Equilíbrio Econômico-Financeiro do contrato quando a matriz de riscos é violada, ou seja, quando uma das partes absorve as consequências gravosas da materialização de risco alocado à outra parte.

Por fim, quanto à possibilidade de recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro, esta só é devida na situação descrita no parágrafo anterior. Do contrário, não há que se falar em direito à recomposição. A recomposição do equilíbrio poderá se dar através de inúmeras formas, não apenas através do pagamento de indenização à parte prejudicada pelo desequilíbrio.

Assim, conclui-se que as Parcerias Público-Privadas possuem enorme potencial para desenvolvimento de infraestrutura e serviços públicos. No entanto, há que se destacar também que se analisar as normas jurídicas aplicáveis tão-somente pela lógica jurídica não será suficiente: deve-se adotar, também, premissas econômicas para a análise delas. Neste sentido, o estabelecimento de uma matriz de riscos de forma objetiva, capaz de eliminar eventuais incertezas em relação à quem o risco está alocado, possui o condão de otimizar e muito esta espécie contratual.

É este o exercício que devemos buscar daqui em diante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA PINTO, Marcos. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, 2006, v. 13, n. 25.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. 1ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro**. in BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Inter de Retorno: a lógica das concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARDOSO, André Guskow. **Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas**. In *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

CRUZ, Juliano. **O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 43/2003: Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

EUROPEAN COMMISSION. **Guidelines for successful public-private partnerships**. United Kingdom, 2003. Disponível em: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf . Acesso em: 21/06/2016.

FORTINI, Cristiana. Pires, Priscila Gianetti Campos. **Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas**. In *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

GUASCH, J. LUIS. **Granting and Renegotiating Infrastructure: Concessions: Doing it right**. Washington D.C.: The World Bank, 2004.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**. São Paulo: Dialética, 2003.
- KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Dover, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Berlim; New York: de Gruyter, 1993.
- LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres, Ed. Routledge, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Reajuste e Revisão nas Parcerias Público-Privadas: Revisitando o risco nos contratos de delegação**. In SOUZA, Mariana Campos de; coord. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- NESTER, Alexandre Wagner. **O risco do empreendimento**. In: *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- NÓBREGA, Marcos. **Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs**. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 24 – nov/dez/jan 2011. Salvador, 2011.
- PEREZ, Marcos Augusto. **O Risco no contrato de concessão de serviço público**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- PEREZ, Marcos Augusto. **Mecanismos para a recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro**. In *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. **Riscos ambientes em concessões e PPPs**. 2015. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concessoes-e-ppps?related=2>
- PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. **Concessões e PPPs: Melhores práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2012 .
- SANTOS ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **O princípio da eficiência**. Revista de Direito Administrativo, n. 237. Rio de Janeiro: Jul. /Set. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas in Parcerias Público-Privadas**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

TORRES DOS SANTOS, Rodolfo. **Análise Econômica de Contratos: elementos de discussão em Setores de Infraestrutura**. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, 2004. V. 11. N. 12.

TVERSKY, Amos; SCHWARTZ, Alan; KAHNEMAN, Daniel; THALER, Richard H. **The effect of myopia and loss aversion on risk taking: an experimental test**. The Quarterly Journal of Economics, v. 112, n. 2, 1997.

UNITED KINGDOM. House Of Commons Library. **The Private Finance Initiative**. Research Paper 01/117, London, 2001. Disponível em: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP01-117> Acesso em: 21/06/2016.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. Alocação de riscos na PPP. *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/04* (Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **A Lei da Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-Privada**. *In Revista de Direito Administrativo Eletrônica*, n. 20, nov/dez/jan de 2009/2010, Salvador.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **A repartição de riscos na parceria público-privada**. Revista de Direito Público da Economia – DPE. Ano 6. N. 24. Belo Horizonte, out/dez. 2008. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55970.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição.** *In* BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016