



GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TCE-SC
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCE-SC

FRANCIELLY STÄHELIN COELHO

**A REPARTIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

FLORIANÓPOLIS, SC

2013



FRANCIELLY STÄHELIN COELHO

**A REPARTIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Pós Graduação para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo Ena Brasil.

Orientador: Me. Gustavo Fontana Pedrollo

Co-Orientador: Esp. Adircélio de Moraes
Ferreira Junior

FLORIANÓPOLIS, SC

2013



FRANCIELLY STÄHELIN COELHO

**A REPARTIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo Ena Brasil.

Orientador:

Me. Gustavo Fontana Pedrollo
Advocacia Geral da União

Coordenação Acadêmica

Claudia Regina Castellano Losso
Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013



FRANCIELLY STÄHELIN COELHO

**A REPARTIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo Ena Brasil.

Co-Orientador: _____

Esp. Adircélio de Moraes Ferreira Junior
Tribunal de Contas de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica _____

Claudia Regina Castellano Losso
Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013



O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCECSC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA .

A REPARTIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Aluna: FRANCIELLY STÄHELIN COELHO

Orientador: Me. GUSTAVO FONTANA PEDROLLO

Co-Orientador: Esp. ADIRCÉLIO DE MORAES FERREIRA JUNIOR

RESUMO

A Constituição Federal, em seu art. 175, determina que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime da concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Optando-se pela concessão, consta no art. 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/95, que o serviço público será executado por “conta e risco” do particular – o concessionário. Ocorre que, para que seja maximizada a eficiência em uma concessão de serviço público, bem como para evitar aquela velha prática administrativa em que o Poder Público “estatiza os riscos, socializa os prejuízos e privatiza os lucros”, o referido termo – “por sua conta e risco” não pode ser interpretado pela forma tradicional das *áleas* ordinárias e extraordinárias, aplicadas aos contratos administrativos comuns, conforme art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93. Ao contrário, os riscos devem estar previstos no próprio instrumento de outorga da concessão, conforme art. 23 da Lei Federal nº 8.987/95 e art. 9º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04, e alocados à parte que tem melhor condições de gerenciá-los, pois poderá melhor prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências, tudo com o menor custo possível.

Palavras-chave: Concessões de Serviços Públicos. Alocação de Riscos. Princípio da Eficiência.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 10 |
| 1.1 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 10 |
| 1.1.1 As modalidades de concessão previstas na Lei Federal nº 8.987/95 | 11 |
| 1.1.1.1 Da concessão de serviço público precedida de obra pública | 11 |
| 1.1.1.2 Da concessão comum | 11 |
| 1.1.1.3 Da permissão de serviço público | 14 |
| 1.1.2 As modalidades de concessão previstas na Lei Federal nº 11.079/04 | 14 |
| 1.1.3 Principais diferenças entre concessão comum, PPP's e contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93 | 17 |
| 1.1.4 Interesses envolvidos nas concessões | 19 |
| 1.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS E O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS | 21 |
| 2 REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A BUSCA PELA MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA | 26 |
| 2.1 OS RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ALÉAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS | 26 |
| 2.2 DA DISCUSSÃO PROPOSTA PARA O TERMO “REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS” | 29 |
| 2.3 DA REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO | 31 |
| 2.4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO | 34 |
| 2.5 A REPARTIÇÃO DE RISCOS EM UMA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 36 |
| 2.5.1 A importância de uma matriz de riscos construída com base no princípio da eficiência | 38 |

| | |
|--|-----------|
| 3 AS REPARTIÇÕES DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: PRINCÍPIOS BÁSICOS, CATEGORIAS COMUNS DE RISCOS E ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO SOB À ÓTICA DA EFICIÊNCIA | 40 |
| 3.1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 40 |
| 3.1.1 Alocação do risco à parte que tem mais capacidade para sua prevenção | 41 |
| 3.1.2 Alocação do risco à parte que tem mais capacidade para gerenciar as suas conseqüências danosas | 42 |
| 3.1.3 Alocação do risco à parte que tem menores possibilidades de externalizar as conseqüências do evento indesejável | 43 |
| 3.1.4 Alocação de riscos à parte que será menos onerada | 43 |
| 3.2 AS CATEGORIAS COMUNS DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 44 |
| 3.3 DA ALOCAÇÃO DE RISCOS PREVISTA NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 419/2011, QUE TEM COMO OBJETO A OUTORGA DA CONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO NA ÁREA URBANA DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ, AUTUADO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA SOB O Nº ELC 12/00084753 | 49 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 175, determina que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O instituto da concessão de serviço público se vincula, principalmente, à temática do serviço público, significando o compromisso de atendimento a necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, é inquestionável que a concessão também se relaciona à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada com o objetivo de obter lucro.

Dessa forma, referido instituto, além de ter em vista princípios como o da dignidade da pessoa humana e a prestação de serviço público adequado, deve também apresentar a solução para a contraposição entre o interesse público perseguido pelo Estado e o interesse privado do concessionário, o que deve estar em consonância com o princípio da eficiência.

Para tanto, em uma concessão deve-se buscar identificar os pontos de interesse entre as partes e harmonizá-los de modo que os investimentos, os riscos e as responsabilidades dos empreendimentos possam ser distribuídos de modo a satisfazer tanto os interesses privados, relacionados à obtenção de lucro, como os interesses públicos, consistentes na execução de obras ou serviços adequados e de qualidade, bem como na fruição desses empreendimentos pela população por meio de tarifas justas.

É, portanto, a busca da maximização da eficiência em uma concessão de serviço público o objetivo geral do presente trabalho, sendo que os objetivos específicos serão encontrados nos seus três capítulos.

Dessa feita, no primeiro capítulo serão estudados aspectos gerais acerca das concessões de serviços públicos, como suas modalidades, as diferenças entre as modalidades de concessões e entre essas e os contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, os interesses envolvidos nas concessões, bem como serão abordados os principais aspectos relativos ao princípio da eficiência e o controle dos Tribunais de Contas sob essa ótica.

No segundo capítulo serão abordados temas específicos relacionados com a repartição de riscos em uma concessão de serviço público, como os riscos nos contratos de concessão de serviços públicos de acordo com as *aléas* ordinárias e extraordinárias, a remuneração do

concessionário e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. Nesse mesmo capítulo também será analisada especificamente a repartição de riscos de acordo com o princípio da eficiência, a importância de uma matriz de riscos construída com base nesse princípio e a própria discussão proposta para o tema do presente trabalho.

No terceiro capítulo, por fim, serão feitas considerações acerca de alguns princípios básicos que podem ser utilizados para a alocação mais eficiente de riscos, das categorias mais comuns de riscos verificadas em concessões de serviços públicos, bem como da aplicação prática de todo o referencial teórico abordado na monografia em um caso concreto. Quanto ao estudo de caso, optou-se pela análise de um edital de licitação encaminhado ao Tribunal de Contas para análise prévia, conforme determina o art. 113, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c os arts. 1º e 2º da Instrução Normativa nº TC-05/2008 do respectivo Tribunal de Contas, tendo como objeto a concessão de serviços de transporte público de um município catarinense.

O método utilizado neste trabalho é o indutivo, cujo objetivo é buscar uma resolução ao tema proposto, partindo do geral para o específico.

1 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

1.1 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal, em seu art. 175, determina que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Carvalho Filho (2012), por sua vez, define serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade. Mello (1987 apud MOTTA, 2011) acrescenta que é uma atividade de oferecimento de utilidades ou comodidade material, fruível pelos administrados e prestada pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.

Sobre as concessões, importante dispor que com o propósito de definir as normas gerais previstas na Constituição, foi promulgada a Lei Federal nº 8.987/95, que trata do regime da concessão e da permissão de serviços públicos. Posteriormente, a Lei Federal nº 11.079/04 incorporou ao seu ordenamento jurídico outra modalidade de concessão designada como parceria público-privada.

Segundo Zymler e Almeida (2005), a concessão de serviços públicos buscou atender aos interesses públicos e privados, recuperar a infraestrutura considerada ultrapassada, melhorar a qualidade dos serviços públicos, permitir a adoção de métodos gerenciais advindos da *expertise* privada, diminuir a intervenção direta do Estado na atividade econômica, bem como ensejar a conversão de parte da dívida pública em participação acionária.

Nesse contexto, a intenção de transferir para a iniciativa privada o investimento e a operação dos serviços públicos é baseada nos seguintes objetivos: reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é plenamente viável a exploração pela iniciativa privada; permitir a concentração do Estado em serviços que não geram retornos suficientes para interessar à iniciativa privada; utilizar os recursos obtidos com a alienação das estatais e outros bens públicos para abatimento da dívida pública; e, por fim, beneficiar a sociedade e o Estado com o aumento da eficiência trazida pela gestão privada dos serviços (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Outrossim, segundo Justen Filho (2003), a concessão do serviço público deve se ater, ao mesmo tempo, ao atendimento das necessidades essenciais diretamente relacionadas com o

princípio da dignidade da pessoa humana e à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade.

Portanto, o instituto da concessão de serviços públicos, além de ter em vista princípios como o da dignidade da pessoa humana e a prestação de serviço público adequado, deve também apresentar a solução para a contraposição entre o interesse público perseguido pelo Estado e o interesse privado do gestor do serviço público, o que deve estar em consonância com o princípio da eficiência, que, inclusive, está previsto no art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/04¹.

1.1.1 As modalidades de concessão previstas na Lei Federal nº 8.987/95

1.1.1.1 Da concessão de serviço público precedida de obra pública

Na forma do inciso III do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/95, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública importa na construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

A distinção entre essa modalidade e as demais é objeto de controvérsia, que, todavia, não se mostra relevante, haja vista o regime jurídico aplicável às duas modalidades de concessão ser exatamente o mesmo e, em qualquer caso, o concessionário estar obrigado a realizar as obras definidas no contrato (FURTADO, 2012).

1.1.1.2 Da concessão comum

A Lei Federal nº 8.987/95, em seu art. 2º, inciso II, conceitua concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

¹ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

Ou seja, trata-se de um contrato por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, sob o controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

Ao tratar da concessão comum ou simples, Carvalho Filho (2012, p. 367) determina que essa “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é a concedente, o executor é o concessionário, e o cidadão, que dispõe do serviço, o usuário.

Destaca-se, a título ilustrativo, que nos ordenamentos influenciados pelo direito administrativo francês, como é o caso do Brasil, o termo concessão apresenta uma acepção eminentemente jurídica, de forma que conceder significa delegar, mediante contrato, a exploração de uma atividade de titularidade estatal ao setor privado (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Portanto, pelos contornos do instituto, tem-se que se trata de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado; esse, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a esses caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.

Para Furtado (2012, p. 511), “o regime jurídico das concessões de serviços públicos é apropriado tão somente para situações em que as receitas oriundas das tarifas pagas pelos usuários são suficientes para remunerar o concessionário pela prestação dos serviços públicos.”.

Ainda para o mesmo autor (2012), para que seja instituído o regime da concessão de serviços públicos são necessários cinco requisitos:

O primeiro requisito para a instituição do regime de concessão está relacionado à necessidade de que a atividade objeto de exploração constitua essencialmente um serviço público. Ou seja, não é possível ao Ente Concedente, ainda que com base em lei, conceder serviços públicos que na verdade configuram serviços privados. Nesse caso, o referido autor cita o serviço de fornecimento de alimentação à população, que se trata de atividade privada, e ainda o serviço de educação, que é um serviço público, porém não privativo, já que pode ser desenvolvido pelo setor privado independentemente de concessão.

No segundo requisito, o autor cita serviços que podem ser sustentados a partir de tarifas pagas pelos usuários, como os serviços de telefonia, transporte coletivo urbano,

manutenção de preservação de estradas, fornecimento de energia elétrica, etc. Outros serviços, como a manutenção de edifício público, por exemplo, quer pela natureza, quer pela impossibilidade de ser cobrada tarifa, não são passíveis de serem concedidos.

O terceiro requisito é para que o serviço concedido seja prestado à população. Nesse caso, ainda que em um determinado serviço, a Administração Pública possa se beneficiar ou mesmo ser usuária, a concessão pressupõe que o serviço seja prestado ao particular, denominado usuário do serviço e a quem cabe o ônus de pagar pelo serviço prestado.

O quarto requisito é que o serviço seja *uti singuli*, que se opõe ao serviço *uti universi*, pois no primeiro o destinatário pode ser perfeitamente identificado e, portanto, podem ser cobradas taxas ou tarifas dos usuários, e no segundo não é possível fazer essa identificação. Dessa forma, somente com a individualização do destinatário do serviço se torna possível remunerar o concessionário.

O quinto requisito se formaliza na exigência de lei específica ou previsão constitucional autorizando o Poder Executivo a delegar determinado serviço público.

Quanto a esse último requisito, porém, importante citar que parte da doutrina discorda da exigência de lei específica autorizando a concessão do serviço público, embora também prevista no art. 2º da Lei Federal nº 9.074/95. Esse é o caso de Di Pietro (2005), que entende que tal exigência seria inconstitucional, pois considera que a outorga de concessão é uma das atribuições inerentes às competências do Ente Concedente, que pode autorizar o edital, promover a licitação e assinar o respectivo contrato.

Independente do número de requisitos exigidos e das divergentes posições doutrinárias acerca da instituição da concessão, uma coisa é certa: é imprescindível o planejamento da respectiva licitação, com a realização de “estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, que devem ser postos à disposição dos interessados”, conforme art. 21 da Lei Federal nº 8.987/95.

No estudo de viabilidade de uma concessão, interessa ao gestor o nível de qualidade a ser atingido na prestação de um determinado serviço, sendo razoável supor que a iniciativa privada, por ter a *expertise* necessária, apresenta soluções mais eficientes (VITAL, 2011).

Dessa forma, além da *expertise* própria da iniciativa privada, a eficiência em uma concessão poderá decorrer da otimização do prazo contratual, com a transposição dos limites temporais da lei de licitações, e de uma configuração mais adequada do objeto, com a conciliação de duas ou mais fases - obras, manutenção e prestação de serviços -, que antes eram realizadas isoladamente.

Por fim, tendo em vista as considerações feitas acima, a concessão é tanto mais indicada quanto maior a necessidade de capital intensivo, que poderá ser amortizado em longo prazo.

1.1.1.3 Da permissão de serviço público

Quanto à permissão de serviço público, importante destacar que com a Lei Federal nº 8.987/95, sua presumível precariedade, o que até então a diferenciava da concessão, embora conste ainda no seu art. 2º, inciso IV, na prática não tem mais tanta relevância. Ou seja, na medida em que o contrato fixa prazo de duração, não faz mais sentido haver distinção entre os conceitos de concessão e permissão e, dessa forma, caso o contrato seja rompido, o permissionário terá grande ensejo de discutir a indenização pelo lapso de tempo que faltou (MOTTA, 2011).

Além disso, não obstante parte da doutrina insistir no fato de que a permissão é formalizada por meio de ato unilateral, a questão já foi superada, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (vide ADI nº 1.668-MC/DF).

Importante ressaltar, ainda, que outra parte da doutrina diferencia a permissão da concessão, porém, como o próprio Supremo Tribunal Federal já determinou que o termo de permissão se dá por meio de contrato, não convém adentrar em discussão mais aprofundada sobre as diferenças entre um e outro instituto, haja vista que o foco principal do presente trabalho pode ser utilizado para qualquer tipo de delegação de serviço público.

1.1.2 As modalidades de concessão previstas na Lei Federal nº 11.079/04 – Lei das PPP's

Com o passar dos anos, foram traçadas metas mais ambiciosas para atendimento das necessidades da sociedade, como mais rodovias, hospitais, escolas etc, e com isso surgiu a parceria público-privada (*public-private partnership*), entendida como forma inovadora de concessão e dividida em duas modalidades: a concessão patrocinada e a administrativa, disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/04.

A parceria público-privada – PPP é o instituto viabilizador de delegação de obras e serviços, considerado de maior relevância nos dias atuais, há muito reconhecido em diversos países e legislado no Brasil em tempo relativamente recente (MOTTA, 2011).

Furtado (2012) salienta que é dever do Estado criar e manter a infraestrutura necessária ao desenvolvimento da sociedade brasileira e, para tanto, o modelo de PPP adotado

no Brasil poderá ser a possibilidade de realização de projetos importantes para a população brasileira.

E foi a necessidade de viabilizar a execução de projetos de infraestrutura por meio de parcerias entre os setores públicos e privados que levou inúmeros países a inserirem em seus regimes jurídicos mecanismos que, por meio do compartilhamento de investimentos, de riscos e de responsabilidades, permitiram o planejamento, a execução e a manutenção de obras ou o fornecimento e a instalação de bens, como é o caso da Inglaterra, Alemanha, Japão, Portugal, Espanha e Chile (FURTADO, 2012).

A utilização de PPP visa maximizar ganhos de eficiência por meio de economias de escala e de escopo, pois o Poder Público transfere ao parceiro privado, em conjunto, as responsabilidades pela realização do projeto, seu financiamento, construção e operação (RIBEIRO; PRADO, 2007).

A intenção do Governo brasileiro quando iniciou o processo de discussão da Lei Federal nº 11.079/04, segundo Ribeiro e Prado (2007), era oferecer maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura pública por meio de investimento privado. Para tanto, era preciso aprimorar o marco legal e contornar eventuais restrições orçamentárias para viabilizar a implementação de projetos que se mostravam incapazes de alcançar a autossustentabilidade financeira, apesar do seu alto retorno econômico e social, bem como viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos, que é o limite imposto pela Lei Federal nº 8.666/93.

Dessa forma, as PPP's vieram para solucionar casos em que o ente não disponha, desde logo, dos respectivos recursos orçamentários e financeiros para desenvolver atividades estatais que requerem a realização de gastos vultosos, superiores às receitas que poderiam advir da exploração do empreendimento, bem como para executar importantes projetos de construção e de manutenção de pontes, rodovias, portos, presídios, hospitais e de tantos outros, considerados essenciais ao desenvolvimento econômico e social do País (FURTADO, 2012).

O modelo de concessão instituído pela Lei Federal nº 11.079/04 tem a missão de suprir as limitações dos outros regimes ou modelos vigentes, admitindo a sua utilização para projetos não autossustentáveis e para os quais não haja disponibilidade orçamentária imediata.

As Parcerias Público-Privadas subdividem-se em duas modalidades de concessão: a primeira delas é a concessão patrocinada, que, segundo art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº

11.079/04, é a concessão de obras ou de serviços públicos em que haja contraprestação da Administração, adicionalmente à cobrança de tarifa dos usuários.

Dessa forma, a concessão patrocinada é apenas uma concessão comum de serviço público que permite o pagamento pela Administração de uma contraprestação pública, sendo que esse pagamento destina-se a tornar viável a implementação de projetos de concessão de serviço público que não são aptos a gerar, pela mera cobrança de tarifa do usuário, as receitas adequadas à remuneração do investimento (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Salienta-se ainda, conforme Ribeiro e Prado (2007), que o modelo por trás da concepção de pagamento público adotada pela Lei de PPP é o da garantia de demanda mínima, vinculada à disponibilidade do serviço. Nesse modelo, a Administração garante a compra de uma parte dos serviços disponibilizados, independentemente do seu uso efetivo, conforme segue:

Por exemplo, em um serviço cuja viabilidade depende de alcançar-se uma demanda “x”, e em que se estima que a demanda real, ou seja, a demanda pelo serviço de potenciais pagantes da tarifa, seja algo em torno de 70% de “x”, a Administração assumiria o compromisso de pagar por 30% de “x”. Obviamente, nesse tipo de desenho, o ideal seria que o valor da contraprestação pública seja decrescente à medida que a demanda real se aproxime de “x”, podendo, inclusive, o contrato prever que, por um determinado período, e dentro das margens que estabelecer, quando a demanda superar “x” ou, por exemplo, “x” mais 30%, o excesso (o que superar a demanda originariamente estimada) seja pago ao ente público para remunerá-lo pelo risco que assumiu no momento inicial de implementação do projeto. (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 66).

Por fim, embora na modalidade patrocinada, o poder concedente seja responsável por parte da remuneração devida ao concessionário, o que constitui objeto de garantias especiais pelo Poder Público e onde há risco compartilhado, essa concessão é, conforme art. 3º, §3º, da Lei Federal nº 11.079/04², também subordinada às regras da Lei Federal nº 8.987/95.

A segunda modalidade, prevista no § 2º do art. 2º da Lei Federal nº 11.079/04, é a concessão administrativa, conceituada como um contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Sundfeld (2006) explica que nesse tipo de concessão a remuneração do concessionário estará a cargo da Administração, por ser ela usuária direta ou indireta do serviço, sendo que a única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa seria o

² Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados, especificamente para remunerar seus serviços.

Portanto, a concessão administrativa decorre de um contrato de prestação de serviços no qual a Administração é usuária direta ou indireta, mediante remuneração total ou parcial oriunda do erário, com objeto de garantias diferenciadas.

A concessão administrativa nem sempre envolve serviço público e não é propriamente uma delegação de serviço público, pois, segundo Ribeiro e Prado (2007, p. 69), “pode ser utilizada para a prestação de serviços que não são necessariamente serviços públicos econômicos, no sentido a que se referem o art. 175 da CF e a Lei 8.987/95”. Ou seja, a concessão administrativa pode ser utilizada para a contratação de quaisquer serviços pela Administração, não precisando ser verificada a titularidade estatal da prestação do serviço para que seja viável sua concessão à iniciativa privada.

Sendo um serviço a ser prestado à Administração, notam-se semelhanças com a própria estrutura da prestação de serviços regidos pela Lei Federal nº 8.666/93. Porém, a diferença do contrato de concessão administrativa de um contrato celebrado de acordo com a Lei Geral de Licitações reside no fato desta lei não permitir a realização de contratos de prestação de serviços por mais de 5 (cinco) anos, o que, em tese, inviabiliza a celebração de contratos que exijam do parceiro privado investimentos de grande monta em uma infraestrutura para prestação do serviço.

Como as receitas dos concessionários advém da exploração do serviço, a amortização e a remuneração do investimento apenas serão integralmente obtidos depois de diversos anos de execução contratual, prazo esse, em regra, bastante superior ao limite de 5 (cinco) anos da Lei Federal nº 8.666/93 (RIBEIRO; PRADO 2007).

Portanto, a concessão administrativa destina-se a viabilizar a aplicação da estrutura econômica das concessões tradicionais a contratos de prestação de serviço que até então estavam vinculados tão somente à Lei Federal nº 8.666/93.

1.1.3 Principais diferenças entre concessão comum, PPP's e contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93

Como já aludido, as PPP's requerem um investimento pesado do parceiro privado em uma infraestrutura para a prestação do serviço, cuja amortização e remuneração se fazem pela cobrança de tarifa dos usuários, complementada por alguma forma de subsídio público ou pelo pagamento integral por parte da Administração Pública.

Tanto é assim que o próprio art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/04, exige que para celebração de um contrato de PPP, o seu valor não poderá ser inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Diante disso, a necessidade de amortizar um investimento de montante elevado por meio da exploração do próprio serviço requer prazos mais longos para os contratos de PPP's, em comparação aos contratos comuns de prestação de serviço.

Daí por que a Lei de PPP – assim como a Lei de Concessões – excepciona o princípio, constante da Lei Federal nº 8.666/1993, da vinculação do prazo de validade dos contratos de prestação de serviços à vigência dos créditos orçamentários (que é de um ano). Permite a Lei Federal nº 11.079/04, conforme art. 2º, § 4º, c/c art. 5º, inciso I, a fixação de prazo mínimo de 5 (cinco) anos e máximo de 35 (trinta e cinco) anos, incluindo prorrogação. Por sua vez, a Lei Federal nº 8.987/95 não estabelece um prazo máximo para os contratos de concessão comum.

Há também algumas diferenças econômicas entre as PPP's e as concessões comuns, principalmente porque nestas os projetos são autossustentáveis financeiramente, enquanto que naquelas é preciso uma contraprestação pública para seus projetos se tornarem viáveis (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Dessa perspectiva, poder-se-iam separar três tipos de projetos:

- (i) os que, por gerarem receitas suficientes, são considerados auto-sustentáveis financeiramente e podem ser implementados sob a forma de concessão comum, desde que caracterizados como serviço público; (ii) os que têm sustentação financeira parcial e, por conseqüência, são implementáveis sob a forma de concessão patrocinada ou de concessão administrativa; e (iii) os que, pela incapacidade de geração de receita, dependem de pagamento integral pela Administração Pública e, por isso, podem ser contratados sob a forma de concessão administrativa ou pelo regime geral de contratações administrativas da Lei federal 8.666/1993 (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 33-36).

Isso implica uma série de diferenças entre o regime legal das concessões e dos demais contratos administrativos, pois nos contratos comuns de obra, o Poder Público deve exigir o cumprimento de todas as especificações detalhadas na licitação, enquanto que nos contratos de concessão, pode o Poder Público, como é o concessionário que vai operar o serviço por um longo período, dar mais importância ao cumprimento dos níveis de qualidade proposto para o serviço concedido, estimulando, assim, a eficiência do concessionário (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Sobre essa situação, Ribeiro e Prado (2007), explicam que, por exemplo, em uma concessão de rodovia, o Poder Público, ao estabelecer no edital e contrato níveis de serviço e de tráfego, pode e deve exigir posteriormente do concessionário, no caso de

congestionamentos inesperados na rodovia, a execução de novas obras, com vistas a manter os níveis qualitativos de prestação de serviços que foram pactuados. Os autores enfatizam, entretanto, que não se trata de excluir a fiscalização pelo Poder Público dos meios, quando isso for necessário para garantir a segurança do usuário.

Também segundo Furtado (2012), algumas das atividades a serem desenvolvidas sob o regime da Lei Federal nº 11.079/04 poderiam ser executadas por meio de contratação comum, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93. É o caso, por exemplo, da execução de obra pública para construção de presídio ou de hospital. Todavia, segundo o autor, a utilização do regime da Lei Federal nº 8.666/93 pressupõe disponibilidade orçamentária e financeira imediata, o que constitui empecilho à execução de inúmeras obras, sobretudo em razão do forte contingenciamento orçamentário imposto pelas políticas fiscais de controle à inflação vigentes.

Por fim, importante também dispor que cada um dos modelos jurídicos acima apontados apresentam limitações a sua utilização, pois o regime das concessões de serviço público pressupõe que a atividade a ser explorada seja superavitária e, em contrapartida, a utilização do regime comum dos contratos administrativos (Lei Federal nº 8.666/93) requer a existência de disponibilidade financeira imediata por parte do Poder Público.

1.1.4 Interesses envolvidos nas concessões

Conforme já visto, a concessão de serviços públicos buscou atender aos interesses públicos e privados, recuperar a infraestrutura considerada ultrapassada, melhorar a qualidade dos serviços públicos, adotar a *expertise* privada, diminuir a intervenção direta do Estado na atividade econômica e ensejar a conversão dos recursos públicos para serviços que não podem ser concedidos à iniciativa privada.

Para Justen Filho (2003, p. 11), o regime jurídico da concessão compreende um conjunto amplo de questões atinentes à organização política do Estado, sendo que “o processo histórico produz a contínua modificação das concepções prevalentes a propósito das competências e funções estatais e do relacionamento entre Estado e Sociedade, o que afeta de modo direto a temática da concessão.”.

Outrossim, o instituto da concessão do serviço público envolve a solução para a contraposição entre o interesse público perseguido pelo Estado e o interesse privado do gestor do serviço público. Isso porque o instituto da concessão de serviço público deve se vincular, principalmente, à temática do serviço público, significando o compromisso de atendimento a

necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que conduz usualmente participação estatal (JUSTEN FILHO, 2003).

Por outro lado, a concessão também se relaciona à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada com o objetivo de obter lucro. Daí se segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e, eventualmente, à livre concorrência (JUSTEN FILHO, 2003).

Ou seja, o objetivo do Estado é o bem-estar de sua população, já o objetivo do setor empresarial é a perspectiva de lucro. Não obstante sejam distintos, não são os interesses do Estado e os das empresas inconciliáveis, pois há situações em que os propósitos do setor público e do setor privado podem convergir. Nas concessões, por exemplo, deve-se buscar identificar esses pontos de interesse e harmonizá-los de modo a que os investimentos, os riscos e as responsabilidades dos empreendimentos possam ser distribuídos de modo a satisfazer tanto os interesses privados, relacionados à obtenção de lucro, quanto os interesses públicos, consistentes na execução de obras ou serviços de qualidade, bem como na fruição desses empreendimentos por parte da população.

Em suma, o modelo jurídico das concessões busca harmonizar o interesse público, que corresponde à prestação de um serviço adequado, e o interesse privado da empresa concessionária, que, por sua vez, visa a obtenção de lucro.

Sob esse contexto, Furtado (2012) entende que o contrato de concessão se afasta totalmente dos contratos comuns, regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, pois na concessão, o concessionário contratado não é mero prestador de serviço, mas sim um investidor que considera a concessão um projeto em que será considerado o custo de oportunidade do investimento. Na execução desse projeto, o concessionário busca otimizar o investimento, de modo que a combinação realizada com o capital próprio e com o capital de terceiro resulte no maior retorno possível.

Dessa forma, tendo em vista a finalidade do concessionário, o Estado, ao iniciar a licitação, já deve prever o cenário que permitirá o retorno econômico ao investimento daquele e, quanto mais claras forem as regras de concessão, ou seja, quanto maior a certeza dos possíveis investidores de que haverá retorno para seus investimentos, maior o número de interessados e maior o sucesso da concessão (FURTADO, 2012).

Os gestores devem estar cientes que as concessões também devem proporcionar ganhos aos investidores, de forma a poder harmonizar o respectivo lucro, que deverá ser justo, a modicidade tarifária e o risco do investimento.

1.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS E O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No exercício da Administração Pública, o gestor na busca pela melhor solução que atenda ao interesse público, deve buscar respaldo nos princípios gerais de direito, que, segundo Lanez (1985 apud MEDAUAR, 2007, p. 120), revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito.

A respeito da natureza normativa dos princípios, Bobbio (1989 apud OLIVEIRA, 2007, p. 28) é contundente:

Os princípios gerais são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser norma também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Sendo ou não considerados normas, importante coadunar com o ensinamento de Nader (2000, p. 194), o qual determina que “o fundamental, tanto na vida como no Direito, são os princípios, porque deles tudo decorre”.

Mello (2007, p. 545-546) determina que:

o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para caracterizar a Administração Pública, além do contexto principiológico que inspira toda a ordem jurídica, a doutrina apresenta princípios que lhe são próprios. Há uma série de princípios jurídicos que se encontram acima da lei, guiando a Administração Pública (NIEBUHR, 2000).

No direito brasileiro encontram-se vários princípios, entre eles, citam-se os cinco princípios relacionados à Administração Pública previstos na Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No presente caso, será analisado o princípio da eficiência administrativa, que, para Medauar (2007, p. 145), está relacionado à agilidade na obtenção dos resultados “que satisfaçam as necessidades da população, contrapondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão”.

Sentido diverso é dado por Moraes (1999), que afirma ser o princípio da eficiência aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

O professor Freitas (1997, p. 85-86) refere-se à economicidade ou otimização da ação estatal:

O administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos.

O mesmo professor, em obra posterior, enfatiza que em vez de mera primazia das regras legais, cada vez mais no topo do sistema jurídico figuram os princípios e os direitos fundamentais, com especial destaque, no âmbito do Direito Administrativo, para o direito fundamental à boa administração pública, que nada mais é do que:

O direito fundamental à administração pública eficiente (respeitadora da compatibilidade entre os meios empregados e os resultados pretendidos), eficaz (respeitadora da compatibilidade entre os resultados efetivamente alcançados e os mensuráveis objetivos traçados pela Constituição), economicamente ciosa, fiscalmente responsável e redutora dos conflitos intertemporais, os quais só fazem conspirar contra o desenvolvimento humano. (FREITAS, 2009, p. 37).

Para Moreira Neto (2000), o princípio da eficiência visa ter a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com menores custos para a sociedade.

Em relação ao impacto da constitucionalização do princípio da eficiência sobre a atuação dos gestores públicos, cumpre colacionar a observação de Harger (1999), no sentido de que o princípio sob comento restringiu a amplitude da competência discricionária desses gestores. Afinal, agora, eles não podem mais optar livremente entre as várias opções permitidas pela lei, mas devem obrigatoriamente sopesar qual é a solução mais adequada aos interesses públicos, no sentido de ser a solução mais eficiente.

Eficiência pode se referir ainda à relação entre os resultados obtidos e os recursos empregados e à capacidade de fazer as coisas direito. (MEGGINSON, et al, 1998).

Na economia, eficiência significa um termo genérico dado aos valores determinados para uma dada situação, visando estimar a quantidade de desperdício ou "atrito" (ou outras características econômicas indesejadas) presentes no quadro analisado³.

Qualquer que seja o sentido dado ao princípio da eficiência, esse se apresenta como fundamental, ao lado dos demais já consagrados constitucionalmente. Bresser Pereira utiliza-se de interessante exemplo para justificar a importância da eficiência nas administrações contemporâneas, em oposição àquelas anteriormente conhecidas no âmbito do Estado Liberal:

No Estado liberal só eram necessários quatro ministérios – o da Justiça, responsável pela policial; o da Defesa, incluindo o Exército e a Marinha; o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se converteu no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infra-estrutura –, nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial. (BRESSER PEREIRA, 1999, p. 242).

Nesse contexto, para que os critérios de eficiência sejam atingidos, deve ser ressaltada a importância dos mecanismos de controle – *accountability*. É justamente para coibir os vícios de motivação, em especial quanto ao objeto e aos objetivos dos atos administrativos, bem como para filtrar as escolhas contaminadas por “irracionalidades sistemáticas”, é que se impõe uma vigorosa reconfiguração do controle externo, adotando a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige” e, por consequência, a uma administração pública eficiente (FREITAS, 2009, p. 32).

Dessa forma, Bugarin (2004), ao se referir ao Tribunal de Contas da União, determina que tal órgão, na qualidade de órgão técnico especializado de controle externo, cada vez mais

³ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Efici%C3%Aancia>>. Acesso em: 31/07/2013.

avaliar a gestão pública sob o ponto de vista qualitativo, privilegiando a economicidade, a eficiência e a legitimidade dos atos praticados pelos agentes públicos.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.421, em 25/04/2004, confirmou que o Tribunal de Contas da União possui competência para exarar determinações no sentido de garantir o máximo de eficiência às licitações empreendidas visando à concessão de serviços públicos.

De fato, a atividade de controle consiste na revisão da atuação de gestão de recursos públicos, realizada por entidades estatais ou não, visando verificar a sua compatibilidade com o Direito e a realização dos valores da economicidade e eficiência, nos termos do art. 70 a 75 da Constituição Federal.

A Carta Magna, ao assim dispor, perfilou-se a uma corrente internacional que confere cada vez mais importância à aferição, pelo controle externo, da repercussão social da atividade estatal. Ressalta-se que a referida aferição deverá utilizar como critérios básicos a eficiência e a economicidade (PARDINI, 1997 *apud* ZYMLER; ALMEIDA, 2005).

A orientação ao exame da eficiência representa um fator diferencial, que dá uma característica qualitativamente diferenciadora para a função de controle, o que não se confunde com as atividades de autotutela da Administração Pública, em virtude da institucionalização de uma atuação permanente e sistêmica, que ultrapassa a avaliação tradicional, que se desenvolve segundo os critérios de legalidade e de “oportunidade e conveniência” – características da revisão interna da atividade administrativa tradicional (ZYMLER; ALMEIDA, 2005).

Além disso, a doutrina de direito administrativo tem rendido o devido louvor à essencialidade das decisões dos Tribunais de Contas e MOREIRA NETO (2000, *apud* MOTTA, 2011), ao focalizar, com propriedade, os avanços e as verdadeiras “mutações” que se têm processado nos órgãos de controle externo, afirma que:

Em suma... os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância deixando de ser apenas órgãos de Estado para serem órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal de controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI.

Portanto, os órgãos de controle, sempre escorados nos princípios que regem o Direito Administrativo, são forçados a interpretar o direito positivo de modo inovador, sob pena de,

não o fazendo, gerar decisões em total descompasso com a realidade (ZYMLER; ALMEIDA, 2005).

2 REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A BUSCA PELA MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA

2.1 OS RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ALÉAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS

Tradicionalmente, define-se a concessão de serviço público como um instrumento pelo qual a Administração Pública delega a um terceiro a execução de um serviço público por sua conta e risco – art. 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/95.

Segundo Perez (2006), a leitura tradicional do termo “por sua conta e risco” divide os riscos na concessão de serviço, como nos contratos administrativos em geral, em ordinários e extraordinários, concluindo-se que o concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento.

Os riscos extraordinários seriam os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, casos decorrentes de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, conforme art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93⁴ (MELLO, 2011).

Já os riscos ordinários seriam aqueles que todo empresário corre, como resultado da própria natureza do mercado e abrangeriam, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar com ineficiência, outros derivados de eventual estimativa quanto à captação ou manutenção de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. (PEREZ, 2006).

Ocorre que no caso das concessões de serviços públicos, a aplicação da teoria das *áreas* ordinária e extraordinária não resulta em soluções do problema jurídico concreto, mas, ao contrário, gera novos impasses, insegurança e, algumas vezes, cria até mesmo novos problemas (PEREZ, 2006).

Esse também é o entendimento de Ribeiro e Prado (2007), que afirmam que a interpretação tradicional do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93 representa

⁴ Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

barreira à livre distribuição de riscos nos contratos administrativos, pois pretende predeterminar, juridicamente, a distribuição de riscos do contrato sem a análise da correspondente eficiência econômica envolvida em cada caso.

Inclusive, pela própria leitura atenta das Leis Federais nº 8.987/95 e nº 11.079/04, o artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 só poderá ser aplicado nos casos em que os contratos de concessão de serviços públicos não preverem expressamente como se dará a alocação de riscos. Isso porque o art. 10 da Lei Federal nº 8.987/95⁵ determina que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será mantido quando for obedecido o contrato de concessão, que estabelece as hipóteses, critérios e metodologia para a realização do reequilíbrio econômico financeiro. Nesse caso, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei de Licitações, há que se entender que prevalece o que foi previsto no contrato.

Na Lei Federal nº 8.987/95 há apenas um dispositivo prevendo um tipo de risco que deve ser alocado diretamente ao poder concedente. É o caso do §3º do art. 9º, que dispõe:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]

§ 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.

Sendo assim, por disposição legal e ressalvado o caso do imposto de renda, o risco de criação, extinção ou alteração dos tributos ou encargos legais é do poder concedente, não podendo ser alocado ao parceiro privado.

Já o art. 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04⁶, que trata das PPP's, estabeleceu a possibilidade de repartição pelo contrato dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e *álea* econômica extraordinária. Nesse caso, em relação às PPP's, não há dúvidas que o art. 65, inciso II, alínea “d”, não incide para efeito de definição de alocação de riscos.

⁵ Art. 10 Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁶ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e *álea* econômica extraordinária;

Tal dispositivo deve ser lido em conjunto com os incisos VIII e IX do mesmo artigo⁷, e com o art. 4º, inciso VI⁸, que tratam da repartição “objetiva” de riscos, pois, conquanto seja exigida a objetividade, a orientação da lei não chega a prever um método ou modelo específico de repartição de riscos, deixando a matéria, em parte, sob o critério discricionário do administrador (MOTTA, 2011).

Portanto, os artigos 10 da Lei Federal nº 8.987/95 e 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04 configuram-se como regra especial em relação ao artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, sendo que, nos contratos de concessão comum e PPP’s, respectivamente, para prestação de serviços públicos, os primeiros prevalecem em relação ao último.

Da mesma forma, salienta-se que não há disposição constitucional que garanta ao concessionário qualquer tipo de alocação de riscos para a administração pública, pois, pela leitura atenta ao inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal⁹, ao se dispor que deverão ser “mantidas as condições efetivas da proposta”, entende-se que a Constituição garantiu somente a estabilização da equação econômico-financeira do contrato, de modo a relacionar o objeto contratual, o conjunto de riscos alocados entre as partes e a remuneração prevista no contrato (RIBEIRO, 2011).

Ou seja, o que o dispositivo constitucional garante é apenas a conexão entre o objeto e a matriz de riscos contratual, em vista da qual a proposta foi feita, e o sistema de pagamentos previsto no contrato, de modo a manter a equação econômico-financeira do mesmo.

Conclui-se, portanto, que a expressão “por sua conta e risco” importa determinar, de acordo com a doutrina contemporânea, “que há uma divisão dos riscos da contratação entre o concessionário e o concedente” (PEREZ, 2006, p. 129).

⁷ Art. 5º [...] VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX - o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

⁸ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: 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 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.

Além disso, destaca-se que “não há concessão sem riscos para o concessionário, da mesma forma que não há concessão que possa aliviar o concedente de todos os riscos, mediante a transferência destes ao concessionário” (PEREZ, 2006, p. 130).

Também, a Lei Federal nº 8.987/95, ao estabelecer que a concessão se dá “por sua conta e risco”, referindo-se à esfera de responsabilidades do concessionário, “na verdade não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas, tão-somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer.” (PEREZ, 2006, p. 131).

Por fim, a Lei Federal nº 11.079/04, que trata das PPP's, determina que o administrador público deve realizar, precedentemente à licitação, um planejamento eficiente do empreendimento que “repartam de forma razoável, baseado numa análise de custo-benefício, os encargos e riscos do empreendimento concessionário” (PEREZ, 2006, p. 132).

2.2 DA DISCUSSÃO PROPOSTA PARA O TERMO “REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS”

Os contratos de concessão de serviços públicos são, por sua natureza, instrumentos de atribuição de riscos. Ao se distribuir riscos, o contrato indiretamente distribui benefícios e ônus, receitas e custos, que geralmente não são estáveis e fixos, dependendo de ocorrências futuras e, sobretudo, da capacidade de gerenciamento por cada parte dos riscos que lhes são atribuídos. Daí que os ônus e custos do parceiro privado podem ser menores que o esperado e seus benefícios e receitas podem ser maiores que o esperado, se houver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos. Ou inversamente, se o parceiro privado não tiver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos, benefícios e receitas podem ser menores e custos e ônus podem ser maiores que o esperado (RIBEIRO, 2011).

A definição e a extensão dos riscos têm efeitos diretos sobre a própria concessão, de modo que a decisão empresarial reflete uma avaliação sobre todos os custos necessários à obtenção da vantagem econômica buscada. Isso significa, conforme Justen Filho (2003), que o preço praticado por um empresário traduz tanto o custo de insumos, como mão-de-obra e outros fatores da produção, como também abrange verbas destinadas a compensar eventos futuros e previsíveis. Daí se segue, segundo o mesmo autor, que a ampliação dos riscos de um empreendimento se traduz na ampliação de seus custos. Dessa forma, a ampliação indeterminada de riscos conduz à decisão negativa quanto a um empreendimento, pois

somente empresários irresponsáveis arriscam-se em negócios cuja margem de risco é ilimitada e indeterminada.

Pode dizer-se, então, que uma concessão até pode ser modelada de modo a transferir para o concessionário riscos ilimitados. Não seria despropositado defender a possibilidade de até mesmo os riscos extraordinários serem impostos ao concessionário, mas o resultado prático seria a frustração do interesse público, haja vista que a solução de impor ao concessionário que arque com os efeitos negativos de todo e qualquer evento gerará a elevação relevante dos custos de transação, que se refletirá nas tarifas, fazendo com que todos os usuários paguem mais do que seria necessário para compensar os riscos de inadimplemento (JUSTEN FILHO, 2003).

Dentro desse contexto e acerca da distribuição de riscos, Perez (2006) determina que não há como aplicar a teoria tradicional das áleas nos contratos de concessão de serviços públicos, posto que não haveria como, nesse caso, conciliar risco e modicidade tarifária, uma vez que, em tese, quanto maiores forem os riscos suportados pelo concessionário, maior será a tendência de elevação do valor da tarifa.

De outra forma, a atribuição de riscos indevidos ao poder concedente faz com que o concessionário seja ineficiente, podendo até mesmo gerar aumentos de custos relacionados a um evento que deveria ser de sua responsabilidade, assim como contribui para aquela velha prática administrativa, pela qual se “privatizam os lucros, se estatizam os riscos e se socializam os prejuízos”¹⁰.

Schwuind (2010) ainda arremata que a distribuição de riscos nos contratos de concessão de serviço público não poderia ser feita da forma tradicional justamente porque o concessionário não deve ter uma garantia de rentabilidade, mas sim assumir a realização da gestão do serviço, o que implica na existência de certo grau de autonomia aliado à assunção de determinados riscos inerentes à atuação empresarial.

Como se observa, os contratos de concessão de serviços públicos guardam uma complexidade maior que os demais contratos administrativos e, por conta disso, possuem equações diferentes de riscos, derivadas das características econômico-financeiras, sociais e políticas de cada empreendimento.

Além disso, como em todos os contratos administrativos, há interesses contrapostos que devem ser bem delimitados a fim de não prejudicar o interesse público a ser tutelado em cada caso específico.

¹⁰Expressão utilizada pelo jornalista Elio Gaspari, colunista da folha de São Paulo, no artigo “a privataria quer mais dinheiro”, acessado no site <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2008200010.htm>, em 05/04/2013.

Nesse contexto, a alocação indevida de riscos a uma das partes poderá causar a frustração dos objetivos da concessão.

Antes da análise específica acerca da alocação de riscos, que será feita no próximo capítulo, importante destacar aspectos sobre a remuneração do concessionário e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois possuem relação direta com a repartição de riscos a ser adotada em cada tipo de contrato de concessão celebrado pelo Poder Público com o setor privado, conforme se verá em seguida.

2.3 DA REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO

Um assunto que deve ser objeto de norma contratual, com vistas a atenuar os efeitos da superveniência dos riscos a serem estudados neste trabalho, é a completa e compatível delimitação do regime de remuneração do concessionário.

Segundo o conceito clássico de concessão, a remuneração do prestador ocorreria por meio da cobrança de tarifas dos usuários. Entretanto, essa concepção evoluiu ao menos em três frentes diversas, conforme será discorrido a seguir (SCHWUIND, 2010).

Em primeiro lugar, passou-se a admitir que o concessionário seja remunerado por meio de recursos provenientes da exploração de todas as potencialidades do serviço, as quais não se restringem à cobrança de tarifas dos usuários.

Sobre esse aspecto, importante ressaltar, inclusive, o entendimento de Justen Filho (2003, p. 367), que determina que “uma das inovações mais significativas, introduzidas para assegurar a elevação da qualidade e a redução tarifária, foi a apropriação de ganhos econômicos derivados de oportunidades econômicas acessórias ou secundárias”. Ou seja, segundo o autor (2003, p. 367), “a aplicação dos postulados da racionalidade econômica significa que todos os ângulos economicamente relevantes devem ser explorados em benefício do ideal da elevação da qualidade e da redução tarifária”.

Tal inovação é derivação direta do postulado da eficiência, que propugna a exploração dos empreendimentos por todos os seus ângulos possíveis e economicamente relevantes, como forma de melhorar a qualidade do serviço e reduzir a necessidade de outras fontes de recursos.

Esse contexto torna mais complexa a composição das receitas do concessionário, pois cada empreendimento, relacionado à prestação de serviços dotados de forte coeficiente social, envolve utilidades diversas, o que demanda uma exploração diferenciada e se reflete na composição da remuneração do prestador.

Bem por isso, a doutrina pátria, de modo geral, aponta que o concessionário é remunerado não necessariamente pela cobrança de tarifas, mas pela “exploração do serviço”, ou seja, pela extração de receita do próprio empreendimento (SCHWUIND, 2010).

Em segundo lugar, a partir de certo momento, a conceituação clássica da concessão, no que se refere à expressão “por sua conta e risco”, no caso do concessionário, foi sendo trocada pela possibilidade de aplicação de ajudas financeiras ou subsídios estatais no âmbito dos serviços concedidos.

Esse seria o caso de serviços que revelam riscos tão elevados que se fossem compensados pelo aumento das tarifas, resultariam em valores impraticáveis aos usuários. Ou seja, “a álea financeira do concessionário, elemento essencial da concessão clássica, dava lugar, portanto, a essa solidariedade financeira” (SCHWUIND, 2010, p. 33).

Em terceiro lugar, passou-se a reconhecer também que a Administração poderia assumir o encargo de efetuar pagamentos de forma direta ao concessionário, sem que isso desvirtuasse a utilização da técnica concessória (SCHWUIND, 2010).

Sobre essa terceira concepção, Aragão (2006, p. 345) considera que, embora isso seja possível, a exemplo da lei das parcerias público-privadas, a Administração não pode “adotar critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto e sua natureza de delegação, como ocorreria se, por exemplo, a Administração Pública devesse pagar quantia fixa, sem relação com a quantidade e a qualidade das utilidades disponibilizadas pelo parceiro privado.”. De outro modo, o mesmo autor cita um exemplo possível dessa forma de remuneração do concessionário:

Considerável margem discricionária administrativa para, na modelagem da desestatização que se estiver tratando, adotar os mais diferenciados modelos de repartição de riscos, podendo-se chegar inclusive ao chamado ‘pedágio-sombra’, muito utilizado em parcerias público privadas em rodovias de Portugal, em que é medido o tráfego na via, mas o pedágio não é pago pelos usuários, mas sim, direta e integralmente pelo Estado. (ARAGÃO, 2006, p. 345-346).

Ou seja, segundo o exemplo dado – pedágio-sombra –, a remuneração do concessionário é vinculada à quantidade de utilização dos serviços, sendo utilizado tal modelo principalmente pela inconveniência de, em alguns casos, ser cobrado o pedágio diretamente do usuário, razão pela qual, nesse caso concreto, opta-se por um modelo em que o próprio poder concedente remunera o prestador dos serviços com base na quantidade de veículos que utilizam a via concedida.

Inclusive, importante salientar que a Lei Federal nº 11.079/04, ao criar as concessões administrativa e patrocinada, acabou por confirmar a possibilidade de o concessionário receber a sua remuneração diretamente do poder concedente, conforme prevê o seu art. 6º:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.

§ 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.

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

§ 3º O valor do aporte de recursos realizado nos termos do § 2º poderá ser excluído da determinação:

I - do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e

II - da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na proporção em que o custo para a realização de obras e aquisição de bens a que se refere o § 2º deste artigo for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.

E essas novas formas de remuneração apenas demonstram que há uma busca, por parte da Administração Pública, de alternativas remuneratórias que possam viabilizar a prestação de determinados serviços em regime de concessão que não sejam autossustentáveis do ponto de vista econômico (SCHWUIND, 2010).

Igualmente, a forma de remuneração adotada em cada um dos contratos de concessão, seja qual for, gera efeitos diretos na alocação dos riscos de cada empreendimento, de forma que a eventualidade de riscos de natureza econômico-financeira será, sem dúvida, mais bem suportada pelas partes quanto maior for a adequação do regime de remuneração do concessionário à realidade econômico-financeira da concessão, ou quanto maior for o cuidado no estudo e fixação desse regime (PEREZ, 2006).

2.4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Nos casos em que um serviço público é prestado em regime de delegação, há previsão constitucional – art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal – e legal – art. 10 da Lei Federal nº 8.987/95, entre outros – garantindo a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Importante destacar que o equilíbrio econômico-financeiro tem relação direta com a distribuição de riscos do contrato. Isso porque os contratos de concessão de serviços públicos são, por sua natureza, instrumentos de atribuição de riscos. Ao se distribuir riscos, o contrato indiretamente distribui benefícios e ônus, receitas e custos, que geralmente não são estáveis e fixos, dependendo de ocorrências futuras e, sobretudo, da capacidade de gerenciamento por cada parte dos riscos que lhes são atribuídos. Daí que os ônus e custos do parceiro privado podem ser menores que o esperado e seus benefícios e receitas podem ser maiores que o esperado, se houver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos. Ou inversamente, se o parceiro privado não tiver sucesso no gerenciamento dos riscos que lhe são atribuídos, benefícios e receitas podem ser menores e custos e ônus podem ser maiores que o esperado (RIBEIRO, 2011).

Dessa forma, a equação econômico-financeira de um contrato de concessão de serviço público representará sempre a conexão entre o compromisso de prestação de um serviço e os riscos assumidos pelo parceiro privado, com a remuneração que ele receberá por isso, de forma que o que definirá a equação econômico-financeira do contrato será a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É essa relação que deve ser estabilizada no momento da formulação da proposta, devendo, por consequência, ser protegida e preservada ao longo do contrato, por meio dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (RIBEIRO, 2011).

A consequência disso é que, independente de qualquer que seja a sistemática de revisão contratual adotada e a metodologia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser sempre cumprida, ao longo do tempo, a matriz de riscos do contrato.

Isso parece algo simples, mas na prática das desestatizações não é incomum encontrar contratos nos quais a metodologia para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro distorce ou contraria a matriz de riscos contratual, o que é muito comum, principalmente, em contratos em que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é realizada por meio da preservação de taxa interna de retorno do parceiro privado.

Nesse caso, a garantia de taxa interna de retorno do parceiro privado torna a distribuição de riscos vã, pois mesmo que o parceiro privado seja pouco eficiente no gerenciamento dos riscos que lhe forem atribuídos, gerando, por exemplo, aumentos de custos de prestação do serviço, ele terá preservado um determinado nível de retorno no seu investimento, apesar da sua ineficiência. (RIBEIRO, 2011).

Importante anotar que a equação econômico-financeira, que se aperfeiçoa por ocasião da outorga, induz ao compartilhamento dos benefícios da concessão entre concessionário e usuários, não se admitindo que o concessionário se aproprie de todos os ganhos que obtiver (JUSTEN FILHO, 2003).

Ou seja, não se pode assegurar a obtenção de lucro ao explorador da atividade empresarial nos exatos montantes que esse último o considere satisfatório. Afinal, risco e lucro são inerentes ao negócio e o equilíbrio deve ser mantido única e exclusivamente por meio das regras previstas no próprio contrato, sob pena de burla ao processo licitatório, consistente no estabelecimento de nova fonte de receita de tarifas.

De fato, o que deve definir a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É essa relação que é estabilizada no momento da formulação da proposta, e é essa relação que deve ser protegida e preservada ao longo do contrato, por meio dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda segundo Schwind (2010, p. 74), “em última análise, portanto, a equação econômico-financeira constitui uma precificação do risco em face das oportunidades de ganhos.”.

Ademais importante ressaltar que o ponto de equilíbrio econômico-financeiro da concessão é atingido quando são fixados, simultaneamente, uma tarifa justa e uma remuneração razoável para o investimento realizado na concessão (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

O momento em que se alcança esse ponto é “o mais nobre e eficaz do controle efetivo dos serviços de utilidade pública, condensando processos complexos de ordem econômico-financeira e jurídica”. (TÁCITO, 1997, p. 199).

2.5 A REPARTIÇÃO DE RISCOS EM UMA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Para a contratação de obras e serviços mediante concessão, o administrador público deve observar o art. 175 da Constituição Federal, bem como as Leis Federais nº 8.987/95, nº 9.074/95 e nº 11.079/04¹¹.

Além disso, conforme art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o administrador público precisa ser eficiente, de forma a procurar organizar e dirigir a Administração Pública a fim de obter as soluções ótimas na prestação dos serviços públicos.

A eficiência é o dever de agir do administrador em função executiva, a que corresponde a função de controle da economicidade e da legitimidade, atribuída aos Tribunais de Contas (PEREIRA JÚNIOR, 1999).

Quanto à aplicação do princípio da eficiência nas concessões de serviços públicos, ressalta-se que por meio da respectiva outorga da execução dos serviços públicos, deve-se procurar garantir a prestação eficiente desses serviços, o que equivale a afirmar que eles devem ser de boa qualidade, ter oferta adequada do ponto de vista quantitativo e ser prestados a preços módicos (ZYMLER; ALMEIDA, 2005).

Para tanto, uma das questões que deve ser estudada e muito bem delimitada no momento da licitação de uma concessão de serviço público é a correta distribuição de riscos do respectivo contrato, de forma que a maximização da eficiência econômica do contrato seja obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo, pois poderá tomar as melhores medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências, bem como incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

Outrossim, caso sejam alocados riscos à parte que não tenha melhores condições de gerenciá-los, como no caso, ao concessionário, esse acabará incluindo tal risco em sua proposta, o que encarecerá, desnecessariamente, a prestação do serviço público. Da mesma forma, alocando-se determinados riscos indevidamente ao poder concedente, mais recursos do Poder Público serão destinados por algo que o concessionário poderia melhor gerir ou mesmo impedir de acontecer e, por consequência, este não terá qualquer estímulo para maximizar eficientemente a execução do contrato.

¹¹ Note-se que além desses textos essenciais, outros diplomas legislativos contêm diretrizes e regras sobre concessões e permissões pertinentes a áreas específicas, tais como: saneamento básico, energia, telecomunicações, transporte e outras.

Os riscos do concessionário são limitados, o que significa a existência de uma margem insuprimível de intervenção estatal para conformar não apenas o serviço, mas também prevenir e limitar a probabilidade de insucesso (JUSTEN FILHO, 2003).

Além disso, a solução de impor ao concessionário que arque com todos ou a maioria dos riscos restringirá a participação no certame, e as propostas que foram apresentadas, por sua vez, serão mais onerosas, pois os riscos ilimitados e indeterminados serão considerados nos custos dos licitantes.

Portanto, a atribuição ilimitada de riscos ao concessionário acabará frustrando o interesse público, pois elevará demasiadamente os custos da concessão, que, por consequência refletirão no preço das tarifas. Como decorrência, todos os usuários pagarão mais do que seria necessário para compensar os riscos de um possível inadimplemento (JUSTEN FILHO, 2003).

Por outro lado, a atribuição de riscos indevidos ao poder concedente, como já dito acima, faz com que o concessionário seja ineficiente, gerando até mesmo aumentos de custos relacionados a um evento que deveria ser de sua responsabilidade.

Segundo Ribeiro (2011), é sempre melhor para o Poder Público ter o parceiro privado vinculado aos resultados (indicadores de desempenho), de maneira que ele assuma todos os riscos de quantitativos dos insumos.

O que importa efetivamente anotar é que a maximização da eficiência na execução de um contrato de concessão de serviço público se dá justamente com a alocação de cada risco à parte que tem melhores condições de gerenciá-los, pois buscarão tomar todas as medidas possíveis para evitá-lo ou minorá-lo, com o menor custo possível.

Uma vez alocado determinado risco a uma das partes, implica atribuir-lhe tanto as consequências negativas quanto as positivas do gerenciamento daquele risco, de forma que a concessionária não fará jus sequer à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no contrato venham a se materializar.

Ainda sobre a repartição de riscos e de resultados, Justen Filho (2004, apud ZYMLER; ALMEIDA, 2005) asseverou com exatidão que os contratos de concessão de serviço público devem prever mecanismos que assegurem a responsabilidade do particular por defeitos na concepção ou na execução do objeto, o que pode levar à superação de conceitos tradicionais na disciplina da contratação administrativa, especialmente no que concerne à adoção de um novo enfoque quanto à denominada equação econômico-financeira do contrato.

Portanto, os contratos de concessão, incluindo as PPP's, devem ser assumidos pelo particular com grande margem de responsabilidade pelos erros e acertos (ZYMLER; ALMEIDA, 2005).

A alocação dos riscos entre as partes, quando feita de forma objetiva, clara e eficiente, diminui as incertezas quanto ao futuro do contrato e, no caso das concessões de serviços públicos, que são instrumentos complexos, pois envolvem a realização de um negócio jurídico que tem por objeto empreendimentos de grande vulto e partes com interesses antagônicos, é imprescindível para a segurança jurídica e a redução do custo global do projeto.

2.5.1 A importância de uma matriz de riscos construída com base no princípio da eficiência

Em um contrato de concessão de serviço público, que é um instrumento bastante complexo, tendo em vista ser um empreendimento de grande vulto, de longa duração e com interesses claramente contrários, o poder concedente, ao iniciar o processo licitatório, deve identificar os respectivos riscos, de forma a assegurar maior eficiência na contratação pública, evitando que o concessionário assuma determinados riscos que podem ser melhor geridos pelo poder concedente e vice-versa.

Assim, todos os riscos devem ser identificados em uma matriz para que, no momento da elaboração do edital de licitação, a sua alocação seja feita de forma clara e eficiente a quem caberá tal responsabilidade, com todas as informações sobre a categoria do risco e sua descrição, as consequências caso o risco se concretize e as medidas que podem ser tomadas para amenizar as suas consequências.

Caso assim não seja feito e, por exemplo, seja alocado ao concessionário riscos indevidos, esse incluirá na sua proposta o respectivo custo, onerando o poder concedente ou o usuário do serviço público, dependendo da remuneração escolhida no ato licitatório. Ou seja, a alocação eficiente de riscos também propicia que a proposta vencedora seja mais vantajosa para a administração, pois o licitante sabe que estará em um ambiente seguro, com o gerenciamento dos riscos controlado e com a delimitação prévia das formas de reequilíbrio econômico-financeiro.

Outrossim, o correto planejamento de uma concessão de serviço público compreende a identificação dos riscos a ela inerentes para que seja feita a correta alocação de riscos. Ou seja, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial para a verificação da sua viabilidade econômica e financeira, bem como para conduzir a

previsão da alocação dos próprios riscos contratuais, com os consequentes mecanismos de solução de eventuais conflitos entre as partes (PEREZ, 2006).

Portanto, é inquestionável a importância da alocação eficiente dos riscos nos contratos de concessão de serviços públicos.

3 AS REPARTIÇÕES DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: PRINCÍPIOS BÁSICOS, CATEGORIAS COMUNS DE RISCOS E ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO SOB À ÓTICA DA EFICIÊNCIA

3.1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA REPARTIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Nos contratos de concessão de serviços públicos, por serem contratos complexos, é preciso que seja feita uma matriz de riscos para cada situação, com a distribuição dos riscos entre as partes. No caso das concessões, conforme visto no capítulo anterior, há, por exemplo, a alocação do risco do aumento na carga tributária, ressalvado o caso do imposto de renda, que é feita por Lei, conforme art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/95.

No mais, a legislação deixa a cargo do contrato a definição da alocação de riscos, conforme art. 23 da Lei Federal nº 8.987/95 e art. 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04.

Nesse contexto há, nos diversos setores econômicos, uma crescente padronização dos contratos de concessão comum e PPP, de maneira que os encarregados de estruturar tais contratos poderão, como ponto de partida, se apoiar nesses padrões (RIBEIRO, 2011).

Essa alocação de riscos está relacionada diretamente ao tema principal desse trabalho, pois, segundo Ribeiro (2011, p. 80), “a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo”, ou seja, “à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.”

Os novos modelos regulatórios dão destaque à autonomia dos particulares, preocupando-se muito mais em assegurar certos fins do que os meios para sua realização. Dessa forma, concede-se ao particular a faculdade de escolher a melhor alternativa para o desempenho da atividade, com a consequente atribuição da responsabilidade pelos respectivos insucessos.

Dito de outro modo, a adoção de um modelo que amplia a autonomia dos prestadores de serviços públicos conduz a uma nova perspectiva jurídica para proteção da equação econômico-financeira, pois não é mais possível garantir a esses empresários certa dose de liberdade que lhes assegure o poder de formular as escolhas econômicas acerca da sua atuação e, ao mesmo tempo, reconhecer que o eventual insucesso será arcado pelos cofres públicos ou pela comunidade (JUSTEN FILHO, 2003).

Sendo assim, “o equilíbrio econômico-financeiro consiste em uma relação concreta, cujo perfil é determinado pelas condições efetivas da avença pactuada entre as partes”. Dessa forma, “se a outorga de uma concessão determinar como incumbência do concessionário a avaliação da solução tecnológica, os riscos ordinários deverão ser interpretados para abranger o eventual insucesso empresarial colhido pelo empresário na execução da alternativa por ele próprio escolhida.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 362-363).

Ainda segundo Justen Filho (2003, p. 363), “quanto mais próximo estiver o concessionário de uma atuação em situação de mercado, tanto maiores são os riscos assumidos e tanto menor é a incidência do conceito de álea extraordinária”. Ou seja, a garantia constitucional permanecerá aplicável, mas variará a dimensão do que se poderá reputar como extraordinário.

Seguindo essa linha, Ribeiro (2011) traz em sua obra alguns critérios simples que devem ser seguidos na repartição de riscos: a) alocação do risco à parte que tem mais capacidade para sua prevenção; b) alocação do risco à parte que tem mais capacidade para gerenciar as suas consequências danosas; c) alocação do risco à parte que tem menores possibilidades de externalizar as consequências do evento indesejável; e, por fim, d) alocação de riscos à parte que será menos onerada.

Cada critério será analisado em seguida, tudo conforme o que consta na doutrina de Ribeiro (2011).

3.1.1 Alocação do risco à parte que tem mais capacidade para sua prevenção

O primeiro critério determina que o risco deve ser sempre alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer. Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência dos eventos desejáveis.

Exemplo disso seriam as PPP's e as concessões comuns, em que é comum atribuir ao parceiro privado os riscos de custos adicionais ou de atrasos na construção do empreendimento. Isso é consequência do fato de haver no mercado privado *expertise* para gerenciamento do risco de construção, que pode ser obtida a custos mais baixos pelo parceiro privado que pelo poder concedente. Também é bastante comum em contratos de concessão comum e PPP atribuir ao parceiro privado o risco de disponibilidade do serviço, pois, em regra, a iniciativa privada tem capacidade e experiência para se organizar e prestar

adequadamente os serviços nos setores de infraestrutura que já foram objeto de desestatização (RIBEIRO, 2011).

3.1.2 Alocação do risco à parte que tem mais capacidade para gerenciar as suas consequências danosas

O segundo critério para alocação de riscos considera, ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.

Ribeiro (2011, p. 81) cita os seguintes exemplos:

[...] na Inglaterra, tem sido comum em obras para construção de metrô transferir o risco de interferências imprevistas para o parceiro privado. As interferências imprevistas, no caso de construção de metrô, são, por exemplo, os cabos, dutos ou canais existentes no subsolo de uma grande cidade que se encontram no caminho de um túnel de metrô em perfuração. Mesmo quando se tem um mapa bastante detalhado do subsolo dessas cidades, existe sempre a possibilidade de haver cabos, dutos ou outras infraestruturas que não constam dos mapas, mas que figuram no caminho projetado dos túneis. Note-se que, assim como a Administração Pública, o parceiro privado não tem como evitar as interferências imprevistas. A incompletude dos mapas existentes do subsolo dificilmente poderá ser sanada pelo parceiro privado antes do início da perfuração do túnel do metrô. Nesse caso, o parceiro privado, assim como a Administração Pública, não tem como reduzir as chances do evento indesejável se realizar. Contudo, o parceiro privado, caso ocorra o evento indesejável (por exemplo, o rompimento de cabos que estavam no caminho da perfuração do túnel do metrô), estará em posição muito melhor para remediar o problema que a Administração Pública. Daí porque, na Inglaterra, se aloca esse risco ao parceiro privado.

Outro exemplo: nas concessões rodoviárias, geralmente é risco do concessionário eventuais acidentes com cargas perigosas. Decerto que o concessionário pode praticar atos para prevenir a ocorrência de acidentes, como por exemplo, manter as rodovias em boas condições e com sinalização adequada. Contudo, o mais relevante nesse caso é que, uma vez ocorrido o acidente, o concessionário geralmente é quem está em melhor posição para rapidamente remediar as consequências do acidente, de maneira a impedir contaminações para além das inevitáveis.

Tendo mencionado os dois principais critérios para alocação de riscos, passa-se à análise de outros dois critérios que precisam ser levados em conta na definição da matriz de riscos contratuais.

3.1.3 Alocação do risco à parte que tem menores possibilidades de externalizar as consequências do evento indesejável

Por esse critério, os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de externalizar as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo desses eventos. Isso porque a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo da parte para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.

Considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, a utilização desse critério levaria a priorizar a transferência para o parceiro privado dos riscos (RIBEIRO, 2011).

3.1.4 Alocação de riscos à parte que será menos onerada

Ao se repassar para o parceiro privado riscos que ele não tem como controlar, isto é, que ele não tem como prevenir ou remediar a ocorrência dos eventos indesejáveis, o concessionário tenderá a fazer seguro e repassar o custo do prêmio para o preço cobrado da Administração Pública ou usuário; ou embutir no seu preço à Administração Pública o custo total de lidar com os eventos indesejáveis.

Caso haja um seguro disponível no mercado com preço razoável, Ribeiro (2011, p. 82), ressalta que “o contrato de concessão comum ou PPP estará promovendo a repartição social do risco, por meio do uso do mercado securitário”, pois o preço, que será repassado para o usuário e o Poder Público, “considerará a probabilidade de ocorrência dos eventos indesejáveis e a dimensão do dano esperado, na eventualidade de sua ocorrência.”.

Caso não haja esse seguro, o concessionário, para se resguardar contra o risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo total de lidar com os eventos indesejáveis. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários pagarão pelas consequências do evento indesejado, mesmo que esse não ocorra (RIBEIRO, 2011).

Por isso, Ribeiro (2011) ressalta que no caso de não haver no mercado securitário cobertura para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado – de forma que o parceiro privado não tenha controle sobre a prevenção da sua ocorrência ou minoração das suas consequências danosas –, ou no caso dos prêmios para tais coberturas serem proibitivos, faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública.

Por fim, importante lembrar que o Administrador Público, ao conceder a prestação de um serviço público ao particular, deve transferir a esse não só o lucro decorrente do empreendimento assumido, mas sim a responsabilidade por investimentos e por eventuais perdas, exigindo sempre serviços eficientes, com preços crescentemente reduzidos.

3.2 AS CATEGORIAS COMUNS DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Os riscos podem ser caracterizados como a ocorrência de possíveis eventos favoráveis ou desfavoráveis, sendo que nesse último caso podem onerar os encargos contratuais de uma das partes contratantes, afetando, por consequência, a rentabilidade do projeto e a eficiência na realização dos respectivos serviços.

Para Furtado (2012), em concessões de longo prazo, sempre surgirão contingências não previstas no início do contrato, motivo pelo qual, ainda na fase de elaboração do projeto de uma concessão, deve-se proceder à identificação dos riscos potenciais; à definição das medidas de atenuação ou de reparação dos riscos; e à atribuição do risco ao agente melhor capacitado para lidar com ele e que seja mais capaz de resolvê-lo.

Já para Ribeiro (2011), os riscos, de uma forma geral, são comuns a todo tipo de concessão de serviço público, como é o caso dos riscos de demanda ou de custos operacionais. Entretanto, a relevância de cada um vai depender das características de cada caso. Por isso a dificuldade em se proceder a uma modelagem contratual pelo poder concedente no momento da licitação.

Além dessa dificuldade, importante anotar que a alocação de riscos ainda não é muito difundida no Brasil, devido, muito provavelmente, à doutrina clássica que, conforme já exposto no capítulo anterior, entende que nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser utilizada a teoria das *áleas* ordinária e extraordinária, que não alcança, senão em parte, a solução dos problemas de desequilíbrio nas concessões de serviços públicos (PEREZ, 2006).

Por isso, como forma de simplificar o assunto sobre a alocação de riscos, importante citar algumas classificações de riscos encontradas na doutrina.

Os riscos mais frequentes em um contrato de concessão podem ser divididos em riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos. Os riscos econômico-financeiros subdividem-se entre riscos inerentes à teoria da imprevisibilidade, riscos de competição, riscos inerentes à modelagem econômico-financeira da concessão,

riscos inerentes ao modelo tarifário adotado, riscos comerciais e riscos de financiamento. Os riscos técnicos compreendem os riscos do projeto e os riscos tecnológicos. Dentre os riscos jurídicos enquadrar-se-iam o fato do príncipe e o fato da administração, o risco regulatório, o risco ambiental e o risco judicial. Por fim, dentre os riscos políticos, há os associados às disputas eleitorais, à pressão dos movimentos sociais ou, enfim, à prevalência de interesses paroquiais em determinadas conjunturas (PEREZ, 2006).

Marcou (2000 apud PEREZ, 2006), divide os riscos da seguinte forma: riscos políticos (inerentes às prerrogativas que a administração pública exerce nas contratações administrativas e que a permitem fazer prevalecer o interesse público em qualquer circunstância); riscos técnicos (consequência de fatores tecnológicos ou geológicos na fase de construção da obra, como na fase de exploração); e riscos econômicos (riscos comerciais relacionados à evolução da demanda pelos serviços, riscos de financiamento ou riscos inerentes aos custos de execução do contrato).

Para Furtado (2012, p. 489-490), os riscos a serem considerados em uma concessão são os seguintes:

1. Jurídicos - leis e regulamentos claros e adequados; mecanismos de resolução de conflitos de modo célere, existência de órgão regulador e de órgão externo responsável pela fiscalização independentes, regime jurídico que assegure o direito de propriedade e respeito aos contratos, mecanismos que previnam a prática de atos ilícitos no relacionamento entre poder concedente e concessionário e evitem a captura de servidores dos órgãos reguladores pelo concessionário, redução do risco jurisdicional, que se verifica quando o Poder Judiciário e o Ministério Público adotam postura intervencionista na concessão, desrespeita a discricionariedade da Administração Pública e gera processos judiciais infundáveis;
2. Políticos - estabilidade democrática, aceitação social da necessidade de pagamento pela prestação dos serviços públicos; não discriminação quanto à nacionalidade dos investidores;
3. Econômicos - estabilidade política macroeconômica; taxa de risco do país; política fiscal e cambiária adequadas;
4. Técnicos:
 - de desenho - elaboração do projeto com ampla participação dos agentes envolvidos, identificação dos riscos, definição das medidas de atenuação dos riscos, adequada atribuição dos riscos aos agentes, prazos razoáveis para exame dos estudos e editais da licitação, bem como a possibilidade de serem formuladas impugnações;
 - de execução - definição do agente que arcará com os ônus das expropriações, articulação para a superação de dificuldades ambientais, elaboração de projetos básicos e executivos que reduzam as deficiências das obras a serem executadas, previsão de soluções no caso de catástrofes naturais ou resultantes de força maior;
5. De exploração:
 - operacionais - definição de como será feita a administração e a gestão, definição do agente competente para a realização de medições ou contagens que se façam necessárias, tratamento correto para os usuários que buscam formas ilícitas de não pagar tarifas;
 - financeiros - política de taxas de juros compatíveis com as disponibilidades de financiamentos, tarifas compatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários e com a necessidade de remuneração do concessionário, existência de controle

inflacionário, estudos técnicos acerca da perspectiva de crescimento ou de redução da demanda.

Também Ribeiro (2011), a fim de classificar os riscos, estabeleceu grupos baseados nos principais conjuntos de atribuições, que, em regra, são transferidos do poder concedente para a iniciativa privada em contratos de concessão: (1) realização dos projetos (de engenharia, equipamentos etc.); (2) financiamento; (3) construção, implantação, fornecimento e montagem de equipamentos; (4) operação e manutenção; (5) riscos que afetam as receitas do concessionário, como, por exemplo, a demanda; (6) mudanças legislativas e outras ocorrências fora do controle das partes; e (7) riscos supracontratuais, que são aqueles riscos gerais, cuja mitigação é feita não por uma disposição contratual específica, mas pelo sistema jurídico como um todo, pela realização da licitação e celebração do contrato, como, por exemplo, o risco de conduta oportunista do poder concedente, ou o risco de incapacidade do parceiro privado de prestar os serviços previstos no contrato.

A enumeração desses riscos, sua classificação e divisão em grupos não tem a pretensão de ser exaustiva, tampouco de ser ciência exata, observando também que todos os riscos possuem aspectos negativos (possibilidade de gerar custos, encargos, ônus) e positivos (possibilidade de gerar receitas, ganhos etc.), e, portanto, a alocação de um determinado risco a uma das partes implica atribuir-lhe tanto as consequências negativas quanto as positivas, do gerenciamento daquele risco.

Portanto, cada uma das categorias de riscos acima identificadas apenas dá uma noção genérica sobre a sua repartição, devendo cada caso ser analisado individualmente, segundo o perfil e as especificidades de cada concessão. Assim, por exemplo, em uma concessão de transporte público há riscos específicos, como a variação no preço dos combustíveis, na demanda e na necessidade de novos investimentos que poderão comprometer a modicidade da tarifa.

Mesmo assim, Ribeiro (2011) apresenta um exemplo de matriz de riscos, na qual sugere que a concessionária seja responsável pelos seguintes riscos:

- a) demanda do serviço;
- b) recusa de usuários de pagarem a tarifa;
- c) obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão;
- d) valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, desocupações da faixa de domínio, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis;
- e) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos em modificações posteriores implantadas pelo Poder Concedente;

- f) atrasos no cumprimento dos cronogramas e prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto no caso de o motivo do atraso seja de responsabilidade do Poder Concedente;
- g) tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão; perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão; manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato por (a) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, e (b) até 90 (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;
- h) gastos resultantes de defeitos ocultos em Bens da Concessão;
- i) aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros; variação das taxas de câmbio;
- j) caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;
- k) riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária;
- l) possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;
- m) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes do serviço concedido; prejuízos causados a terceiros, pela Concessionária ou seus administradores, empregadas, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão. (RIBEIRO, 2011, p.98)

Já os riscos de responsabilidade do poder concedente deveriam ser relacionados aos seguintes fatores:

- a) manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato, quando tais eventos excederem (a) 15 (quinze) dias, e apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 15 (quinze) dias de responsabilidade da Concessionária, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência e (b) 90 (noventa) dias, e apenas em relação ao(s) dia(s) que exceder(em) os 90 (noventa) dias de responsabilidade da Concessionária, caso as perdas e danos causados por tais eventos sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;
- b) decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;
- c) descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos no Contrato e/ou na legislação vigente;
- d) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;
- e) alteração, pelo Poder Concedente, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato;
- f) criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da Proposta, exceto os impostos sobre a renda;
- g) e implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de

assinatura do Contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas. (RIBEIRO, 2011, p. 98).

Enfatiza-se, ainda, a existência obrigatória de cláusulas nos contratos, como as seguintes:

- a) A concessionária declara ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato e ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.
- b) A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico financeiro, caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.
- c) A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos alocados expressamente ao Poder Concedente. (RIBEIRO, 2011, p. 100)

Trata-se de apenas um exemplo, já que cada delegação de serviço público deve ser analisada individualmente, podendo em certos casos um determinado risco ser alocado ao poder concedente e, em outros casos, ao Concessionário.

O que importa afirmar é que quão maiores forem as especificações contratuais sobre os riscos do empreendimento e a solução dos problemas aos mesmos inerentes, menores serão os riscos efetivos da contratação, tendendo-se à maior estabilidade da concessão e, obviamente, a menores custos de transferência (PEREZ, 2006).

Ressalta-se a importância dessa repartição de riscos pelo fato de que, atualmente, verificam-se ainda muitos casos em que a Administração Pública não toma os cuidados necessários no que tange ao planejamento das concessões de serviços públicos. A consequência disso é que a licitação, ao invés de incentivar ganhos de produtividade e sua apropriação pela tarifa e, por consequência, pelo usuário, faz com que haja uma elevação constante no valor das tarifas, em prejuízo ao usuário (PEREZ, 2006). Melhor dizendo, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial não só para verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também para conduzir, do ponto de vista estritamente jurídico, a previsão expressa dos riscos contratuais, com os mecanismos de atenuação contratual destas *áleas* e os mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes, que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Ainda segundo Furtado (2012), a montagem de um modelo de concessão pressupõe a incorporação de mecanismos para adaptá-la às novas necessidades dos usuários ou tecnológicas. Ou seja, ao se realizar a licitação de uma concessão de serviço público, deve ser

considerada a possível mutabilidade das condições em que será executado o contrato, até mesmo por conta do longo prazo de duração do contrato.

Esse modelo deve ser capaz de responder a questões práticas, como, por exemplo, no caso em que um contrato de concessão de rodovia prevê que em determinado ponto da estrada seja instalado posto de pedágio. Se por razões diversas (congestionamentos, aumento do número de acidentes, surgimento de novos aglomerados urbanos, etc.) for conveniente modificar a localização do posto de pedágio e essa modificação importe em aumento ou diminuição do número de usuários, como proceder? De quem é esse risco? No caso de aumento da demanda, é legítimo ao concessionário incorporar às suas receitas a totalidade dos recursos decorrentes desse aumento? Deve ser promovida a redução da tarifa de modo a manter inalterada a receita do concessionário? (FURTADO, 2012).

Em suma, um contrato bem elaborado deve ser capaz de apresentar respostas claras para questões como essas, tão comuns em concessões, de forma que a correta distribuição dos riscos entre os agentes constitua o ponto de partida para a concessão ser levada a bom termo e, portanto, obter o máximo de eficiência proposta para cada caso (FURTADO, 2012).

3.3 DA ALOCAÇÃO DE RISCOS PREVISTA NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 419/2011, QUE TEM COMO OBJETO A OUTORGA DA CONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO NA ÁREA URBANA DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ, AUTUADO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA SOB O Nº ELC 12/00084753

No presente item será analisada a alocação de riscos prevista no Edital de Concorrência nº 419/2011, promovido pelo Município de Chapecó, tendo como objeto a concessão dos serviços de transporte coletivo na área urbana daquele município. O tipo de licitação adotado foi o de maior oferta de pagamento pela outorga ao poder concedente, com tarifa fixada no respectivo Edital.

O Edital de Licitação foi encaminhado para análise prévia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, conforme determina o art. 113, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c os arts. 1º e 2º da Instrução Normativa nº TC-05/2008 do respectivo Tribunal de Contas, sendo autuado sob o nº ELC 12/00084753.

Segundo art. 30, inciso V, da Constituição Federal, compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob o regime da concessão ou permissão, os serviços de transporte coletivo. Nesse mesmo dispositivo consta ainda que o serviço de transporte público é um

serviço essencial e, portanto, faz parte do rol de serviços afetos à dignidade da pessoa humana.

De fato, o transporte público tem fundamental importância nos dias atuais, tendo em vista que, por ser o principal meio de transporte utilizado, pode ter repercussões negativas ou positivas no que tange, entre outras coisas, à acessibilidade, ao desenvolvimento sustentável das cidades, à eficiência na prestação dos serviços de transporte urbano e a própria política nacional de mobilidade urbana, conforme determina a Lei Federal nº 12.587/12.

Inclusive, destaca-se que a importância do referido serviço público foi amplamente comprovada por meio das manifestações feitas em todo o país no mês de junho de 2013, mês que entrou na história do Brasil. Embora as manifestações tenham se realizado pelos mais diversos motivos, o impulso inicial se deu pela majoração das tarifas de transporte público no município de São Paulo sem a correspondente melhoria da prestação do serviço. Tal fato, por ter sido também identificado em várias outras regiões do País, acabou ocasionando uma mobilização nacional, o que incluiu o Estado de Santa Catarina, compreendendo municípios como Florianópolis, Joinville e Chapecó¹².

Passando à análise do Edital citado e a respectiva minuta contratual, de acordo com a literatura utilizada no presente trabalho, sem entrar no mérito de outras questões, foi possível obter a seguinte distribuição de riscos:

Tabela I – Alocação de riscos na licitação para outorga da concessão de transporte público de Chapecó

| Riscos do Poder Concedente: | Riscos do Poder Concessionário: |
|--|--|
| a) Demanda; b) Custos decorrentes de alterações e expansões no sistema por iniciativa do próprio poder concedente; c) desapropriações e constituição de servidões; d) gratuidades, abatimentos ou outros benefícios tarifários concedidos por lei; e) excetuado o imposto de renda, toda alteração em tributos, desde que acarretem repercussão nos custos da Concessionária, tanto para mais quanto para menos, bem como seu impacto sobre as condições financeiras do contrato. f) circunstâncias supervenientes decorrentes de fato de príncipe ou ato da Administração g) circunstâncias supervenientes, em razão de | a) danos pessoais e materiais ocasionados por seus empregados nos locais de trabalho; b) demolição necessária para a viabilização da execução dos serviços; c) obtenção junto às autoridades competentes das licenças ambientais necessárias à execução das obras ou prestação do serviço público de transporte coletivo regular, sendo responsável inclusive pelos custos correspondentes; e) responsabilidade por quaisquer danos pessoais e materiais ocasionados por seus empregados no local de trabalho; f) pagamento de despesas referentes a taxas, registros impostos referentes aos serviços; g) instalação e manutenção dos serviços |

¹² Segundo a Revista Veja, Reportagem de Otávio Cabral (Edição nº 2327, ano 46, nº 26, de 26 de julho de 2013, p. 61), “quando se espalhou por São Paulo um protesto contra o aumento de 20 centavos na passagem de ônibus, todo mundo sentiu que a coisa era bem maior. Tão maior, mais inebriante, mais mobilizadora, mais assustadora e mais apaixonante que, em uma semana, multidões bem acima de 1 milhão de pessoas jorraram Brasil afora na história noite de quinta-feira. Todos os parâmetros comparativos anteriores, como Diretas Já e Fora Collor, empalideceram diante do abismo aberto entre os representantes dos poderes, de um lado, e o poder dos que se sentem muito mal representados, de outro”.

| | |
|--|---|
| <p>caso fortuito, força maior e interferências imprevistas para efetivação do quais não seja atribuível responsabilidade à concessionária;</p> | <p>especializados em segurança, higiene e medicina do trabalho relativos ao número de trabalhadores, sejam eles seus empregados ou subempreiteiros; h) reparação, correção, remoção ou substituição, no total ou em parte, dos serviços e/ou equipamentos em que se verifiquem vícios, defeitos ou incorreções; i) acidentes com seus empregados;</p> |
|--|---|

Fonte: Edital de Concorrência nº 419/2011, do Município de Chapecó.

Sobre a repartição de riscos citada acima, importante tecer os seguintes comentários:

Quanto ao risco da demanda, os itens 3.4 e 3.4.1 do Edital de Concorrência (a mesma redação pode ser retirada da cláusula oitava, itens 5 e 6, da minuta do contrato) assim determinam:

3.4. Na vigência da concessão, a concessionária obriga-se a atender as demandas do serviço identificadas pelo Poder Concedente, assegurando-se lhe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.4.1. A concessionária deve notificar o Município de qualquer desequilíbrio entre oferta e demanda, para que se proceda aos ajustes necessários nos termos do item anterior.

Embora o edital não guarde a melhor redação no que tange ao risco da demanda, ressalta-se que, como no caso de qualquer desequilíbrio entre oferta e demanda, o concessionário terá direito de requerer o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, o respectivo risco foi alocado ao Poder Concedente.

Segundo Perez (2006), o risco da demanda não se confunde com os riscos inerentes à aplicação da teoria da imprevisão, pois, muito embora ambos tenham natureza econômica, o risco da demanda não é um fator superveniente e imprevisível. Isso porque a proporção de variação da demanda pelo serviço público concedido já deve estar previsto no projeto que orienta a concessão e nas próprias projeções particulares realizadas pelo concessionário, no momento em que optou por oferecer uma proposta à Administração Pública.

A literatura indica que o risco da demanda seja alocado ao concessionário, ou repartido entre esse e o poder concedente, de acordo com alguns critérios pré-fixados. Em geral, essa decisão leva em conta o problema de assimetria de informações, pelo qual o Poder Público não tem controle sobre a demanda real e depende do próprio concessionário para conhecê-la (PEREZ, 2006).

O fato é que, no presente caso, da análise do edital em epígrafe, não se vislumbra que houve um estudo pormenorizado desse risco, considerando fatores como a capacidade de cada

parte lidar com aquele risco, a assimetria de informações e o modo de regulação peculiar ao serviço de transporte público.

Caso assim fosse feito, poder-se-ia se vislumbrar se houve justificativa para que o risco da demanda tenha sido repassado integralmente ao poder concedente.

Outrossim, nos moldes como redigido o edital de concorrência, o concessionário terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro quando notificar ao poder concedente qualquer desequilíbrio entre oferta e demanda. Porém, o edital não é claro quanto à possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro que também poderia se dar em favor do poder concedente, até porque, como o reequilíbrio fica condicionado à notificação do concessionário, logicamente que este abrirá mão do referido mecanismo nesse específico caso.

Segundo o item 13.1 do Edital de Concorrência nº 419/2011, o poder concedente ficará responsável pelos custos decorrentes de alterações e expansões no sistema realizadas com base em sua iniciativa, como se vê:

13.1. O Poder Concedente, no exercício de suas prerrogativas, sem prejuízo do que lhe assegura o art. 29 da Lei Federal nº 8.987/1995, poderá promover, ao longo da concessão, as alterações e as expansões no sistema, que se fizerem necessárias à garantia da continuidade na prestação do serviço, assegurando-se à concessionária o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entende-se que a alocação do risco referente às alterações no sistema por iniciativa do poder concedente está de acordo com a literatura estudada nesse trabalho, pois é o próprio poder concedente que tem mais capacidade para sua prevenção, bem como será a parte menos onerada.

Conforme itens 13.2 e 16.4 do Edital de Concorrência nº 419/2011, a alocação de riscos no que tange às desapropriações e constituição de servidões foi feita ao poder concedente, conforme segue:

13.2. Constituem encargos da concessionária, além de outros previstos neste edital e no contrato, os descritos no art. 31 da Lei Federal nº 8.987/1995, exceto as desapropriações e constituição de servidões (inciso VI).

16.4. Desapropriações – Cabe ao Município o ônus de desapropriar o local para a construção dos terminais urbanos e abrigos, quando necessário.

A minuta do contrato é nesse mesmo sentido: “Cláusula décima oitava – desapropriações 1. Cabe ao Município o ônus de desapropriar o local para construção de terminais urbanos e abrigos, quando necessário.”.

Segundo se retira do referencial teórico abordado nesse trabalho, em geral, os riscos de desapropriação são alocados ao concessionário. Porém, também foi ressaltado que cada caso deveria ser analisado individualmente.

Como no caso da Concorrência nº 419/2011, as linhas por onde passarão os ônibus serão definidas pelo poder concedente, entende-se como correta a alocação de riscos nesse caso, pois feita à parte que tem mais capacidade para sua prevenção e para gerenciar as consequências danosas.

Segundo o edital analisado, constitui obrigação da concessionária responder pelo risco de quaisquer danos pessoais e materiais ocasionados por seus empregados nos locais de trabalho, como segue: “13.3. Constituem, ainda, obrigações da concessionária: a) responder por quaisquer danos pessoais e materiais ocasionados por seus empregados nos locais de trabalho;”. Tal risco foi alocado conforme os conceitos da literatura, pois feito à parte que tem mais capacidade para sua prevenção e para gerenciar as suas consequências danosas.

No item 15.3 do Edital de Concorrência nº 419/2011, consta que o poder concedente responderá por novas gratuidades, abatimentos ou outros benefícios tarifários concedidos por lei: “15.3. Novas gratuidades, abatimentos ou outros benefícios tarifários somente serão concedidos por lei que garanta a liberação de recursos financeiros compensatórios para seu custeio, não podendo tais recursos advir do sistema de transporte coletivo de passageiros.”.

A cláusula sexta da minuta do contrato é nesse mesmo sentido:

Cláusula Sexta [...]

2. Novas gratuidades, abatimentos ou outros benefícios tarifários somente serão concedidos por Lei que garanta a liberação de recursos financeiros compensatórios para seu custeio, não podendo tais recursos advir do sistema de transporte coletivo de passageiros.

A alocação de riscos nesse caso está de acordo com a literatura, pois dependerá do próprio Poder Público.

No anexo V do Edital de Concorrência nº 419/2011 consta, em seu item 1, que toda demolição necessária para a viabilização da execução dos serviços será de responsabilidade da empresa concessionária. Considera-se correta a alocação de riscos nesse específico caso, pois a concessionária tem mais capacidade para gerenciar as consequências danosas de tal ato.

Na cláusula sétima da minuta do contrato, excetuado o imposto de renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem novas disposições legais, desde que acarretem repercussão nos custos da concessionária, tanto para

mais quanto para menos, bem como seu impacto sobre as condições financeiras do contrato, será de responsabilidade do poder concedente.

Nessa mesma cláusula também consta que as circunstâncias supervenientes decorrentes de fato do príncipe ou ato da Administração serão de responsabilidade do poder concedente, assim como as circunstâncias supervenientes, em razão de caso fortuito, força maior e interferências imprevistas, cuja responsabilidade não seja atribuível ao concessionário.

Aqui, a alocação foi inspirada na teoria tradicional das *áreas* ordinária e extraordinária, cabendo ao poder concedente todos os riscos correspondentes à área extraordinária e, na hipótese de sua ocorrência, o concessionário fará juz ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, a alocação está incompleta, pois riscos fundamentais, afetos a projetos dessa natureza, como, por exemplo, greves e movimentações sociais que afetem a prestação dos serviços, bem como um aumento ou diminuição no preço dos combustíveis, não foram explicitamente alocados.

Também não foram considerados riscos, incluindo casos fortuitos, que possam ser objeto de cobertura de seguro, aumento dos custos de capital, aumento da inflação, etc.

Na cláusula décima segunda da minuta do contrato constam os seguintes riscos alocados ao concessionário:

- obtenção junto às autoridades competentes das licenças ambientais necessárias à execução das obras ou prestação do serviço público de transporte coletivo regular, sendo responsável inclusive pelos custos correspondentes (alínea “l”);
- responsabilidade por quaisquer danos pessoais e materiais ocasionados por seus empregados no local de trabalho (alínea “o”);
- pagamento de despesas referentes a taxas, registros e impostos referentes aos serviços (alínea “v”);
- responder pela instalação e manutenção dos serviços especializados em segurança, higiene e medicina do trabalho relativos ao número de trabalhadores, sejam eles seus empregados ou subempreiteiros (alínea “x”);
- reparar, corrigir, remover ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, os serviços e/ou equipamentos em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções (alínea “y”);
- assumir todas as responsabilidades e tomar as medidas necessárias ao atendimento dos seus empregados acidentados ou com mal súbito (alínea “z”).

Os riscos acima foram alocados de acordo com a literatura, posto que distribuídos à parte que tem mais capacidade para sua prevenção e para gerenciar as suas consequências danosas, bem como tem menores possibilidades de externalizar as consequências do evento indesejável.

Por fim, importante fazer, de maneira geral, as seguintes considerações:

O Edital de Concorrência analisado não alocou objetivamente grande parte dos riscos, e os que foram alocados estão dispersos por todo o edital e minuta contratual, sem haver um item específico para tanto.

Salienta-se que os eventos que oneram a concessionária são objeto de solicitação de reequilíbrio por parte dessa, mas o contrário não tem previsão. Ou seja, não há previsão para que ganhos de produtividade, redução de custos e outros sejam repassados ao poder concedente e, por consequência, ao usuário por meio da modicidade tarifária.

Além disso, verificou-se a ausência da análise pormenorizada de alguns riscos inerentes à atividade, a fim de identificá-los, classificá-los e alocá-los de forma mais eficiente à parte que tenha melhor condição de minimizar os efeitos danosos na hipótese de sua ocorrência, tal como preconiza a literatura consultada.

No Anexo III do Edital em comento consta uma importante ressalva no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro: para evitar prejuízos à prestação de serviços à coletividade, deve-se buscar o constante aumento da eficiência na prestação de serviços pela concessionária, sem prejudicar o seu equilíbrio econômico-financeiro, e sem onerar excessivamente o usuário.

Já na cláusula sétima da minuta contratual há previsão para que sempre que houver modificação unilateral imposta pelo poder concedente, que importe variações nos seus custos e nas receitas, tanto para mais quanto para menos, seja revisto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entretanto, o edital é falho, a exemplo dos itens 3.4.1 e 15.4 e o próprio item 3 da cláusula acima citada, ao deixar ao encargo exclusivo da concessionária a possibilidade de pleitear o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois, nesse caso, a alocação de riscos está pendendo somente para o lado do concessionário, que não fará questão de pedir o reequilíbrio em seu prejuízo, em detrimento da modicidade tarifária, o que caracteriza afastamento em relação às recomendações da literatura utilizada no presente trabalho.

Nesse caso, na prática, eventos que venham a onerar o concessionário poderão ser fundamento para solicitação de reequilíbrio, mas o contrário possivelmente não acontecerá, ou seja, muito dificilmente os ganhos de produtividade, a redução de custos e outros serão repassados à modicidade tarifária.

Portanto, a configuração da matriz de riscos de forma adequada se torna um instrumento valioso para subsidiar a alocação eficiente de riscos, assim como o contrário

também é verdadeiro, ou seja, a falta de metodologia adequada para alocação de riscos gera incertezas e, por consequência, diminui a eficiência da concessão.

Dessa forma, como já se viu acima, o Edital de Concorrência nº 419/2011 se mostrou positivo em vários aspectos, bem como alocou determinados riscos conforme a literatura utilizada nesse trabalho. Porém, foi omissivo em vários aspectos, o que poderá fragilizar a execução eficiente da concessão, bem como fará com que o Poder Público esteja suscetível a arcar com muitos dos prejuízos decorrentes dos riscos contratuais, que deveriam ter sido alocados ao concessionário e, no caso de possível lucro por este, não há previsão de seu compartilhamento com o poder concedente.

CONCLUSÃO

Conforme já visto, a concessão de serviços públicos buscou atender aos interesses públicos e privados, recuperar a infraestrutura considerada ultrapassada, melhorar a qualidade dos serviços públicos, adotar a *expertise* privada, diminuir a intervenção direta do Estado na atividade econômica e ensejar a conversão dos recursos públicos para serviços que não podem ser concedidos à iniciativa privada (Zymler e Almeida, 2005).

Ainda para Justen Filho (2003, p. 11), o regime jurídico da concessão compreende um conjunto amplo de questões atinentes à organização política do Estado, sendo que “o processo histórico produz a contínua modificação das concepções prevalentes a propósito das competências e funções estatais e do relacionamento entre Estado e Sociedade, o que afeta de modo direto a temática da concessão.”

Nesse contexto, importante anotar, com base no referencial teórico adotado na presente monografia, que a maximização da eficiência de uma concessão de serviço público é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo, pois buscarão tomar todas as medidas possíveis para evitá-lo ou minorá-lo, com o menor custo possível.

Ou seja, caso sejam alocados riscos à parte que não tenha melhores condições de gerenciá-los, como no caso, ao concessionário, esse acabará incluindo tal risco em sua proposta, o que encarecerá, desnecessariamente, a prestação do serviço público. Da mesma forma, alocando-se determinados riscos indevidamente ao poder concedente, mais recursos do Poder Público serão destinados por algo que o concessionário poderia melhor gerir ou mesmo impedir de acontecer e, por consequência, este não terá qualquer estímulo para maximizar eficientemente a execução do contrato.

Além disso, a alocação dos riscos entre as partes, quando feita de forma objetiva, clara e eficiente, diminui as incertezas quanto ao futuro do contrato e, no caso das concessões de serviços públicos, que são instrumentos complexos, pois envolvem a realização de um negócio jurídico que tem por objeto empreendimentos de grande vulto, prazos longos e partes com interesses antagônicos, é considerada imprescindível para a segurança jurídica e a redução do custo global do projeto.

Outrossim, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial para a verificação da sua viabilidade econômica e financeira, bem como para conduzir a

previsão da alocação dos próprios riscos contratuais, com os consequentes mecanismos de solução de eventuais conflitos entre as partes.

Portanto, pode-se concluir que a definição e a extensão dos riscos têm efeitos diretos sobre a própria concessão, de modo que a alocação indevida de riscos a uma das partes pode até mesmo causar a frustração dos seus objetivos.

Sendo assim, em um contrato de concessão de serviço público, o poder concedente, ao iniciar o processo licitatório, deve identificar os respectivos riscos, de forma a assegurar maior eficiência na contratação pública, evitando que o concessionário assuma determinados riscos que podem ser melhor geridos pelo poder concedente e vice-versa.

Ainda de acordo com os artigos 10 da Lei Federal nº 8.987/95 e 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04, a repartição de riscos em uma concessão não deve ser feita, obrigatoriamente, com base nas *áreas* ordinárias e extraordinárias previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93. Ou seja, os riscos de uma concessão de serviço público, devem estar previstos no instrumento contratual, mesmo que sejam alocados conforme as *áreas* ordinárias e extraordinárias, no caso em que se verifica ser a melhor opção. Diante disso, o administrador público deve realizar, precedentemente à licitação, um planejamento eficiente do empreendimento que “repartam de forma razoável, baseado numa análise de custo-benefício, os encargos e riscos do empreendimento concessionário” (PEREZ, 2006, p. 132).

Importante anotar, por fim, que no caso da análise do Edital de Concorrência do Município de Chapecó, em Santa Catarina, tendo como objeto a concessão de serviços de transporte público, constatou-se, embora verificados diversos pontos positivos, bem como o fato de que a alocação de determinados riscos se deu conforme a literatura utilizada no presente trabalho, que o referido edital foi omissivo em vários aspectos, o que poderá, em tese, fragilizar a execução eficiente da concessão.

Isso porque, nesse caso específico, o Poder Público está suscetível a arcar com muitos dos prejuízos decorrentes dos riscos contratuais, que deveriam ter sido alocados ao concessionário, o que gera incertezas quanto ao futuro do contrato e diminui a eficiência da concessão. Nesse caso, a configuração da matriz de riscos de forma adequada, nos moldes do referencial teórico apresentado no presente trabalho, seria um instrumento valioso para subsidiar a alocação eficiente de riscos na licitação promovida pelo Município de Chapecó.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre santos de. **As parcerias público-privadas no direito positivo brasileiro**. BLC n. 4, 2006,

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter (organizadores). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 3.ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BUGARIN. **O Princípio Constitucional da Economicidade da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública**. 5. Ed. Atlas. São Paulo, 2005.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros., 2009,

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 481.

HARGER, Marcelo. **Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano XV, n. 12, dez, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003.

_____. As PPP sob o fogo cruzado. Estado de São Paulo, 1 dez. 2004. In ZYMLER, Benjamim e ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle Externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte. Fórum, 2005.

MEGGINSON, Leon C.; MOSLEY, Donald C.; PIETRI, Paul H. Jr. **Administração: Conceitos e Aplicações**. Tradução de Maria Isabel Hopp. 4 ed. São Paulo: Harbra, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional N. 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. 7. Ed. Ver. Ampl. e atual. com a EC nº 24/1999. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos**. RDA n. 221, 2000.

_____. **O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de Contas**. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2ª Ed. Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2ª Ed. Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 18ª ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica. 2000.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma Teoria dos Princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2007.

PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997, p. 22. In ZYMLER, Benjamim e ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle Externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte. Fórum, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006,

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos**. 1ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2007.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas**. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Tácito, Caio. **O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público**. In: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.1, p. 199-255. 1997

VITAL, André Luiz Francisco da Silva **O equilíbrio econômico financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU**. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75917>>. Acesso em: 19 abril 2013.

ZYMLER, Benjamin e ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.