

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

PEDRO RÉGIO SANTOS

**A DIFERENÇA NOS CRITÉRIOS DE ALOCAÇÃO DE RISCOS ENTRE A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ENTES PRIVADOS NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DECORRENTES DAS LEIS Nº 8.987/95 E
Nº 11.079/04**

Porto Alegre

2020

PEDRO RÉGIO SANTOS

**A DIFERENÇA NOS CRITÉRIOS DE ALOCAÇÃO DE RISCOS ENTRE A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ENTES PRIVADOS NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DECORRENTES DAS LEIS Nº 8987/95 E
Nº 11.079/04**

Trabalho de conclusão do curso, apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Doutor Rafael Da Cás Maffini.

Porto Alegre

2020

PEDRO RÉGIO SANTOS

**A DIFERENÇA NOS CRITÉRIOS DE ALOCAÇÃO DE RISCOS ENTRE A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ENTES PRIVADOS NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DECORRENTES DAS LEIS Nº 8987/95 E
Nº 11.079/04**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Rafael Da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestranda Aline Lazzaron
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestranda Louise Freiburger Bassan Hartmann
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CIP - Catalogação na Publicação

Régio Santos, Pedro

A Diferença nos critérios de alocação de riscos entre a Administração Pública e os entes privados nos contratos de Concessão de Serviços Públicos decorrentes das leis n. 8.987/95 e n. 11.074/94 / Pedro Régio Santos. -- 2020.

63 f.

Orientador: Rafael Da Cás Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. Alocação de Riscos. 2. Concessão de Serviços Públicos. 3. Critérios para a alocação de riscos. I. Da Cás Maffini, Rafael, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe por todo apoio de sempre e por me fazer companhia durante todo esse período de isolamento social.

Agradeço ao meu irmão Jerônimo pelo companheirismo e apoio de sempre.

Agradeço à Bárbara Bosak pelo carinho, pela amizade, companheirismo e por corrigir meus erros de português com boas gargalhadas.

Agradeço aos meus amigos Tássia e Geison pelo carinho e apoio de sempre.

Agradeço também meu amigo e colega de trabalho Luciano Schumacher pelas discussões e ensinamentos principalmente sobre o tema desse trabalho.

Agradeço aos colegas de trabalho da Diretoria de Qualidade e demais colegas da AGERGS que torceram por mim durante esse período.

Agradeço ao Professor Rafael Maffini pelos ensinamentos, pela orientação, pela atenção, pelos questionamentos que me deram alicerce para elaborar esse trabalho.

Por fim, agradeço a todos os familiares, amigos, colegas que apoiaram e torceram por mim nessa caminhada da graduação.

Agradeço à Deus por mais essa etapa concretizada.

RESUMO

A Lei nº 8.987/95 – a Lei das Concessões – definiu que os riscos oriundos dos contratos de concessão de serviços públicos seriam suportados por conta e risco dos concessionários. A forma como essa expressão “por conta e risco” foi interpretada, induziu que todos os riscos do contrato seriam suportados exclusivamente pelos concessionários, ensejando algumas contradições na utilização nesse instituto do Direito Administrativo que é as concessões. No longo período de duração do contrato, diversos eventos desfavoráveis podem ocorrer e desequilibrar as condições as quais inicialmente, quando firmado o contrato. A má definição de quem seria a responsabilidade por esses eventos desfavoráveis começaram a gerar insegurança jurídica que fez com que os particulares perdessem o interesse de fazer investimentos ao assumir a prestação desses serviços públicos. Com a necessidade voltar a tornar esses serviços atrativos e com a necessidade de investimentos em setores carentes, surge a Lei nº. 11.079/04, que além de trazer novas espécies de concessões, trouxe também, critérios mais bem definidos de como deve ser a alocação de riscos. Esse novo regramento orientado pela certeza e objetividade tem como objetivos eliminar as dúvidas, obscuridades e contradições oriundas da expressão “por conta e risco do concessionário” advinda do modelo anterior de concessão – a concessão comum - e também buscar uma maior eficiência contratual.

Palavras-chaves: Concessão de serviços públicos; alocação de riscos; critérios; eficiência contratual.

ABSTRACT

The Law No. 8,987 / 95 - the Concessions Law - defined that the risks arising from public service concession contracts would be borne at the expense and risk of the concessionaires. The way in which this expression “on account and risk” was interpreted, induced that all the risks of the contract would be borne exclusively by the concessionaires, giving rise to some contradictions in the use of this administrative law institute, which is the concessions. In the long term of the contract, several unfavorable events can occur and unbalance the conditions which initially when the contract was signed. The poor definition of who would be responsible for these unfavorable events began to generate legal uncertainty that caused individuals to lose interest in making investments when assuming the provision of these public services. With the need to make these services attractive again and with the need for investments in needy sectors, Law no. 11.079 / 04, which in addition to bringing new types of concessions, also brought more well-defined criteria of how risk allocation should be. This new rule, guided by certainty and objectivity, aims to eliminate doubts, obscurities and contradictions arising from the expression “at the expense and risk of the concessionaire” arising from the previous concession model - the common concession - and also to seek greater contractual efficiency.

Keywords: Concession of public services; risk allocation; criteria; contractual efficiency.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 | ASPECTOS GERAIS SOBRE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS .. | 11 |
| 2.1 | CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 11 |
| 2.1.1 | O conceito de concessão de serviços públicos e suas diferentes espécies | 11 |
| 2.1.2 | A concessão comum e suas principais características | 14 |
| 2.1.3 | As novas espécies de concessão de serviços públicos trazidas pela Lei n° 11.079/04 – Lei das parcerias público-privadas | 16 |
| 2.1.4 | Diferenças na aplicação dos dispositivos que a Lei n° 11.079/04 traz definidos para o uso acessório da legislação pertinente ao assunto quando se trata dessas novas espécies de concessão de serviços públicos..... | 21 |
| 2.1.5 | As partes nos contratos de concessão de serviços públicos e o equilíbrio econômico-financeiro..... | 23 |
| 2.2 | A DIVISÃO DOS RISCOS ENTRE AS PARTES NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 25 |
| 2.2.1 | Os conceitos de riscos e de áleas | 25 |
| 2.2.2 | Tipos de riscos importantes para os contratos de concessão de serviços públicos | 27 |
| 2.2.3 | A alocação de riscos | 29 |
| 2.2.4 | A correta alocação dos riscos relacionada com a eficiência contratual da concessão de serviços públicos..... | 30 |
| 3 | O TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS LEIS N° 8.987/95 E N° 11.079/04 | 32 |
| 3.1 | O TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NA LEI DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – LEI N° 8.987/95..... | 32 |
| 3.1.1 | A concessão por “conta e risco” do concessionário | 32 |
| 3.1.2 | As contradições teóricas decorrentes do por “conta e risco” do concessionário | 33 |
| 3.1.3 | A teoria das áleas para alocação de riscos..... | 36 |
| 3.1.4 | Álea econômica..... | 37 |
| 3.1.5 | Álea administrativa | 39 |

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 3.1.6 | A instabilidade contratual decorrente da aplicação da teoria das áleas em contratos administrativos de concessão comum | 40 |
| 3.2 | AS INOVAÇÕES NO TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.079/04 – LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 43 |
| 3.2.1 | A alocação objetiva dos riscos | 44 |
| 3.2.2 | Os novos critérios para a alocação objetiva dos riscos..... | 46 |
| 3.2.3 | O tratamento dos riscos não alocados contratualmente - riscos extracontratuais | 50 |
| 3.2.4 | A alocação de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato..... | 51 |
| 4 | CONCLUSÃO..... | 55 |
| | BIBLIOGRAFIA | 58 |

1 INTRODUÇÃO

Na história do desenvolvimento do Estado Brasileiro, conceder a execução de um serviço ou a gestão de algum bem a um particular sempre foi uma opção frequente do Estado. Isso acontecia antes mesmo de uma definição jurídica de serviço público. No decorrer do tempo, com o surgimento de serviços e atividades de interesse comum e conseqüentemente o surgimento do conceito de serviço público, a concessão de serviços públicos começou a ser positivada nas Constituições Federais. Porém, nunca antes Constituição Federal de 1988, teve uma lei específica que tratava do assunto concessões de serviços públicos.

A Constituição de 1988 trouxe em seu Art. 175 o instituto da concessão de serviços públicos a entes privados positivados. Em consequência dessa positivação, em 1995 foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 8.987 que regulou especificadamente as concessões de serviços públicos e definiu regras e condições para a transferência da execução do serviço público ao ente privado, porém, definiu também que a titularidade desse serviço permanece com a Administração Pública.

Assim, o instituto da concessão foi importante no decorrer de toda a história do Estado Brasileiro, mas após a Constituição de 1988, se tornou uma ferramenta fundamental para o desenvolvimento do país. A partir dela houve inúmeros investimentos na implantação e na modernização de serviços públicos em todo o território nacional. Inicialmente, o tratamento dos riscos dado pela Lei nº 8.987/95 foi o de que esses investimentos se davam por conta e riscos do vencedor do processo licitatório.

Como o Direito não é uma ciência estática e estando em constante mudança, principalmente por causa das instabilidades políticas e econômicas, precisou-se pensar em alternativas que aumentassem a segurança jurídica e a estabilidade desses contratos de concessão. A concessão “por conta e risco” do concessionário não estava mais sendo um negócio muito atrativo num cenário de crises e por uma maior necessidade de investimentos privados em áreas diferentes. E cada vez mais, precisa-se de prestação de serviços públicos de qualidade nas mais diferentes áreas.

Nesse contexto de grandes mudanças no cenário nacional, em um Estado sem capacidade financeira para fazer investimentos em grandes projetos de obras e infraestrutura de serviços públicos, é que se desenvolve a ideia das Parcerias Público-Privadas. Estas seriam espécies de concessão, porém, com algumas regras diferentes da concessão comum - definida assim em decorrência da inserção da Lei nº 11.079/04 no ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 11.079/04 definiu novas diretrizes para a concessão de serviços públicos e novas regras para

o tratamento da alocação dos riscos entre as partes do contrato de concessão de serviços públicos. Destaca-se que a Lei nº 11.079/04 não revogou a Lei nº 8.987/95.

A partir dessa inovação no ordenamento jurídico, da criação de uma nova lei para criar um cenário mais propício para investimentos, modificaram-se os critérios da alocação dos riscos entre as partes do contrato com o intuito de proteger o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que leva em consideração os interesses dessas partes.

Essa modificação no tratamento da alocação dos riscos foi fundamental para o Estado conseguir atrair mais investimentos do setor privado para desenvolvimento dos serviços públicos, mantendo consigo a titularidade do serviço e cedendo a execução.

Além disso, mais recentemente, nesse ano de 2020, a pandemia de COVID-19 colocou em foco a importância de se ter contratos administrativos bem elaborados e com matrizes de risco bem definidas para que as partes tenham segurança jurídica frente a fatos imprevisíveis ou até mesmo fatos previsíveis, mas com consequências impossíveis de serem totalmente previstas em decorrência desses eventos, como é o caso da pandemia do Corona vírus.

Desse modo, frente a relevância de saber sobre quem recai a responsabilidade sobre determinados fatos desfavoráveis ao contrato e sua relevância para o cenário atual de pandemia mundial, é ainda mais importante tratar sobre esse assunto e analisar como se deu essa mudança de tratamento na alocação de riscos da Lei nº 8.987/95 para a Lei nº 11.079/04 e o que essa mudança de tratamento acarretou ao sistema jurídico pátrio em relação a concessão de serviços públicos.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A primeira parte desse trabalho visa fazer um panorama geral sobre aspectos da concessão de serviços públicos - definir o que é concessão de serviços públicos, quais são suas espécies e as partes envolvidas nesse gênero contratual. Além disso, objetiva também definir o que são riscos, classificá-los e explicar o que é a alocação de riscos entre as partes envolvidas nesse tipo de contrato administrativo.

2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão de serviços públicos é um importante instituto do Direito Administrativo brasileiro com previsão constitucional e regulado, principalmente, pelas leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04. Ver-se-á os elementos mais importantes do tema, sua base constitucional e legal e um aprofundamento para conhecer a diferenciação entre concessões especiais e a concessão comum, aquelas também conhecidas como parcerias público-privadas.

2.1.1 O conceito de concessão de serviços públicos e suas diferentes espécies

A concessão de serviços públicos tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.¹

Assim, consoante Floriano de Azevedo Marques Neto, “o texto constitucional de 1988 seguiu na tradição das Constituições anteriores de prever o instituto da concessão como mecanismo de engate entre atividade dos particulares e o interesse geral tutelado pelo Estado.”

2

Marcos Augusto Perez discorre sobre o instituto das concessões nas constituições passadas da seguinte maneira:

[...] apesar de todas as constituições brasileiras, desde então, trazerem disposições sobre serviço público ou sobre concessão de serviço público, somente por meio da lei

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 17 dez. 2019.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 106.

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é que se regulou de forma genérica a concessão de serviço público.³

Dessa forma, para dar cumprimento ao que prevê o disposto no art. 175 da Carta Magna, foi editada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que tem âmbito nacional, pois suas normas gerais se aplicam à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, essa lei disciplina o instituto da concessão e permissão de serviços públicos em todo território nacional. Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre o seguinte sobre a Lei nº 8.887/95:

A concessão é o instrumento utilizado pelo Estado como providência descentralizadora de sua atuação, mediante a transferência de algumas de suas atribuições para o setor privado com a finalidade de atingir objetivos de melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços públicos, além de redução do tamanho do aparelhamento administrativo.⁴

Em relação a essa transferência de atribuições pelo Estado, é necessário deixar claro que a titularidade de prestar o serviço é sempre do Poder Público, conforme Marcos Augusto Perez comenta:

[...], a Constituição evita equívocos, quanto a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos. A carta estatui expressamente que a titularidade é do Poder Público, que possui faculdade de delegar sua execução à iniciativa privada por meio de concessão e permissão.⁵

Rafael Maffini faz uma diferenciação entre os conceitos de titularidade e prestação dos serviços que é importante para o entendimento acerca do assunto:

Titularidade e prestação são duas realidades atinentes aos serviços públicos que devem ser analisadas distintamente. Uma coisa é a titularidade dos serviços públicos, a qual será invariavelmente da Administração Pública, outra é a sua prestação que pode ser desenvolvida pela própria Administração Pública ou por terceiros.⁶

Além do exposto, o autor ensina que “sendo a titularidade dos serviços públicos sempre da Administração Pública, sua regulação, fiscalização e o controle também o serão.”⁷

Assim, a Administração Pública detém a titularidade do serviço público e pode conceder a um terceiro, a execução desse serviço. A partir daí, inúmeros autores da área do Direito Administrativo se propuseram a definir o conceito de concessão de serviço público.

Hely Lopes Meirelles define o contrato de concessão de serviços públicos da seguinte maneira:

³ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 44.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

⁵ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 48.

⁶ MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**: Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 229.

⁷ MAFFINI, 2016, *loc. cit.*

Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.⁸

A definição de Marcos Augusto Perez é a seguinte, “define-se a concessão de serviço público como instrumento pelo qual a administração pública delega a um terceiro a execução de um serviço para que esse o implante por sua *conta e risco*.”⁹

Já Celso Antônio Bandeira de Mello define concessão de serviços públicos como:

[...], o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta a seguinte definição:

Concessão de serviço público é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração de corrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei n° 8.987, [...].¹¹

Para finalizar, Rafael Maffini conceitua concessão de serviços públicos da seguinte maneira:

Concessão de serviço público consiste em um antigo instrumento contratual de delegação dos serviços públicos a terceiros. Recentemente, criaram-se duas espécies de concessão de serviço público, as quais consubstanciam a ideia de parceria público-privada. Assim, tem-se uma concessão comum (regida pela Lei de Concessões) e duas concessões que são consideradas parcerias público-privadas.¹²

Rafael Maffini já inclui no seu conceito de concessão de serviço público o conceito de parcerias público-privadas, que foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal n° 11.074, de 30 de dezembro de 2004. Essa lei instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública direta, estendendo sua aplicação aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 294.

⁹ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 725.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 377.

¹² MAFFINI, 2016, *op. cit.*, p. 231.

A ementa da Lei refere-se à “contratação de parceria público-privada”, mas no art. 2º, caput, qualifica a parceria como contrato administrativo de concessão. Além de classificar a parceria público-privada como contrato administrativo de concessão, essa nova lei adiciona mais duas modalidades de concessão à já existente - concessão comum -, e regulada pela lei nº 8.987: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Assim conclui-se que, “as concessões comuns e as PPPs são espécies do gênero contrato administrativo de concessão, cuja expressão concessão indica um gênero, que contempla várias espécies”.¹³

2.1.2 A concessão comum e suas principais características

A concessão de um serviço público para um particular sempre foi um instituto muito utilizado pela Administração Pública no território nacional. Porém foi na década de 90 que esse instituto teve um cenário propício para se desenvolver nacionalmente pelos motivos que cita Marcos Augusto Perez:

Nos últimos anos, a preocupação com a eliminação de déficits orçamentários, com a estabilidade da moeda, bem como com a expansão e modernização de infraestruturas, redes públicas, e serviços públicos, que proporcionem sustentabilidade ao crescimento econômico, geraram um ambiente propício à celebração de contratos de concessão de serviço público pelo mundo afora.¹⁴

Em relação à promulgação da Lei nº 8.987 em fevereiro de 1995, que tratou objetivamente da concessão de serviço público, discorre Floriano de Azevedo Marques Neto:

Disciplinada pela Lei nº 8.987/1995 meramente como concessão de serviço público, a concessão de serviços públicos posteriormente sofreu uma adjetivação por força da Lei nº 11.079/2004. Em função da criação de um regime especial de concessões de serviços públicos no âmbito das parcerias público-privadas (as concessões patrocinadas e administrativas), a concessão, digamos pura, de serviços públicos foi rebatizada sob o nome de “concessão comum”.¹⁵

Assim, a concessão comum, antes chamada apenas de concessão, ganhou a adjetivação de comum. Fernando Vernalha Guimarães conceitua a concessão comum da seguinte forma:

As concessões comuns de serviço público são contratos firmados entre empresas privadas e a Administração Pública, cujo objeto é a prestação de serviços públicos fruíveis diretamente pelos usuários. Numa concessão comum, a empresa concessionária encarrega-se de prover toda a infraestrutura necessária para a disponibilização do serviço público, remunerando-se das tarifas que são pagas pelos usuários pela sua fruição. É considerada, por isso, um contrato autossustentável

¹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. 2007, p. 43. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

¹⁴ PEREZ, 2006, *op. cit.* p. 13.

¹⁵ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.* p. 175.

financeiramente, pois não depende de subsídios da Administração Pública. As fontes de remuneração do concessionário serão a receita tarifária e (eventualmente) receitas acessórias ou alternativas, decorrentes de negócios acessórios que possam ser relacionados à concessão, mas que não se constituem na prestação do serviço público propriamente dito (por exemplo: exploração de espaço publicitário e de centros comerciais nas margens de uma rodovia concedida).¹⁶

Entender como é o funcionamento da remuneração do concessionário na concessão comum é importante, pois ajuda a entender o surgimento da Lei nº 11.079/04, que ela traz algumas mudanças importantes nesse aspecto. Dessa forma, Anna Carolina Migueis Pereira explica como se dá a remuneração do concessionário na concessão comum:

A concessão comum é a espécie de concessão mais antiga no Brasil. Nessa espécie de concessão, na ampla maioria dos casos, todas as receitas do concessionário advêm da exploração da atividade concedida, sem que haja necessidade de aporte de recursos públicos porque a atividade se mostra rentável por si só.

A remuneração do concessionário se dá apenas com as receitas obtidas com a exploração da atividade, quais sejam, a tarifa cobrada dos usuários e, em menor escala, as receitas alternativas. A tarifa é o valor cobrado pelo concessionário dos usuários em função do uso daquele serviço, ao passo que as receitas alternativas são quaisquer outras fontes de renda do concessionário que não sejam a tarifa, como exploração de espaços comerciais e publicitários.¹⁷

A autora supracitada ainda expõe que na concessão comum não há contraprestações do Poder Concedente, porém, ela cita uma exceção quanto a essa regra conforme transcrito abaixo:

Assim, as concessões tradicionais, via de regra, não comportam contraprestações do Poder Concedente. Afirmamos que em regra não será admitida contrapartida do poder público porque o art. 17 da Lei Geral de Concessões estabelece que será “desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes”.

Dessa forma, nossa interpretação ao dispositivo em tela é de que as concessões comuns poderão comportar a outorga de subsídios, desde que previstos em lei e disponíveis a todos os concorrentes por meio de divulgação no próprio Edital do certame, a fim de atender aos princípios da publicidade e da isonomia.¹⁸

Fernando Vernalha Guimarães também comenta que, excepcionalmente, há subsídios públicos integrados no sistema de remuneração do concessionário:

É possível também - embora pouco usual - que, no âmbito de uma concessão comum, haja subsídios públicos de outra natureza integrados no sistema de remuneração do concessionário. Embora a vocação da concessão comum seja a autossustentabilidade financeira, historicamente sempre se admitiu que, em casos específicos, houvesse a adição de recursos e subsídios públicos à receita tarifária com vistas a subsidiar as parcelas deficitárias da concessão. Com a edição da Lei Geral de PPP, ajustes com essas características foram enquadrados como concessão patrocinada, espécie de PPP.

¹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas: O guia do gestor público**. Brasília: Cbic, 2016, 98 f, p.16. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁷ PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil**. Associação Nacional dos Procuradores do Estado e do DF, 2014, p.10. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-68-AUTORA-Anna-Carolina-Miguis.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

¹⁸ *Ibidem*, p.7.

Mas excepcionalmente ainda se admite, em certos casos e com a devida justificativa, que as concessões comuns possam ter subsídios públicos integrados em seu sistema de remuneração, desde que respeitada a disciplina de responsabilidade fiscal.¹⁹

Por fim, Anna Carolina Migueis Pereira comenta que, essa limitação quanto ao aporte de subsídios do Estado na remuneração do concessionário passou a dificultar o desenvolvimento de algumas concessões que não eram autossustentáveis:

Esta limitação ao aporte de recursos públicos nas concessões tradicionais tornava praticamente inexecutável a delegação à iniciativa privada de serviços públicos não autossustentáveis, isto é, aqueles que dependem de contrapartida do poder público para garantir o sucesso e a rentabilidade da outorga.²⁰

Assim, nota-se que, os aportes do Poder Público na remuneração do concessionário, eventualmente disponíveis nas concessões comuns, possuem uma utilização bastante limitada e esse fato dificultava a expansão das delegações de serviços públicos, principalmente nas situações em que as atividades não conseguiam se sustentar por si próprios. Assim, conforme cita Maria Adelaide de Campos França, tornou-se necessário pensar em outras alternativas de captação de recursos conforme descrito:

A busca de novas formas alternativas de captação de recursos mostrava-se imprescindível. As formas tradicionais de contratos administrativos e de concessões não se mostravam aptas a atender a demanda que se apresentava. A criação de mecanismos mais céleres e mais seguros mostrava-se de suma importância, principalmente para atrair a iniciativa privada e, assim, obter os necessários recursos para os setores de infraestrutura e de produção de bens e serviços à população.²¹

Desse modo, para tentar incentivar o surgimento de novas parcerias do Estado com a iniciativa privada surge a Lei nº 11.079/2004, conhecida como “Lei de PPP”, que trouxe duas novas modalidades de concessões que veremos a seguir.

2.1.3 As novas espécies de concessão de serviços públicos trazidas pela Lei nº 11.079/04 – Lei das parcerias público-privadas

Maria Adelaide de Campos França discorre sobre o surgimento das Parcerias Público Privadas no Brasil e contextualiza com o cenário à época:

No Brasil, as parcerias público-privadas surgiram dentro de um contexto econômico-político em que se tornou imprescindível para o país a criação de novos instrumentos de gestão dos serviços públicos ante as necessidades, cada vez mais crescentes e prementes da população em todas as esferas: social, de saúde, de emprego, de transporte, de moradia, de infraestrutura, etc. A inadequação de nossa política econômica se refletia na inaptidão de distribuir riqueza e de possibilitar uma vida mais

¹⁹ GUIMARÃES, 2016(a), *op. cit.*, p.38.

²⁰ PEREIRA, 2014, *op. cit.*, p.7.

²¹ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011, 170 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, USP, São Paulo, 2011, p. 21. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-14052012-162009/pt-br.php>. Acesso em: 09 jan. 2020.

digna a todos. A dívida pública impedia a própria expansão da economia já que o Estado não mais possuía recursos para financiar grandes obras de infraestrutura. E, cada vez mais, mostrava-se imprescindível a realização de elevados dispêndios com investimentos e custeio dos setores energéticos, de telefonia, siderurgia, serviços financeiros, etc.²²

Assim, a necessidade de se pensar em novas alternativas para investir nas carências crescentes da população, definiu um novo modelo para a concessão de serviços públicos vindo com a edição da Lei nº 11.079/04. Dessa forma, “o propósito do Governo brasileiro quando começou a discutir aquilo que a Lei 11.079/2004 viria a chamar de Parceria Público-Privada era dar maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura pública por meio de investimento privado.”²³

Sobre o surgimento da Lei das Parcerias Público-Privadas, Fernando Vernalha Guimarães discorre que:

[...], tendo o estado nacional de recorrer a este novo modelo com vistas a superar a rigidez de seus modelos contratuais e permitir a cooperação entre Estado e iniciativa privada no financiamento da prestação de serviços e execução de empreendimentos de longo prazo. A criação do modelo nacional de PPP relaciona-se fundamentalmente à busca no setor privado de investimentos em infraestrutura (dada a urgência em superar gargalos de logística, com vistas a permitir o crescimento do país), especialmente diante das diversas dificuldades financeiras próprias do setor público. Para tanto, foi necessário implementar um regime que priorizasse a segurança jurídica dos ajustes, permitindo-se o interesse pelo capital privado no financiamento de serviços e empreendimentos públicos de longo prazo. Sob esse contexto, nasceram inúmeras leis estaduais e municipais e a Lei federal n. 11.079/2004, que instituiu normas gerais (e federais) para licitação e contratação de parceria público-privada.²⁴

Assim, a Lei nº 11.079/04 instituiu normas gerais no ordenamento jurídico brasileiro para licitação e contratação das PPPs. Já em seu Art. 2º, a Lei nº 11.070/04 define o que são as Parcerias Público-Privadas:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

A Lei definiu as Parcerias Públicas-Privadas de maneira bem sucinta. Assim, alguns autores trataram de trabalhar esse conceito, dentre eles Fernando Vernalha Guimarães que definiu as Parcerias Público-Privadas da seguinte forma:

[...], as parcerias público-privadas configuram contratos administrativos de prestação de serviços, com ou sem delegação de serviço público, podendo envolver outras atividades integradas, cuja remuneração do parceiro privado esteja composta parcial ou integralmente por contraprestação pública (pecuniária ou não), a ser provida da disponibilização do serviço em condição de fruição. Tais contratos serão sempre de longo prazo (com prazo mínimo de 5 anos para prestação de serviço e no máximo 35

²² FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 20.

²³ GROTTI, 2007, *op. cit.*, p. 36

²⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: parceria público-privada**. São José dos Campos: Saraiva, 2013, p. 19.

anos para a conclusão da PPP), terão valor mínimo de R\$ 20 milhões e contarão com uma partilha de riscos entre parceiro público e o parceiro privado.²⁵

Carlos Ari Sundfeld discorre que “PPPs são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei Federal 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.”²⁶

Além de a Lei definir o conceito de parceria público-privada como contrato de concessão, ela ainda traz duas novas espécies ou modalidades de concessão de serviços públicos: a concessão patrocinada e a administrativa.

A concessão patrocinada foi definida pela Lei n° 11.079 da seguinte maneira em seu art. 2º, parágrafo 1º:

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Fernando Vernalha Guimarães também trabalhou o conceito de concessão patrocinada e a definiu da seguinte maneira:

A modalidade patrocinada é a própria concessão de serviço ou de obra que consta da Lei 8987/95, quando, “adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários”, envolver contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado, ambos ali denominados “parceiros”.²⁷

A semelhança entre a concessão comum e a concessão patrocinada é bastante grande, porém o que as diferencia é que “a concessão patrocinada tem uma parcela da remuneração do concessionário necessariamente assumida pelo Poder Público.”²⁸

As finalidades do instituto da concessão patrocinada seriam duas, segundo Fernando Vernalha Guimarães, onde a primeira finalidade seria de caráter mais financeiro:

Vestir juridicamente arranjos contratuais que tenham por objetivo concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas ancilares se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público (o que supõe considerar o custo operacional da concessão mais o lucro do concessionário), recorrendo-se às contraprestações pecuniárias da Administração como meio a permitir viabilidade econômico-financeira da concessão concretamente projetada.²⁹

E a segunda finalidade, ainda segundo o autor, teria um caráter de segurança em relação aos riscos do contrato ao longo do prazo da prestação do serviço:

²⁵ GUIMARÃES, 2013, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: **Parcerias Público-Privadas**. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

²⁷ GUIMARÃES, 2013, *op. cit.*, p. 19.

²⁸ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.*, p. 203

²⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 101.

Calibrar o nível de risco envolvido em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do poder Público (como garante, por exemplo, de certa parcela dos riscos) na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas. Portanto, ainda que certo projeto possa caracterizar-se como (matematicamente) autossustentável, dispõe o poder Público, através da concessão patrocinada, de instrumento (regulatório) de calibragem dos níveis de risco que, em certos casos, podem impedir melhores condições de financiamento do serviço público pelos parceiros privados.³⁰

Pode-se notar que, a concessão patrocinada ela é bastante semelhante a concessão comum. O que diferencia uma da outra, é que a injeção de dinheiro Público foi flexibilizada nessa nova modalidade de concessão. Como foi visto anteriormente, o aporte de dinheiro público nas concessões comuns se dava de forma excepcional e com várias limitações. Essa mudança em relação ao aporte de dinheiro Público, dá uma maior segurança ao concessionário, pois, aparentemente, como ajuda financeira do Estado, a concessão patrocinada tem mais chance de sucesso.

Já a concessão administrativa caracteriza-se da seguinte forma, conforme a Lei Federal nº 11.079/04, Art. 2º, parágrafo 2º:

Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Em relação à definição de concessão administrativa que o artigo 2º, §2º da Lei nº 11.079/04 traz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro opina que “o conceito peca pela falta de clareza.”

³¹ A autora define que:

A concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários – está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário).³²

Além do exposto, a autora evidencia que “na concessão administrativa, não existe tarifa cobrada do usuário porque, nesse caso, haveria concessão patrocinada.”³³ Em relação a essa inexistência de cobrança de tarifas Dinorá Adelaide Musetti Grotti ensina que:

A modalidade administrativa é um contrato de concessão em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou ensinos públicos, ou ainda porque é o próprio Estado o único usuário do serviço a ser prestado. Aqui se fala em inexistência de tarifas devidas pelos eventuais

³⁰ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 101.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 644.

³² DI PIETRO, *loc. cit.*

³³ DI PIETRO, *loc. cit.*

usuários do serviço, pois, a contraprestação ao usuário se dará exclusivamente por recursos do Estado.³⁴

Enquanto a concessão patrocinada é bastante semelhante à concessão comum, já concessão administrativa traz algumas novidades jurídicas que a diferencia bastante das outras modalidades de concessão. Fernando Vernalha Guimarães discorre sobre essas novidades:

A concessão administrativa é um modelo contratual novo no direito brasileiro; novo na acepção de não ser mera reprodução legal de tipos sociais vigentes no terreno da contratação administrativa. Enquanto a concessão patrocinada já tinha cabimento na experiência prática, apoiado na exegese do art. 11 da Lei n. 8.987/97, o tipo da concessão administrativa, pelo menos no que pressupõe atividades distintas do serviço público (na sua modalidade aplicável a serviços gerais ao Estado e a serviços sociais), configura um modo inédito de arranjar os ajustes no plano da contratação administrativa. Até porque sua hipótese fática encontrava óbice jurídico inferido do art. 7.º, da Lei n. 8666/93, que veda a inclusão, no objeto do contrato administrativo de serviços, da obtenção de recursos financeiros para o financiamento da prestação. Outra restrição desde sempre inferida da Lei de Contratos Administrativos Gerais repousa sobre a conjugação de objetos, sendo (como regra) inviável naquela espécie de arranjo (submetida ao regramento da Lei n. 8666/93) a acumulação de prestações distintas, as quais podem ser submetidas a processos independentes de seleção de contratantes, alcançando-se em cada caso a obtenção da proposta mais vantajosa.³⁵

A concessão administrativa surgiu como a novidade legislativa, principalmente porque permitiu a existência de concessões de serviços públicos em que a remuneração é substancialmente arcada pelo poder concedente. E isso alargou drasticamente o universo das utilidades que podem ser concedidas, pois permitiu que os serviços antes impassíveis de concessão, pudessem ter sua prestação delegada ao particular mediante pacto concessionário.

36

Dessa forma, com a inserção dessas duas modalidades de concessão no ordenamento jurídico administrativo, o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei n.º 8.987 – concessões comuns - viu-se ampliado com a edição da Lei das PPPs que, sem revogar ou derogar a referida Lei de concessões, previu essas duas novas modalidades de concessão com contornos um pouco diferentes das concessões comuns.³⁷ Além disso, a Lei n.º 11.079/04 trouxe definida como se deve proceder em relação ao uso acessório da legislação pertinente ao assunto relacionando as leis que tratam sobre concessões.

³⁴ GROTTI, 2007, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ GUIMARÃES, 2013, *op. cit.*, p. 19.

³⁶ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.*, p. 256.

³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada: Caracterização dos Tipos Legais e Aspectos Nucleares de seu Regime Jurídico.** 2008. 598 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2008, p. 305. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16949/Microsoft%20Word%20-%20Parceria%20P%20c3%20bablicoPrivada%20TESE%20Fernando%20Vernalha%20Guimar%20c3%20a3es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 dez. 2019

2.1.4 Diferenças na aplicação dos dispositivos que a Lei n° 11.079/04 traz definidos para o uso acessório da legislação pertinente ao assunto quando se trata dessas novas espécies de concessão de serviços públicos

Tanto as concessões comuns quanto as PPPs “são espécies do gênero contrato administrativo de concessão, cuja expressão concessão indica um gênero que contempla várias espécies”³⁸, assim, é necessário entendermos como se dá o regime jurídico dos contratos administrativos e assim fazer o uso subsidiário da legislação pertinente quando uma dessas leis for omissa sobre algum item importante desses institutos.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães, contratos administrativos são disciplinados da seguinte forma:

O contrato administrativo é uma figura jurídica disciplinada pelo direito positivo. Trata-se de um instituto, na acepção de ser um campo regulado pelo ordenamento. A ele se projeta um conjunto de regras e princípios dotado de sistematicidade, e que se articula interativamente a outros campos regulatórios do ordenamento jurídico-positivo. Alude-se, por isso, a esse conjunto de regras e princípios que disciplinam o contrato administrativo como um sistema jurídico.

O regime jurídico do contrato administrativo é constituído explicitamente por normas constitucionais e infraconstitucionais.³⁹

Fernando Vernalha Guimarães faz uma divisão/organização hierárquica de como funciona esse regime jurídico do contrato administrativo, que nos possibilita entender como é a aplicação dos dispositivos que a lei 11.079/04 traz definidos para o uso acessório da legislação pertinente às concessões.

Primeiramente, Fernando Vernalha Guimarães, coloca no topo do sistema jurídico dos contratos administrativos a Constituição Federal:

A Constituição Federal admite o recurso contratual à via contratual como manifestação da atividade administrativa (inciso XXI do art. 37 da CF), emprestando-lhe, ademais, todo o conjunto de princípios explícitos e implícitos relacionados nos incisos de seu art. 37. Já no inciso XXVII do art. 22, outorga competência privativa a União para legislar sobre normas gerais em matéria de contrato administrativo.⁴⁰

No plano infraconstitucional, Fernando Vernalha Guimarães identifica três modelos normativos que guiam o regime jurídico dos contratos administrativos definidos como normas gerais pela União e por fim delimita o regime até chegar aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos:

Há um regime geral aplicável (em alguma medida) a todos os contratos administrativos, disciplinado pela Lei n. 8.666/93; um regime especial aplicável ao contrato de concessão de serviço público; um regime especial (em relação ao regime

³⁸ GROTTI, 2007, *op. cit.*, p. 43

³⁹ GUIMARÃES, 2013, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁰ GUIMARÃES, 2013, *loc. cit.*

da Lei n. 8.987/95, e de consequência, em relação à Lei n. 8.666/93) veiculado pela Lei n. 11.079/2004.⁴¹

Anna Carolina Migueis Pereira identifica esse regramento hierárquico na Lei n.º 11.079/2004 da seguinte forma:

A Lei n.º 11.079/2004 adota a técnica de trazer um rol de cláusulas obrigatórias e facultativas nos contratos de PPP, remetendo-se em diversas oportunidades à Lei n.º 8.987/1995. Portanto, ambos os diplomas formam, hoje, um microssistema de concessões, formado por três espécies dessa forma de delegação à iniciativa privada de atividades até então exploradas pelo poder público.⁴²

Em relação às novas espécies de concessões que a lei das parcerias público-privadas traz, a aplicação acessória da legislação pertinente de concessões, se aplica conforme a Lei n. 11.079/04 define em seu Art. 3º, caput, o seguinte em relação à concessão administrativa:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes **adicionalmente** o disposto nos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n.º e no Art. 31 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento).

É importante destacar que para a concessão administrativa se aplica a Lei n.º 11.079/2004 e adicionalmente o disposto nos artigos citados da Lei n.º 8.987/95 e no artigo 31 da Lei n.º 9.074/95. Floriano de Azevedo Marques Neto discorre sobre o artigo mencionado acima da seguinte maneira:

As concessões administrativas são regidas especificadamente pela Lei n.º 11.079/2004. O art. 3º dessa lei prescreve que são aplicáveis poucos dispositivos da Lei n.º 8.987/95 a tais concessões. Da Lei n.º 8.987/95 são aplicáveis às concessões administrativas apenas as regras atinentes à possibilidade de recebimento de projetos dos particulares interessados (as chamadas “manifestações de interesse privado”, ou “propostas não solicitadas”) previstas no Art. 21 da Lei n.º 8.987/1995 e no Art. 31 da Lei n.º 9.074/1995; a relação de cláusulas essenciais do contrato (art. 27 da lei das Concessões comuns); as regras de direito dos financiadores (art. 28); os encargos do poder concedente (arts. 29 e 30) e do concessionário (art. 31); e as regras de intervenção (arts. 32 a 34) e de extinção da concessão (art. 35 a 39). No mais, a concessão administrativa segue as disposições da Lei de PPP e do próprio contrato.⁴³

Já em relação à concessão patrocinada, a Lei de PPP traz definido o seguinte, em art. 3º, parágrafo 1º:

§1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes **subsidiariamente** o disposto na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas. (*grifou-se*)

Em relação a concessão patrocinada, ela é muito semelhante à concessão comum, então aplica-se a Lei n.º 8.987/95, que trata das concessões comuns, de maneira subsidiária. Floriano de Azevedo Marques Neto discorre sobre o parágrafo mencionado acima:

⁴¹ GUIMARÃES, 2013, *op. cit.*, p. 211.

⁴² PEREIRA, 2014, *op. cit.*, p. 8.

⁴³ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.*, p. 257.

[...], no Art. 3º, §1º, da Lei nº 11.079/2004, que o regime jurídico da concessão patrocinada é aquele previsto na Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995) apenas alterado nos aspectos expressamente disciplinados na Lei de PPP. Embora a norma fale em aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/1995, o regime jurídico das concessões patrocinadas não é substancialmente discrepante daquele aplicável às concessões comuns.⁴⁴

A Lei nº 11.079/2004 ainda define em seu parágrafo 2º que, o regime jurídico das concessões comuns segue inalterado conforme transcrito abaixo:

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

Portanto, às concessões comuns, disciplinada pela Lei nº 8.987/95 não se aplica em nada o disposto na Lei da PPPs. E por fim, a Lei nº 11.079/2004 também define que os contratos administrativos que não caracterizam concessão seguem regidos pela sua legislação correlata conforme transcrito abaixo:

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

Aos contratos administrativos que não se enquadrarem como contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa, aplicam-se as regras gerais dos contratos administrativos que se encontram disciplinadas na Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993 e demais leis pertinentes a eles.

2.1.5 As partes nos contratos de concessão de serviços públicos e o equilíbrio econômico-financeiro

A concessão de serviços públicos é formalizada através de um contrato administrativo. Esse contrato é formalizado quando as partes possuem interesses em comum, conforme assevera Rafael Maffini:

[...], os contratos da Administração Pública são aqueles negócios jurídicos em que uma das partes é necessariamente órgão ou entidade da Administração Pública, e que são celebrados com terceiros, particulares ou não, quando houver convergência de vontades e diferença de interesses entre os celebrantes.⁴⁵

Além do citado acima, o autor ensina que “nos contratos de concessão, regidos pela Lei 8.987/95 tem-se uma relação jurídico-contratual triangular (Administração Pública – concessionário – usuário).”⁴⁶

⁴⁴ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁵ MAFFINI, 2016, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 211.

Essas são as partes que formalizam o contrato de concessão de serviços públicos. Assim, tradicionalmente, chamamos a Administração Pública de Poder Concedente. É dele a titularidade da prestação do serviço. “Concedente, é, hoje, a entidade da Administração direta ou indireta a quem a lei confere competência para efetuar a delegação do serviço ao concessionário”⁴⁷. Para Marcos Augusto Perez, as características do concessionário sofreram algumas alterações com o passar do tempo, conforme citado abaixo:

A figura do concessionário deslocou-se do modelo clássico, onde era visto como um particular, pessoa física ou jurídica privada, não incluída organicamente na administração pública. Nas concessões hodiernas, o concessionário pode ser um particular como também pode ser uma pessoa jurídica estatal, autárquica ou de Direito privado.⁴⁸

Já o particular que prestará o serviço em nome do Poder concedente chamamos de concessionário. E por fim, o “conceito de usuário é dependente e derivado da utilização do serviço público”⁴⁹, isso é, as pessoas que utilizarão o serviço público são os usuários.

Essas partes, ao assinar o contrato de concessão, assumem obrigações recíprocas inerentes a todo contrato sinalagmático ou bilateral e comutativo, pois

Nos contratos celebrados com a Administração Pública, a reciprocidade de interesses e obrigações merece uma especial atenção na medida em que o interesse público é o objeto intrínseco do negócio jurídico realizado entre os contratantes.⁵⁰

Maria Adelaide de Campos França ensina sobre a importância de se manter as condições originais do contrato e introduz o conceito de equilíbrio econômico-financeiro:

A assunção de obrigações e de prestações recíprocas, todavia, não pode deixar de considerar a necessidade de permanente manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas entre as partes do contrato, especialmente as de cunho econômico-financeiro, sob pena de dificultar a execução do objeto do contrato ou até mesmo de obstar seu prosseguimento. A importância da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi erigida a regra constitucional, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A equação ou relação de equilíbrio que se estabelece, no momento da celebração de um contrato sinalagmático e comutativo, entre as obrigações recíprocas assumidas pelos contratantes — encargo versus contraprestação — é o que a doutrina entendeu denominar equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira do contrato.⁵¹

Fernando Vernalha Guimarães discorre sobre a importância da manutenção da equação equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

[...], o desenvolvimento de uma teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos esteve associado historicamente à sua suscetibilidade a eventos capazes de instabilizar excessivamente a base econômica dos contratos

⁴⁷ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁸ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.549.

⁵⁰ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 123.

⁵¹ FRANÇA, 2011, *loc. cit.*

(especialmente, à sua suscetibilidade às interferências administrativas.) Foi necessário desenvolver uma dogmática capaz de tutelar o interesse daqueles que contratavam com a Administração Pública, assegurando-lhes um mínimo de estabilidade econômico financeira face às vicissitudes contratuais.⁵²

Definido as partes que integram o contrato de concessão de serviços públicos e o conceito de equilíbrio econômico-financeiro, será apresentado a seguir, como os riscos decorrentes da prestação desses contratos são distribuídos entre o Poder Concedente e o concessionário e como eles afetam o equilíbrio econômico financeiro-contratual.

2.2 A DIVISÃO DOS RISCOS ENTRE AS PARTES NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Nesse tópico pretende-se conceituar o que são riscos além de fazer uma classificação dos riscos que são importantes para os contratos de concessão de serviços públicos. Além disso, será explicado o que é a alocação de riscos e a sua importância para a eficiência contratual.

2.2.1 Os conceitos de riscos e de áleas

Segundo Alexandre Wagner Nester, “o risco ocorre quando há uma incerteza relevante, isto é, uma incerteza que afeta a esfera de interesses de um determinado sujeito.”⁵³ Para Irwin e colaboradores, *apud* Fernando Graeff, os riscos “podem ser conceituados como a ocorrência de eventos desfavoráveis, imprevistos ou de difícil previsão, que oneram os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes.”⁵⁴

Marcos Nóbrega define o conceito de risco da seguinte forma:

A exata definição de risco não é tarefa fácil e há controvérsias na literatura. Uma série de definições podem ser encontradas:

- Uma situação onde não existe um conhecimento do resultado final;
- A variação de um possível resultado que existe na natureza em uma determinada situação;
- Alta probabilidade de insucesso;
- Falta de previsibilidade sobre estrutura, resultado ou consequências de uma decisão ou planejamento;

⁵² MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

⁵³ NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; pp.174-195; p. 178.

⁵⁴ GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos**: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus. 2011, 39 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em controle externo, área da regulação) - Tribunal De Contas Da União (TCU). Brasília, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacaodeservicospublicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 1.

- O impacto de algo que está em curso sobre os objetivos e metas estabelecidas, medido em termos de consequências ou probabilidade;

A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais: o evento que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo e, por fim, o impacto que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco.⁵⁵

Nessa mesma linha de conceituação, Fernando Graeff, sintetiza o conceito de risco da seguinte maneira:

[...], podemos caracterizar o risco, em síntese, como a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso da parte privada, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da parte pública.⁵⁶

Nota-se que a ocorrência desse evento desfavorável afeta o êxito econômico da parte privada em relação ao capital que ela aplicou no projeto e isso pode impactar na qualidade dos serviços prestados por esse ente privado, o que afeta também a Administração Pública que objetiva e necessita prestar um serviço de qualidade.

Maria Adelaide Campos França conceitua riscos e relaciona esse conceito com o conceito de álea:

Entende-se por risco a probabilidade da ocorrência de uma álea durante a execução de um contrato administrativo, que poderá trazer dificuldades para a sua concretização.

Álea, por sua vez, é todo o fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação, cuja possibilidade de ocorrência é circunstância geradora de um risco. Ou seja, a álea traz ínsita em seu conceito o risco.

Em textos jurídicos, o termo álea é empregado no âmbito de contratos para significar risco: a cada álea corresponde um risco que causará uma maior ou menor interferência na execução de um contrato, podendo leva-lo à situação extrema de inviabilizar sua continuidade. Os termos não são sinônimos, vez que o risco surge como consequência ou efeito de uma álea.⁵⁷

Pode-se observar que conceituar risco é uma tarefa difícil, esse conceito sofre algumas alterações de acordo com a área na qual o conceito é estudado. Assim, é necessário analisar sua conceituação inserida na área dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, mas antes, porém, é necessário classificar alguns tipos de riscos importantes para esse campo de aplicação do conceito.

⁵⁵ NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n 22, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompletude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps>. Acesso em: 13 dez 2019

⁵⁶ GRAEFF, 2011, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 76.

2.2.2 Tipos de riscos importantes para os contratos de concessão de serviços públicos

Em todos os contratos em que há necessidade de um investimento para prosperar, os setores que fazem e gerenciam esse investimento têm que se precaver dos eventos desfavoráveis que podem ocorrer durante o prazo contratual. Nos contratos de concessão de serviços públicos, esses eventos desfavoráveis, os quais definimos no item 2.1.2 de riscos, podem ocorrer em diversas áreas que afetam a eficiência contratual.

Segundo Maria Adelaide de Campos França:

Diversos são os riscos possíveis e frequentes observados nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, todos eles comuns aos riscos associados aos contratos de parceria público-privada. Todavia, em contratos de longa duração como as concessões comuns e as parcerias público-privadas, outros riscos mostram-se relevantes para a garantia da execução dos respectivos objetos contratados.⁵⁸

Assim, torna-se importante identificarmos quais os riscos mais frequentes nos contratos de concessão de serviços públicos. Ainda segundo Maria Adelaide, “as classificações doutrinárias dos riscos – especialmente nos contratos de concessão comum e nos de parceria público-privada que envolvem aspectos de múltiplos ramos do direito público e do direito privado — variam conforme o enfoque disciplinar recebido.”⁵⁹

Segundo Marcos Augusto Perez, “os riscos enredados aos contratos de concessão de serviços públicos e PPPs devem ser identificados como: riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos.”⁶⁰ A diferença entre esses tipos de riscos será analisada a seguir.

Os riscos econômico-financeiros seriam aqueles que correspondem às flutuações nas taxas de inflação, juros e câmbios. Alguns autores denominam esse conjunto de riscos como sendo riscos financeiros, tendo em vista o impacto sobre os rendimentos monetários do projeto.

61

Marcos Augusto Perez define os riscos financeiros da seguinte maneira:

[...], os riscos financeiros seriam os relacionados a numerosos eventos susceptíveis de afetar o equilíbrio econômico do empreendimento (modificação das condições das circunstâncias ou de preços de mercado, modificação do comportamento dos consumidores, riscos climáticos, acidentes e outros relacionados à teoria da imprevisão).⁶²

⁵⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁰ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p.152.

⁶¹ FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 39, n. 1, p. 25-45, 2008, p. 32.

⁶² PEREZ, 2006, *op. cit.*, p.150.

Os riscos técnicos, por sua vez, seriam aqueles ligados a elaboração e/ou execução do projeto da concessão, “que muitas vezes, envolvem obras com complexidade ou grandiosidade que torna difícil os trabalhos de elaboração e execução de projetos de engenharia”.⁶³

Para Marcos Augusto Perez, “o risco técnico, se não o de mais comum incidência nos contratos de concessão, é o risco relacionado à constatação superveniente de falhas técnicas do projeto da obra que se encontre eventualmente incluída no objeto da concessão.”⁶⁴

O terceiro tipo de risco seriam os riscos jurídicos ou legais que são aqueles relacionados às mudanças legislativas que podem ocorrer durante o prazo do contrato e que podem alterar o regime contratual da concessão dos serviços públicos. “O risco legal constitui o risco de que o governo, em posse de suas funções legislativas, altere direitos e obrigações dos agentes públicos e privados, de modo a afetar os resultados esperados do projeto.”⁶⁵

Marcos Augusto Perez define os riscos jurídicos ou legais da seguinte maneira:

São aqueles inerentes ao sistema jurídico propriamente dito, seja em razão da estrutura jurídica que norteia a prestação de serviços públicos, seja em razão das faculdades criadas pelo sistema para o controle ou questionamento do contrato celebrado, seja, ainda, em razão das responsabilidades que, por força de lei, sempre caberão aos contratantes quando celebram um contrato de concessão.⁶⁶

Por fim, os riscos políticos são aqueles relacionados com o cenário institucional do país e a forma como se relacionam essas instituições. Em relação aos riscos políticos, Viviane Gil Franco discorre que:

A incerteza quanto às ações futuras do governo tem atuado de forma a inibir os investimentos privados ao longo da história, principalmente nos países em desenvolvimento. Em grandes projetos de infraestrutura, como costumam ser as PPP, o risco político é ainda mais relevante por diversas razões. Em primeiro lugar porque trata-se de projetos de longo prazo, conseqüentemente, ficam por mais tempo expostos à incerteza, além de envolverem investimentos elevados e, frequentemente, irrecuperáveis.⁶⁷

Já Marcos Augusto Perez dá aos riscos políticos a seguinte definição e a complementa com os seguintes exemplos:

Os riscos políticos são relacionados, predominantemente, às disputadas ínsitas ao sistema político institucional. As disputas eleitorais, a pressão dos movimentos sociais, a eventual prevalência de interesses políticos paroquiais no Legislativo ou no Executivo são exemplos de fatores que representam risco político para a estabilidade dos contratos de concessão.⁶⁸

⁶³ *Ibidem*, p. 157.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 157.

⁶⁵ FRANCO; PAMPLONA, 2008, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁶ PEREZ, 2006, *op. cit.* p. 160.

⁶⁷ FRANCO; PAMPLONA, 2008, *op. cit.* p. 31.

⁶⁸ PEREZ, 2006, *op. cit.* p. 168.

Portanto, conforme visto, a classificação dos riscos pode mudar de acordo com a área de análise desses riscos. Nos contratos de concessão de serviços públicos e nos contratos das PPPs, esses tipos de riscos – econômico-financeiros, técnicos, jurídicos e políticos – são os que mais ocorrem durante o prazo contratual.

A partir disso, torna-se importante definir a responsabilidade clara e objetiva de cada uma das partes do contrato em relação a esses riscos. Essa definição de responsabilidade entre as partes possui critérios diferentes definidos por lei de acordo com a espécie da concessão – comum, patrocinada e administrativa. Porém, o nome que se dá para essa divisão de riscos entre as partes é alocação de riscos, independente da lei que definiu os critérios para essa mitigação. A elucidação do que é alocação de riscos será o próximo tópico desse trabalho.

2.2.3 A alocação de riscos

Após a definição e a classificação dos riscos relevantes, é necessária a sua alocação, ou seja, “a clara e objetiva responsabilização de cada parte na hipótese de sua ocorrência”.⁶⁹

Assim, “a repartição de riscos deve estar orientada pela certeza e objetividade necessárias a eliminar ou minorar as dúvidas e obscuridades na delimitação dos riscos e mesmo na sua alocação e partilha à responsabilidade das partes”.⁷⁰

Alocar os riscos de maneira correta é fundamental para os contratos de concessão e PPP, pois “alocar o risco a uma ou a outra parte altera a estrutura de custos do contrato de concessão ou de PPP. Nesse sentido, prestigiar a eficiência do contrato significará alocar os riscos às partes de tal modo que se promova a redução no somatório dos custos envolvidos.”⁷¹

Além disso, Fernando Vernalha Guimarães et al, ainda estipula uma regra fundamental para a alocação dessa partilha de responsabilidades:

Daí que a regra fundamental para orientar essa alocação é alocar o risco à parte que consegue, a custos mais baixos do que a outra, gerenciar o risco. Isto é: prevenir-se da sua ocorrência ou mitigar os prejuízos num cenário de materialização do risco. A parte mais apta a gerenciar o risco geralmente é aquela que detém maior conhecimento sobre o risco ou o controle sobre os fatores de risco.⁷²

⁶⁹ GRAEFF, 2011, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 14 dez. 2019.

⁷¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha et al. **Distribuição de riscos nas concessões rodoviárias**. Brasília: CBIC, 2018. p. 28.

⁷² GUIMARÃES, 2018, *loc. cit.*

Kerf et. al. apud Graeff também faz menção a esse princípio para alocação dos riscos:

[...], os critérios para a alocação dos riscos são bem simples: os riscos devem ser suportados pela parte que tem as melhores condições para avaliar, controlar e gerenciar ou a parte com melhor acesso a instrumentos de cobertura, a maior capacidade para diversificar, ou o menor custo para suportá-los.⁷³

Ainda nessa mesma linha de pensamento, Irwin et. al. *apud* Graef reconhece que:

[...], que existem dois fatores que devem ser levados em consideração na alocação dos riscos: primeiro, o grau em que o agente pode influenciar ou controlar o resultado sujeito a riscos; segundo, a capacidade do agente em suportar o risco com menor custo.⁷⁴

Para finalizar, Fernando Vernalha Guimarães define que a alocação de riscos é uma etapa fundamental para a eficiência contratual:

A repartição de riscos é um dos temas fundamentais dos contratos de longo prazo, como as Concessões e Parcerias Público-Privadas. Sujeitos a muitas vicissitudes, esses contratos dependem de uma adequada distribuição de riscos para que possam adquirir maior eficiência ao longo de seu ciclo de vida. A racionalidade dessa partilha é o que permitirá gerar estruturas de custos mais eficientes e propiciar maior estabilidade contratual.⁷⁵

Destarte, nota-se que é de suma importância identificar os riscos e alocá-los conforme a capacidade de cada parte contratual, de forma que essa correta divisão de riscos leve a maior eficiência contratual possível para ambas às partes.

2.2.4 A correta alocação dos riscos relacionada com a eficiência contratual da concessão de serviços públicos

A eficiência é um princípio definido constitucionalmente para Administração Pública. A Constituição Federal diz em seu Art. 37 que:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, [...].

Nos contratos de concessão de serviços públicos e PPPs, a submissão à Constituição em relação a esse princípio se torna fundamental, pois a Administração Pública é uma das partes contratuais e a correta alocação dos riscos interfere consideravelmente nessa busca pela eficiência contratual.

Fernando Vernalha Guimarães define eficiência contratual da seguinte maneira:

Diz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua

⁷³ GRAEFF, 2011, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁴ GRAEFF, 2011, *loc. cit.*

⁷⁵ GUIMARÃES, 2017, *op. cit.*, p. 2.

natureza, à parte apta a, a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização.⁷⁶

Para Fernando Vernalha Guimarães, o grau de detalhamento, a exatidão e alocação dos riscos afeta diretamente a eficiência contratual na medida em que esse mapeamento detalhado concorre para reduzir a insegurança dos ofertantes, minorando custos de transação e ampliando, por esse ângulo, a eficiência da contratação.⁷⁷

Além do grau de detalhamento e exatidão da matriz de riscos, o autor ratifica que a obediência à premissa de alocar o risco a quem melhor pode gerenciá-lo como fundamental para a eficiência contratual:

Essa alocação deverá considerar a aptidão de cada parte para melhor gerenciar o risco. Isso significa imputar a responsabilidade de cada risco àquela parte que tem aptidão para se prevenir dos riscos a custos mais baixos do que a outra parte para minorar os prejuízos na hipótese de materialização dos riscos. Se cada risco for alocado àquela parte com melhores condições para exercitar a prevenção do risco ou a contenção de seus prejuízos num cenário de sua materialização, o resultado será a redução do somatório de custos envolvidos na contratação. Essa redução de custos por efeito de uma alocação racional de riscos concorre para a eficiência do contrato.⁷⁸

As regras de alocação de riscos nos contratos de concessão de serviços públicos estão definidas na Lei nº 8.987/95, que regulamenta a concessão comum e pela Lei nº 11.074/04, a Lei das Parcerias público-privadas que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro as duas novas espécies de concessão já tratadas no item 2.1.3. a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A alocação dos riscos nessas duas leis é tratada de formas distintas. A lei das concessões comuns tratou os riscos de uma forma mais geral. Por conseguinte, como uma forma de aprimoramento do instituto da concessão, a lei das Parcerias Público-Privadas, trouxe algumas novidades em relação à forma como os riscos devem ser tratados nessas duas novas modalidades de concessão.

⁷⁶ GUIMARÃES, *op. cit.* 2008(a), p. 438.

⁷⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016(b), pp. 89-108, p. 97.

⁷⁸ *Ibidem*, 2016, p. 84.

3 O TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS LEIS N° 8.987/95 E N° 11.079/04

Nesse capítulo, será delimitada a responsabilidade de cada uma das partes em relação às principais contingências que podem acometer essa relação jurídica contratual por meio das diferentes teorias de alocação de riscos que aparecem nas leis n° 8.987/95 e n° 11.079/04.

3.1 O TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NA LEI DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – LEI N° 8.987/95

A lei n° 8.987/95 regula a concessão de serviços públicos no território nacional. Dessa forma, pretende-se analisar como essa lei trata a divisão dos riscos entre as partes no contrato de concessão. Também, pretende-se ver algumas contradições decorrentes das teorias definidas para alocação nesses contratos e como a aplicação equivocada dessas teorias podem acarretar num contrato instável.

3.1.1 A concessão por “conta e risco” do concessionário

A Lei n° 8.987/1995, a Lei das Concessões, que por força da Lei n° 11.079/04 ganhou a adjetivação de Lei das Concessões comuns, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no Art. 175 da CF.

A Lei n° 8.987/95 define em seu Art. 2°, inciso II que:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (*grifou-se*).

A expressão “por conta e risco”, trazida pela Lei, levou a uma primeira interpretação que o concessionário que assumisse a obrigação contratual, ficaria responsável pela prestação do serviço sem aporte do Poder Concedente.

Segundo Marcos Augusto Perez, “a definição clássica da concessão de serviço público tinha como um de seus elementos a ideia segundo a qual a concessão seria um contrato, cujos riscos seriam suportados exclusivamente pelo concessionário.”⁷⁹

Maria Adelaide de Campos França tem a seguinte opinião sobre a expressão por conta e risco que aparece na Lei n° 8.987/95:

⁷⁹ PEREZ, 2006. *op. cit.*, p. 168.

A expressão por conta e risco é utilizada pela Lei nº 8.987/95 ao definir as figuras da concessão e da permissão (art.2º, incs. II, III e IV). É considerada imprecisa por induzir à interpretação de que todas as despesas decorrentes dos eventos danosos, que porventura tenham curso durante a execução de um contrato dessa natureza, além de todos os riscos advindos desses eventuais danos, devam ser assumidos pelo concessionário (ou permissionário). Dá a ideia de que tudo corre à custa do concessionário. Porém, não é o que ocorre na realidade.

A responsabilidade do concessionário não tem a amplitude que a expressão sugere. Tem sim, seu alcance limitado às escolhas negociais feitas pelo concessionário, isto é, à álea ordinária inerente às próprias atividades empresariais que desenvolve.

Ao concessionário é atribuída a gestão do negócio, acompanhada de todas as variantes de qualquer empreendimento. A ele cabe avaliar a suficiência do volume de receita para o custeio do planejamento, da execução do projeto, e da projeção do investimento com vista à adequada prestação do serviço concedido. Ou seja, a gestão do serviço é implementada e desenvolvida por sua conta.⁸⁰

Conforme depreende-se, a expressão “por conta e risco”, faz referência às escolhas que o concessionário pode fazer ao gerir o seu negócio. A lei não define explicitamente que todos os riscos do empreendimento devam ser geridos exclusivamente pelo concessionário, pelo contrário, a Lei nº 8.987/95 traz alguns elementos que demonstram que alguns riscos devem ser compartilhados e esses apontamentos feitos pela lei geraram o surgimento de algumas controvérsias na interpretação mais tradicional da expressão “por conta e risco”. Essa definição tradicional, de que o concessionário seria responsável por todos os riscos contratuais gerou algumas contradições sobre o assunto.

3.1.2 As contradições teóricas decorrentes do por “conta e risco” do concessionário

A interpretação da expressão “por conta e risco” trazido pela Lei nº 8.987/95, juntamente com o conceito clássico de concessão de serviços públicos definiu um entendimento de que, no contrato de concessão, o concessionário seria responsável por todos os riscos oriundos desse contrato.

Marcos Augusto Perez opina que “embora inequivocamente majoritária, essa posição – que doravante denominaremos doutrina tradicional do risco na concessão – não disfarça um despreocupado apego à repetição de textos clássicos, cujo questionamento parece-nos fundamental na atualidade.”⁸¹

Daniel Bulha de Carvalho opina da seguinte forma sobre o conceito de concessão e em relação da expressão “por conta e risco”:

Majoritariamente, a doutrina nacional ainda utiliza o conceito clássico do risco da concessão, como contrato “por conta e risco do concessionário”. Ora, se o serviço permanece público após concedido à iniciativa privada, é inconcebível imaginar que o concessionário tenha relevância principal no acordo, eis que tais serviços são

⁸⁰ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 100.

⁸¹ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 103.

também relevantes para o poder concedente e para a sociedade. A frustração do empreendimento prejudicará igualmente poder concedente, concessionário e a sociedade.⁸²

Dessa forma, devido a importância do serviço público que geralmente é concedido ao particular, para que esse faça os investimentos necessários e possa gerir o negócio, não seria interessante nem mesmo para a Administração Pública, que o concessionário assumisse todos os riscos do empreendimento sozinho.

Uma outra contradição em relação à expressão “por conta e riscos”, de um ponto de vista mais técnico, é a classificação do contrato de concessão como sendo um contrato comutativo. O contrato comutativo “é aquele em que há um equilíbrio entre as prestações, entre as partes, desde o momento da celebração do contrato”.⁸³

Na visão de Marcos Augusto Perez, a ideia de comutatividade é contraditória em relação a expressão “por conta e risco” porque:

Ora, a noção de equivalência entre os encargos contratuais das partes, bem como de prévio conhecimento destes, opõe-se francamente à ideia de transferência de todos os riscos da contratação para uma única parte: o concessionário. Havendo comutatividade – e não aleatoriedade – à prestação realizada pelo concessionário deverá corresponder uma contraprestação, pré-conhecida, certa e relativamente equivalente, fixada no contrato (o pagamento de tarifa; o ônus de realizar determinados subsídios; a obrigação de aplicação de reajustes, entre outras). A comutatividade importa, inclusive, na salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes às situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula *rebus sic stantibus*), [...].⁸⁴

Outra contradição importante diz respeito à modicidade das tarifas. A modicidade das tarifas está prevista na lei nº 8.987/95 no art. 6º, parágrafo 1º:

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

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A modicidade das tarifas é uma das características da concessão e define que as tarifas devem ser “acessíveis aos usuários, de modo a não os onerar excessivamente pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade.”⁸⁵

⁸² CARVALHO, Daniel Bulha de. A equidade na alocação dos riscos em concessões de serviços públicos.

Consultor Jurídico, São Paulo, p.1-6, 18 maio 2018, p. 2.

⁸³ CARVALHO, 2018, *loc. cit.*

⁸⁴ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 104.

⁸⁵ MELLO, 2014, *op. cit.*, p. 759.

Assim, alocar todos os riscos ao concessionário afeta essa característica dos contratos de concessão de serviços públicos, pois o concessionário tende a precificar esses riscos e isso acaba elevando o valor das tarifas. Marcos Augusto Perez opina sobre essa contradição da seguinte maneira:

É que desfaz qualquer bom senso imaginar que há possibilidade de reforçar-se a carga de riscos do concessionário ou transferi-los todos a ele, como aparenta sustentar a doutrina tradicional do risco na concessão, e simultaneamente reduzir a tarifa, isto é, a contraprestação pelos serviços prestados, a valores módicos. Maiores riscos significam, necessariamente, maiores custos transferidos aos usuários.⁸⁶

Floriano de Azevedo Peixoto discorre sobre a relação dos riscos com a modicidade das tarifas:

Ao leigo poderia parecer um ótimo arranjo atribuir ao concessionário os mais variados e imponderáveis riscos. Porém, a todo risco se associa um custo. Um arranjo concessório que atribua ao privado um plexo de riscos que ele, concessionário, não consegue avaliar e absorver, leva ao encarecimento da contrapartida que os particulares exigem para aceitar tal encargo. Em suma, todo universo de cidadãos usuários do serviço público concedido arcará com o custo de um potencial sinistro que pode, inclusive não se concretizar. Tivesse o poder concedente assumido para si esse risco, só teria de distribuir entre os cidadãos usuários os custos do evento danoso se e quando materializado o sinistro.⁸⁷

Marcos Augusto Perez considera como a maior contradição da expressão “por conta e risco” e que mesmo defendendo que todos os riscos seriam assumidos pelo concessionário, há alguns desses riscos – extraordinários - que seriam atribuídos ao Poder Concedente. O autor explica esse fato da seguinte maneira:

Mas a maior das contradições da doutrina tradicional do risco na concessão de serviço público está no fato de admitir teoricamente a transferência total dos riscos ao concessionário, porém, ao mesmo tempo, reconhecer que há garantia do concessionário, em relação a alguns riscos relacionados ao empreendimento, geralmente chamados riscos extraordinários ou de álea extraordinária, [...].⁸⁸

Assim, pode-se notar uma divisão hipotética dos riscos entre Poder Concedente e o concessionário, sendo mais uma contradição originada da interpretação da expressão “por conta e risco”. Essa divisão hipotética desdobrou-se na teoria das áleas para a alocação de riscos conforme se verá a seguir.

⁸⁶ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁷ MARQUES NETO, 2015, *op. cit.*, p. 184.

⁸⁸ PEREZ, 2006, *op. cit.* p. 107.

3.1.3 A teoria das áleas para alocação de riscos

A teoria das áleas surgiu com o intuito de minimizar as contradições que decorreram da expressão por conta e risco do concessionário, explicitando que nem todos os riscos oriundos do contrato de concessão de serviços públicos devem ser assumidos pelo concessionário.

Maria Adelaide de Campos França discorre que “a teoria tradicional das áleas se funde na mutabilidade dos contratos administrativos. Essas modificações podem resultar de fatos ou eventos denominados áleas que se verificam no curso da execução do contrato.”⁸⁹

Dessa forma, “os riscos ou áleas seriam divididos em ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A Administração assumiria os riscos extraordinários.”⁹⁰

Maria Adelaide de Campos França conceitua as áleas ordinária e extraordinária da seguinte forma:

A álea normalmente esperada e previsível é denominada ordinária. É a inerente a todo tipo de negócio; daí porque também conhecida como álea empresarial. O risco de sua ocorrência é previsível e, por isso, há de ser assumido pelo particular contratado. A álea inesperada e imprevisível é denominada álea extraordinária, que pode ter natureza administrativa ou econômica.⁹¹

Os riscos ordinários seriam aqueles que “todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado”⁹². E segundo Celso Antônio Bandeira de Mello os riscos ordinários abrangeriam:

[...], além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.⁹³

Por sua vez, os riscos extraordinários seriam “um risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado, que se subdividiria em álea econômica e álea administrativa.”⁹⁴

⁸⁹ FRANÇA, 2011, *op. cit.* p. 72.

⁹⁰ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 107.

⁹¹ FRANÇA, 2011, *loc. cit.*

⁹² DI PIETRO, *op. cit.* 2017. p. 360

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**: revista atualizada até Emenda constitucional 84, de 02.12. 2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 763-764.

⁹⁴ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p.108.

3.1.4 Álea econômica

A álea econômica corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis que causam um grande desequilíbrio no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão.⁹⁵

Atualmente passamos por uma crise sanitária ante a pandemia de COVID-19, a qual se encaixa perfeitamente no conceito da álea econômica. Segundo Fernando Vernalha Guimarães:

A propagação de uma doença não é em si um fato imprevisível em todos os casos. Mesmo episódios epidêmicos podem adquirir contornos de previsibilidade e gerenciabilidade. Mas a propagação da COVID-19 alcançou uma dimensão pandêmica, caracterizando-se como um evento de efeitos avassaladores, produzindo diversas transformações no comportamento das pessoas e dos mercados.⁹⁶

A pandemia da COVID-19 impactou as interações sociais e produziu consequências não previstas nas mais diversas áreas do mundo todo. Ainda, conforme Fernando Vernalha Guimarães:

Já há registros que permitem a identificação da pandemia da COVID-19 como um evento imprevisível e mundialmente catastrófico, capaz de exigir regimes de exceção em diversos países e produzir disfuncionalidades mercadológicas. Estas disfuncionalidades de mercado podem interferir na cadeia de suprimentos dos contratos de obra, dificultando sua operação e onerando a sua produção. Assim considerada, a pandemia se caracteriza, da perspectiva do regime jurídico dos contratos públicos no Brasil, como uma situação de “caso fortuito e de força maior”, ou como um evento “imprevisível ou de consequências incalculáveis”.⁹⁷

Classificada como uma subdivisão dos riscos extraordinários, a álea econômica “corresponde à aplicação da chamada teoria da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus* às concessões e demais contratações administrativas”.⁹⁸ Nesse mesmo sentido, o Parecer nº. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AG exarado pela Advocacia Geral da União reconheceu que:

salvo disposição contratual em sentido contrário, a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) pode ser classificada como evento de “força maior” ou “caso fortuito”, caracterizando “álea extraordinária” para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes.⁹⁹

⁹⁵ DI PIETRO, 2017, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O impacto da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública**. São Paulo: Cbic, 2020, p.15. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2020/03/LO-CBIC-contratos-de-obra-e-pandemia-sem-o-texto-ii.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁹⁸ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁹ MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. OFÍCIO Nº 3/2020/DEAP/SFPP. **Efeitos da crise provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão**. 2020, p. 9. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020

Para Maria Adelaide de Campos França a álea econômica é definida da seguinte maneira:

Todo evento externo ao contrato, não previsto pelas partes e inevitável, ensejador de um desequilíbrio econômico exacerbado na equação econômico-financeira estabelecido originalmente, é denominado álea econômica. A excessiva onerosidade à continuidade da execução do objeto do contrato causada por álea extraordinária, imprevisível e inevitável, que pode levar a ruína o particular contratado, implica na incidência da antiga cláusula *rebus sic stantibus* que, atualmente, recebeu a nova denominação de teoria da imprevisão, para restabelecer a equação original estabelecida no momento do ajuste entre as partes.¹⁰⁰

A teoria da imprevisão é aplicável a todos os contratos administrativos, porém, é nos contratos de concessões de serviços públicos que se encontra seu principal campo de aplicação”.

101

Odete Medauar discorre sobre a álea econômica e conceitua a teoria da imprevisão da seguinte maneira:

[...], circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contrato; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula *rebus sic stantibus* significa nos contratos de direito privado. Assim, na linha clássica. A imprevisão abria ao contratado direito à indenização, para remediar uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato.¹⁰²

Maria Adelaide de Campos França opina da seguinte maneira sobre a importância da teoria da imprevisão:

A aplicação da teoria da imprevisão é eficiente instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que garante ao particular contratante, num contexto de instabilidade econômica, a manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas ou o ressarcimento pela inexecução contratual.¹⁰³

Desse modo, a álea econômica se relaciona com aqueles riscos que não foram previstos e que alteram o equilíbrio financeiro do contrato, como é o caso da pandemia da COVID-19. A teoria da imprevisão vem para amenizar esses desequilíbrios que possam acontecer, determinando que a Administração pública assumira parte desses riscos com intuito de que o serviço público se mantenha contínuo.

¹⁰⁰ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 20. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016. p. 275.

¹⁰³ FRANÇA, *op cit.*, p. 93.

3.1.5 Álea administrativa

A álea administrativa está diretamente relacionada com os atos praticados pela Administração Pública. Assim, pode-se definir álea administrativa como sendo “atos ou fatos praticados pela Administração Pública que, de alguma forma, possam causar algum tipo de interferência na execução dos contratos administrativos”.¹⁰⁴

Maria Sylvia Di Pietro divide a álea administrativa em três modalidades tal qual descrito abaixo:

A álea administrativa abrange três modalidades:

- a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, [...].
- b) a outra correspondente ao chamado fato do príncipe, [...].
- c) e a terceira constitui o fato da Administração, [...].¹⁰⁵

Segundo Marcos Augusto Perez, a álea administrativa é definida da seguinte forma:

A álea administrativa, por sua vez, corresponderia à garantia pelo poder concedente de dois riscos inerentes a todas as contratações administrativas sem exceção: o risco de modificação unilateral do contrato e o risco de sobreoneração direta ou indireta do contrato, em função do exercício das potestades públicas pelo concedente ou pela entidade pública coletiva por ele representada (a que geralmente se denomina fato da administração e fato do príncipe).¹⁰⁶

Destarte, torna-se importante definirmos cada uma dessas três modalidades da álea administrativa, pois cada uma exibe algumas peculiaridades importantes que devem ser consideradas quando se vai fazer a alocação de riscos nos contratos.

A alteração unilateral é o poder que a Administração possui de alterar o contrato administrativo respeitando os limites impostos pelo interesse público e pela manutenção do equilíbrio financeiro do contrato. Assim, define-se a alteração unilateral do contrato como sendo “o poder que a Administração possui, em razão do interesse público, de modificar unilateralmente o contrato administrativo, compensando o concessionário pelos prejuízos suportados, mediante pagamento de indenização.”¹⁰⁷

Desse modo, “essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁵ DI PIETRO, 2017, *op. cit.*, p. 360.

¹⁰⁶ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁷ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁸ DI PIETRO, 2017. *op. cit.* p. 362.

Já o Fato do Príncipe está ligado “a decisões administrativas alheias ao contrato em si, mas com reflexos indiretos na sua execução, onerando-o sobremaneira”¹⁰⁹. Está relacionado também com a equação do equilíbrio financeiro.

Hely Lopes Meirelles conceitua o fato do príncipe conforme transcrito abaixo:

Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.¹¹⁰

Dessa forma, conforme define Maria Sylvia Zanella Di Pietro “ao celebrar um contrato administrativo, a Administração Pública o faz por meio de suas diferentes personalidades jurídicas, razão pela qual somente fato emanado da mesma autoridade estatal que participa do contrato é que pode ser considerado fato do príncipe.”¹¹¹

O fato da Administração “é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificadamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução.”¹¹²

O fato da Administração tem a mesma ideia conceitual do fato do Príncipe, trata de ato relacionado ao exercício das prerrogativas públicas, mas o fato da Administração difere do fato do Príncipe pois, enquanto esse relaciona-se diretamente com o contrato, aquele é praticado pela autoridade, não como parte no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.¹¹³

Exposto a teoria das áleas, observa-se que ela dividiu os riscos em ordinários e extraordinários e definiu que esses seriam responsabilidade da Administração Pública e aqueles responsabilidade do particular. Uma divisão bastante genérica que muitas vezes dificulta a responsabilização de uma das partes quando não se sabe classificar se o evento é da álea ordinária ou da extraordinária e essa dificuldade implica em algumas instabilidades contratuais.

3.1.6 A instabilidade contratual decorrente da aplicação da teoria das áleas em contratos administrativos de concessão comum

A repartição de riscos decorrente da teoria das áleas, em que os riscos ordinários são responsabilidade do particular e os riscos extraordinários da Administração Pública, acaba

¹⁰⁹ MEDAUAR, 2016, *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁰ MEIRELLES, 2016, *op. cit.*, p. 270.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 280.

¹¹² MEIRELLES, 2016, *op. cit.* p. 270.

¹¹³ DI PIETRO, 2017, *op cit.* p. 362.

sendo uma divisão de riscos bastante genérica, insuficiente frente a todos os cenários de riscos que podem ocorrer durante o longo prazo do contrato de concessão. Assim, a generalidade de como classificar os riscos em relação a divisão proposta pela teoria, gera uma instabilidade que prejudica o andamento, estabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Assim, observa-se que “em um contexto complexo, a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias resta insuficiente para resolver os problemas das complexas concessões de serviço público.”¹¹⁴

Marcos Augusto Perez justifica essa sua opinião com os seguintes argumentos transcritos abaixo:

[...], a teoria das áleas apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público.

A teoria das áleas ordinária e extraordinária, ainda que atenuada de forma apriorística o risco do concessionário, trata do risco somente pelo seu aspecto “profilático”. Dá-se, teoricamente solução para prejuízos já existentes e contabilizados. Não há, de parte dessa teoria, preocupação com a formulação de soluções que previnam o prejuízo, o que, certamente, importaria em grandes vantagens econômicas para a administração pública, para o concessionário e para o usuário.

O que acaba ocorrendo é que, em algumas situações, a aplicação da teoria das áleas ordinária e extraordinária não resulta em solução do problema jurídico concreto, mas ao contrário, gera novos impasses, insegurança e, algumas vezes, cria, até mesmo, novos problemas.¹¹⁵

Egon Bockman Moreira também defende que a teoria das áleas se apresenta de forma muito simplista em relação a complexidade do contrato de concessão de serviços públicos e defende sua tese da seguinte maneira:

O fato é que a teoria das áleas, de cunho simplista, não se presta mais a explicar as complexidades da alocação de riscos contratuais ou extracontratuais no plano dos modernos contratos de longo prazo. A identificação e a avaliação de cada risco no âmbito do contrato, assim como a determinação da responsabilidade sobre os riscos extracontratuais, não devem estar limitadas ou orientadas por categorias genéricas de riscos abstratamente concebidas. Cada risco há de ser diagnosticado e associado concretamente à responsabilidade parcial ou total dos contraentes de acordo com premissas jurídicas e econômicas aplicáveis. A aplicação das complexas matrizes de riscos de contratos de longo prazo, que configura a formação de sua equação econômico financeira, não está limitada pela teoria das áleas, mas por critérios de outra natureza, que consideram as especificidades de cada risco e a repercussão de sua prevenção e materialização no âmbito da economia dos contratos, [...].¹¹⁶

Marcos Augusto Perez ainda argumenta que “há situações concretas que é impossível saber se o desequilíbrio econômico e financeiro da concessão é fruto de situação relacionada ao

¹¹⁴ PEREZ, 2006, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁵ PEREZ, 2006. *op. cit.* p.108.

¹¹⁶ MOREIRA, 2016, *op. cit.*, p. 91.

risco ordinário ou extraordinário, tomando-se por base as balizas da teoria das âleas na contratação administrativa.”¹¹⁷

Em relação a essa dificuldade de classificação em relação a risco ordinário ou extraordinário, Fernando Vernalha Guimarães diz que:

É bastante difícil para não dizer impossível encontrar critérios objetivos e abstratos para diferenciar o previsível do imprevisível, o ordinário do extraordinário, em se tratando de riscos em contratos mais complexos. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de escala de *previsibilidade* a medir os eventos que interferem na execução dos contratos, cuja variável fundamental é a *probabilidade*. Tanto em relação à *natureza* do evento - qualitativamente (im)previsível -, como em relação à sua *intensidade* - quantitativamente (im)previsível -, sua previsibilidade será medida em função da probabilidade de sua ocorrência. Assim, um furacão é um evento improvável de ocorrer no Brasil, retratando uma improbabilidade sob o ângulo qualitativo. Já a ocorrência de chuvas frequentes, não. Mas quando estas atingem índices pluviométricos altíssimos e de modo duradouro, adquirem um status de evento improvável – e aqui se está tratando de uma improbabilidade quantitativa. Em ambos os casos se está diante de um evento em relação ao qual não se poderia exigir das partes contratantes a sua previsibilidade, seja porque a espécie de evento é rara ou de ocorrência muito pouco provável, seja porque, embora ordinário o evento, sua intensidade o torna inesperado.¹¹⁸

Dessa forma, muitas vezes, devido à dificuldade de classificar os riscos em ordinários ou extraordinários, acaba-se deixando lacunas no contrato que dificultam a responsabilização das partes quando esses eventos desfavoráveis não classificados ocorrem, aumentando assim a insegurança jurídica no contrato. Em relação a essas lacunas que aparecem no contrato quando não se sabe como classificar o risco, Egon Bockman Moreira tem a seguinte opinião:

Contratos lacunosos ou dúbios permitem visões discrepantes quanto à assunção dos riscos, o que reflete em discrepâncias na contabilização e provisionamento dos custos necessários para o gerenciamento de riscos. Além disso, fruto dessa carência contratual quanto à alocação precisa dos riscos é a tendência de incremento dos chamados custos de transação. Sem uma demarcação segura dos riscos, os ofertantes tenderão a inevitavelmente incorporar em suas propostas os custos para o seu gerenciamento, com vistas a se proteger contra o risco de responsabilização futura. E o farão sempre sob cenários pessimistas, o que acabará promovendo o encarecimento do contrato.¹¹⁹

Assim, havendo uma lacuna no contrato e não encontrando um consenso de quem deve se responsabilizar pelo evento desfavorável ocorrido, acaba que alguém tem que decidir o imbróglio gerado pela lacuna que dificulta essa responsabilização. Cabe ao Poder Judiciário definir de quem é a responsabilidade em relação a esses riscos. Egon Bockman Moreira discorre que:

De todo modo, é bastante conveniente que os estudos de riscos que orientam a estruturação de projetos de concessão possam oferecer um nível adequado de detalhamento e especificação, evitando-se que suas omissões e obscuridades em

¹¹⁷ PEREZ, 2006. *op. cit.* p.117.

¹¹⁸ GUIMARÃES, 2020, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁹ MOREIRA, 2016, *op. cit.*, p. 92.

relação ao tema possam ampliar excessivamente a insegurança das partes e as chances de litígios - que acaba, inclusive, por deslocar o papel de alocação de riscos ao Poder Judiciário.¹²⁰

A alocação dos riscos pelo Poder Judiciário cria vários prejuízos a tecnicidade do processo de divisão dos riscos, conforme discorre o autor já citado acima:

O deslocamento da função de alocar riscos do gestor do contrato para o juiz acarreta não apenas custos adicionais relacionados ao funcionamento do Poder Judiciário, instado a suprir a insuficiência da regulação contratual, como acaba por desvirtuar a racionalidade da alocação de riscos, que se afigura um expediente fundamentalmente econômico e não tanto jurídico. Nem o juiz é o sujeito capacitado para alocar riscos no plano do contrato, por não ter informações técnicas suficientes para isso (o ponto de observação do juiz não lhe garante acesso ao conjunto de dados e informações necessárias para decidir sobre a alocação mais eficiente em cada caso concreto), nem essa distribuição dos riscos é um expediente a ser realizado à luz de premissas exclusivamente jurídicas. Bem ao contrário, a alocação de riscos deve obedecer a uma racionalidade econômica, que se orienta pelo objetivo de reduzir o somatório de custos envolvidos numa contratação, gerando-lhe maior eficiência. Seu objetivo, por isso, é econômico, não se relacionando com a proteção de direitos de outra natureza. Logo, a alocação de riscos há de ser implementada *ex ante*, pelo administrador público, e não *ex post*, pelo juiz.¹²¹

Desse modo, fazer um estudo da matriz de riscos e definir de maneira objetiva a forma que esses riscos vão ser alocados entre o Poder concedente e o concessionário evita que esses tipos de litígios ocorram e que sejam alocados por meio de sentença judicial que pode demorar anos, o que não é benéfico a nenhuma das partes envolvidas no contrato. Assim, criar critérios objetivos facilita a execução do contrato e evita litígios futuros em relação a lacunas que podem surgir no decorrer do contrato de concessão, em relação a responsabilidade dos riscos.

3.2 AS INOVAÇÕES NO TRATAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS TRAZIDAS PELA LEI N° 11.079/04 – LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei n° 11.079/04 foi editada com o objetivo de buscar novos investimentos privados para suprir a insuficiência de recursos públicos para realização de projetos de infraestrutura que viabilizassem a prestação de serviços públicos com qualidade. Assim, foi necessário fazer algumas inovações na legislação em relação à alocação de riscos tendo em vista os reflexos destes na responsabilização das partes no contrato. Pretende-se, nessa parte do trabalho, analisar as mudanças trazidas pela Lei n° 11.079/2004.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹²¹ MOREIRA, 2016, *op. cit.*, p. 94.

3.2.1 A alocação objetiva dos riscos

A alocação objetiva dos riscos é uma das novidades trazida pela Lei n° 11.079/04 como diretriz fundamental das Parcerias Público-Privadas e como cláusula essencial nesses tipos de contrato. Fernando Vernalha Guimarães cita que:

A repartição objetiva de riscos entre as partes é uma das diretrizes a ser observada no contrato de parceria público-privada (Lei n.11.079/04, art.4º, inc.VI), devendo integrá-lo como cláusula essencial (Lei n. 11.079/04, art.5º, inc. 3º), e vem sendo apontada como importante instrumento regulatório e implementador da eficiência nos contratos de parceria público-privada.¹²²

Maria Adelaide de Campos França também discorre sobre essa novidade legislativa que a Lei n° 11.079//04 trouxe em relação a repartição dos riscos:

A referência da lei à natureza objetiva da repartição dos riscos nos contratos estruturados sob o regime de parceria público-privada remete à ideia de que **os riscos serão repartidos entre as partes contratantes de acordo com o objeto do contrato, independentemente de aspectos subjetivos de cada qual.** Assim, num primeiro momento, possível entender-se que essa objetividade implica na alocação de riscos entre os parceiros sem levar em conta a personalidade ou o regime jurídico, público ou privado, de cada um dos parceiros, interpretação que poderia sugerir que o parceiro público assume determinados riscos nesse tipo de contratação despido de sua condição estatal, igualando-se ao parceiro privado. (*grifou-se*)¹²³

Essa alocação objetiva dos riscos é um método antagônico à técnica de alocação de riscos nas concessões comuns, porque a adoção da teoria das áleas como diretriz exclusiva para orientar a alocação de riscos passou a receber muitas críticas, uma delas, por a teoria das áleas ser muito genérica, subjetiva, pecando na abstração quando seria mais eficiente uma alocação mais específica, detalhada, priorizando o compartilhamento determinado dos riscos entre as partes.¹²⁴

Fernando Vernalha Guimarães ainda discorre que “a repartição de riscos deve estar orientada pela certeza e objetividade necessárias a eliminar ou minorar as dúvidas e obscuridades na delimitação dos riscos e mesmo na sua alocação e partilha à responsabilidade das partes.”¹²⁵

Dessa forma, “com o amadurecimento do assunto, em especial após a edição da Lei Geral das PPPs (Lei n° 11.079/2004), ganhou prestígio a cultura por matrizes de risco mais bem elaboradas e melhor detalhadas”.¹²⁶

¹²² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, pp.157-171, out/dez. 2008(b), p. 158.

¹²³ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 68.

¹²⁴ GUIMARÃES, 2018, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁵ GUIMARÃES, 2017, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁶ GUIMARÃES, 2018, *op. cit.*, p. 22.

Para seguir essa diretriz de alocação objetiva dos riscos, a Lei n° 11.079/2004, definiu no art. 4°, inciso I, que essa alocação deve se orientar pela eficiência, que também é uma diretriz que os contratos de PPPs devem seguir, conforme discorre Fernando Vernalha Guimarães:

Para além desta limitação, o desenho da matriz de riscos dos contratos de PPP deve orientar-se pela eficiência. Isto é: o contrato de PPP deve prestigiar uma alocação eficiente dos riscos, o que se extrai do inciso I do art. 4° da Lei 11.079/2004. Esse, na verdade, é o objetivo natural de toda a alocação de riscos: calibrar o nível de eficiência de uma contratação. Ao distribuir os riscos de acordo com a aptidão de cada parte para gerenciá-los a custos mais baixos do que a outra, alcança-se a redução do somatório de custos envolvidos na PPP, promovendo-se ganhos de eficiência. Além disso, é mediante a alocação (e integração) de riscos que se obtém um desejável alinhamento de incentivo otimizando-se a eficiência contratual.¹²⁷

Observa-se que, “o direito não apenas cuidou de limitar objetivamente a alocação de riscos ao associar certos riscos à responsabilidade do parceiro público, mas impôs uma diretriz de eficiência a orientar o conteúdo daquela alocação.”¹²⁸

Já no artigo 5° da Lei 11.079/04, inciso III, prevê que a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária e sobre isso Maria Adelaide de Campos França faz uma análise sobre a alocação objetiva dos riscos conjuntamente com o art. 4°, inciso VI:

Nos termos dos artigos 4°, inciso VI, e 5°, inciso III, da Lei n° 11.079/04, as partes contratantes deverão definir, de maneira adequada e razoável, no próprio instrumento de contrato, os riscos que cada uma deverá assumir caso ocorram eventos imprevisíveis ou previsíveis, porém com resultados inesperados e incalculáveis, ou ainda inevitáveis. Ou seja, a lei delega ao contrato a repartição objetiva dos riscos entre os parceiros, permitindo que haja previsão de alocação de riscos caracterizados pela imprevisibilidade e/ou inevitabilidade.¹²⁹

Percebe-se, através da análise feita acima, que as partes devem definir de forma adequada e razoável os riscos que cada parte deve assumir. Além disso, a Lei 11.079/04 prevê a divisão dos riscos oriundos da álea extraordinária conforme observa a autora supracitada:

Vale observar que o rol de áleas indicado no artigo 5°, inciso III, da Lei n° 11.079/04, não é taxativo, pois possibilita que seja incluída, no instrumento do contrato de parceria público-privada, qualquer outra que possa significar risco à execução de seu objeto, e permite à Administração Pública repartir com o parceiro privado qualquer risco decorrente de álea extraordinária.¹³⁰

Nota-se que essa possibilidade de repartição objetiva dos riscos em relação a álea extraordinária é uma novidade da Lei 11.079/04, pois nas concessões comuns os riscos da álea extraordinária ficam sob responsabilidade da Administração Pública e não há previsão na Lei n° 8.987/95 de repartição dos riscos oriundos dessa álea.

¹²⁷ GUIMARÃES, 2017, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹²⁹ FRANÇA, 2011, *op. cit.*, p. 69.

¹³⁰ FRANÇA, *loc. cit.*

Outra observação importante é que a lei não define critérios objetivos de como fazer essa alocação objetiva dos riscos, apenas diz que a divisão deve seguir algumas diretrizes e dentre elas a da eficiência. Dessa forma, pode notar que a alocação objetiva dos riscos é de suma importância, ainda mais para projetos de PPPs que tenham longo prazo contratual. Fernando Graeff APUD Comissão Europeia discorre que “a alocação eficiente do risco tem um impacto financeiro direto sobre o projeto, já que resultará em menor custo global e, dessa forma, propiciará melhor vantagens socioeconômicas em comparação com métodos tradicionais.”¹³¹

Fernando Graeff ainda cita que “é necessário que essa alocação seja feita de forma racional, seguindo técnicas pré-definidas, pois deve haver coerência entre a alocação eficiente do risco e o estudo de viabilidade econômica financeira do projeto.”¹³²

Esses critérios e técnicas pré-definidas devem estar baseadas no princípio da eficiência e envolvem regras tanto de caráter jurídico quanto de caráter econômico. Esses critérios serão estudados no próximo tópico.

3.2.2 Os novos critérios para a alocação objetiva dos riscos

Nas concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, a alocação de riscos, se dá “por conta e risco” do concessionário. Com o advento da Lei nº 11.079/2004, que trouxe duas novas modalidades de concessão – a patrocinada e a administrativa -, trouxe também diretrizes, que devem ser observadas na elaboração desses novos contratos de concessão denominados de Parcerias Público-Privadas: PPPs. A alocação objetiva de riscos é uma dessas diretrizes que devem ser seguidas para elaboração desses contratos, uma vez que, essa alocação está diretamente ligada com a eficiência contratual, conforme já foi visto. Dessa forma, criou-se novos critérios teóricos para fazer essa divisão objetiva dos riscos entre as partes – Administração Pública e entes particulares - baseando-se em teorias principalmente das áreas econômica e jurídica.

Fernando Vernalha Guimarães lembra que “a repartição de riscos em contratos de Parceria Público-Privada será guiada por uma diretriz de eficiência. Isso significa que a Administração deverá buscar a matriz mais eficiente possível, o que levará em consideração a capacidade de cada parte para gerenciar adequadamente o risco.”¹³³

Esses critérios visam identificar a parte que tem melhor condição de administrar os riscos identificados para o serviço público a ser concedido. “A alocação correta dos riscos do

¹³¹ GRAEFF, 2011, *op. cit.* p. 8.

¹³² GUIMARÃES, 2017, *op cit.* p. 14

¹³³ GUIMARÃES, 2017. *op cit.* p. 14.

empreendimento é fundamental para o sucesso da empreitada, uma vez que a distribuição desses fatores pode permitir que o negócio se torne mais ou menos eficiente, tanto do ponto de vista da economicidade quanto da qualidade do serviço oferecido aos usuários.”¹³⁴

Sobre a administração dos riscos Fernando Vernalha Guimarães tem o seguinte entendimento:

A capacidade de administrar o risco envolve a aptidão não apenas para conhecer o risco, mas especialmente para (i) reduzir a probabilidade de sua ocorrência e (ii) minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização. A capacidade, portanto, de controlar a ocorrência do risco e, ainda, a capacidade de minorar os prejuízos derivados de sua materialização serão simultaneamente consideradas para o efeito da alocação e partilha da responsabilidade sobre o risco. Essa alocação nem sempre é simples e dependerá da análise de cada risco no caso concreto.¹³⁵

Afim de que esses riscos sejam administrados da maneira mais eficiente possível, “a doutrina definiu quatro critérios básicos para alocação dos fatores de risco, sendo os dois primeiros de caráter principal e os dois últimos de natureza acessória; em realidade, corolários dos dois primeiros.”¹³⁶

O primeiro critério para alocação dos riscos é “que o risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer.”¹³⁷

Pedro Henrique dos Reis Silva faz a seguinte análise em relação ao critério citado acima:

Fica nítida a noção de eficiência econômica com o trecho transcrito acima: não faz sentido alocar um determinado risco a um contratante, se a outra parte contratual consegue, a um custo menor, evitar que o evento indesejável ocorra (ou adotar práticas que favoreçam a ocorrência de eventos positivos).¹³⁸

Assim, “esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotarem ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou de incentivarem a ocorrência dos eventos desejáveis.”¹³⁹

¹³⁴ PEREIRA, 2014, *op. cit.*, p.18.

¹³⁵ GUIMARÃES, 2017. *op cit.* p. 14.

¹³⁶ PEREIRA, 2014, *op. cit.* p. 18.

¹³⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. **A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do estado de São Paulo**. 2016, p. 4. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeicoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁸ SILVA, Pedro Henrique dos Reis. **A distribuição de riscos em concessões florestais: uma análise econômico-jurídica dos riscos recorrentes do inventário florestal amostral**. 2014. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Fundação Getúlio Vargas. 2014, p. 41. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13900/TCC%20PEDRO%20HENRIQUE%20DO%20S%20REIS%20SILVA.pdf> Acesso em: 20 jan. 2020

¹³⁹ RIBEIRO, 2016. *op. cit.* p. 4.

O segundo critério, nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro seria “ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize.”¹⁴⁰

Maurício Portugal ainda dá um exemplo prático da aplicação desse critério de alocação de riscos:

Nas concessões rodoviárias, geralmente é risco do concessionário eventuais acidentes com cargas perigosas. Decerto que o concessionário pode praticar alguns atos para prevenir a ocorrência de acidentes, como, por exemplo, manter as rodovias em boas condições, com sinalização adequada, disponibilizar batedores para acompanhar os caminhões que transportam esse tipo de carga etc. 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.¹⁴¹

Marcos Barbosa Pinto também considera esses dois critérios como os principais para alocação dos riscos e os chamou de primeira diretriz a ser seguida para a divisão dos riscos e o autor sintetiza o conceito desses dois critérios conforme transcrito abaixo:

[...], os riscos de uma PPP devem ser alocados para a parte que puder, a um custo mais baixo, reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Normalmente, essa parte é aquela que tem maior controle sobre os riscos em questão ou sobre suas consequências.¹⁴²

O terceiro critério diz respeito a capacidade das partes de externalizar o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis. 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.¹⁴³

Segundo Pedro Henrique dos Reis Silva externalizar um custo significa repassar esse custo a alguém específico, para que esse alguém arque com esse prejuízo, se esse evento desfavorável acontecer.¹⁴⁴ É o caso de fazer um contrato de seguro para o caso de um evento desfavorável ocorrer ao empreendimento.

Marcos Barbosa Pinto considera essa terceira diretriz como a mais controversa e justifica isso da seguinte maneira:

Em tese, se uma das partes pode obter seguro contra determinados riscos a um custo mais baixo, deveríamos atribuir a ela esses riscos. Todavia, a comparação de prêmios de seguro é difícil nas PPPs, pois o Estado raramente contrata seguro, dado o tamanho de seu patrimônio e a diversidade de suas atividades. Esse fato poderia levar-nos à conclusão – equivocada – de que o Estado suporta riscos melhor do que o setor privado. Porém, isso não é necessariamente verdade. Do fato de que o Estado não

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴² PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 13, p. 155-182, 2006, p. 168.

¹⁴³ RIBEIRO, 2016, *op. cit.* p. 6.

¹⁴⁴ SILVA, 2014, *op. cit.* p. 42.

paga prêmios de seguro não se pode concluir que seu “auto-seguro” é mais barato do que um seguro correspondente contratado por uma empresa privada.

Analiticamente, podemos dividir o prêmio cobrado pelas seguradoras em duas partes: uma parte destinada a compensar as indenizações pagas em caso de sinistro e outra destinada a cobrir suas despesas administrativas. Ao praticar o auto-seguro, o Estado economiza as últimas, mas não as primeiras, pois continua suportando o risco em sua integridade. Segue que o custo do auto-seguro para o Estado pode ser mais alto do que o custo de um seguro correspondente na iniciativa privada.

Para tanto, basta que o custo esperado de uma determinada alocação de risco seja maior para o Estado do que para o setor privado. Ora, sabemos que o custo esperado de uma alocação de risco para o Estado tende a ser maior por sua capacidade de externalizar perdas, já que essa capacidade retira-lhe os incentivos econômicos para minimizar custos. Logo, é provável que o auto-seguro do Estado custe mais do que um seguro correspondente para o parceiro privado, não obstante a economia com despesas administrativas.¹⁴⁵

E o quarto e último critério diz que, se, contudo, o parceiro privado não puder encontrar cobertura securitária no mercado, ele, para se resguardar do risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo com esses eventos. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários estarão pagando pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário no qual ele não ocorra.¹⁴⁶

Ensina Marcos Pinto Bandeira sobre esse quarto e último critério o seguinte:

A quarta diretriz é uma regra prudencial. Sempre que não for claro qual é a alocação de riscos mais eficiente, devemos alocar os custos para a parte sobre a qual eles recaem naturalmente. A razão subjacente a essa diretriz é simples: é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las. Desta forma, evitam-se os custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como o custo de fiscalizar se o prejuízo é mesmo compensável, o custo de determinar o montante da perda e o custo de eventuais compensações indevidas resultantes de comportamento oportunista.¹⁴⁷

Por fim, Pedro Henrique dos Reis Silva faz a seguinte conclusão sobre o quarto critério de alocação de riscos:

Portanto, mediante aplicação desse quarto critério, quando estivermos diante de uma situação na qual seja impossível identificar a parte com melhores condições de evitar a ocorrência do evento indesejável, ou com melhores condições de remediar o dano, considerando a inexistência de cobertura securitária para o caso, a solução é atribuir o risco à Administração Pública.¹⁴⁸

Esses critérios não são absolutos, foram propostos para balizar as decisões sobre a divisão dos riscos entre as partes. Eles devem ser utilizados conforme a especificidade da Parceria Público-Privada em discussão. Vale ressaltar que a tarefa de identificar os riscos que permeiam o contrato é bastante difícil e o nível de detalhamento desses riscos afetam consideravelmente o custo do contrato. Então, mesmo com um nível de detalhamento grande

¹⁴⁵ PINTO, 2006, *op. cit.* p. 168.

¹⁴⁶ RIBEIRO, 2016, *op. cit.* p. 6.

¹⁴⁷ PINTO, 2006, *op. cit.* p. 170.

¹⁴⁸ SILVA, 2014, *op. cit.* p. 45.

dos riscos e de sua devida alocação, há sempre a possibilidade de que ocorram eventos desfavoráveis que não foram identificados na fase de identificação e que quando acontecerem terão que ser alocados extracontratualmente conforme se verá a seguir.

3.2.3 O tratamento dos riscos não alocados contratualmente - riscos extracontratuais

Identificar todos os eventos desfavoráveis que podem ocorrer durante o período do contrato da Parceria Público-Privada é bastante difícil e financeiramente inviável. Fernando Varnalha Guimarães discorre:

[...], por mais que se pretenda alcançar um nível avançado quanto ao detalhamento do catálogo de riscos e de sua alocação, é obviamente inviável esgotar no plano do contrato todo o repertório de eventos potencialmente lesivos à esfera das partes. Daí surge a necessidade de o direito oferecer critérios e parâmetros para o arbitramento da responsabilidade sobre os riscos extracontratuais.¹⁴⁹

Os riscos extracontratuais seriam aqueles eventos desfavoráveis que não foram identificados na fase de detalhamento dos riscos e por consequência não foram alocados a nenhuma das partes. Dessa forma, num cenário de ausência de delimitação contratual acerca da responsabilidade sobre certos riscos – a compreensão sobre se o evento em questão está ou não albergado em determinada categoria de risco delimitado pelo contrato nem sempre é simples – será necessário encontrar na legislação critérios para orientar essa nova divisão dos riscos não previstos.¹⁵⁰

A Lei n.º 8.987/95 e a Lei n.º 11.079/04, em seus textos, não trouxeram qualquer regramento para tratar os riscos extracontratuais. Dessa forma, usa-se a Lei de licitações – Lei n.º 8.666/93 de forma subsidiária para solucionar esse problema. O art. 65, alínea “d” do inciso II, traz o seguinte texto em relação a esse assunto:

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 álea econômica extraordinária e extracontratual.

¹⁴⁹ GUIMARÃES, 2017. *op. cit.* p. 23.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 24.

Fernando Vernalha Guimarães discorre o seguinte sobre a regra que a Lei de licitações traz em relação a alocação dos riscos extracontratuais:

Observe-se que essa regra visa a tutelar uma situação própria de risco extracontratual, desconsiderado pelo contratado ao tempo da contratação. O objetivo do legislador parece ter sido precisamente o de desestimular, nas propostas oferecidas na licitação, a precificação de situações de risco cujo controle pelos interessados é impossível ou bastante limitado. A finalidade é desonerar as propostas desses custos, transferindo-se a responsabilidade de gerenciamento desses riscos à Administração. Essa orientação está alinhada com a premissa fundamental costumeiramente utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos complexos e de longo prazo, como as concessões e as PPPs, a qual recomenda alocar o risco à parte que detém melhores condições para o seu gerenciamento, donde se extrai a exegese de que riscos que não possam ser adequadamente gerenciados pelo parceiro privado devem ser retidos pelo parceiro público. Como esses riscos serão aqueles considerados imprevisíveis (e extracontratuais), o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, fazendo sentido, portanto, que sejam eles alocados à responsabilidade do parceiro público.¹⁵¹

Conclui-se a partir desse regramento trazido pela lei de licitações que esses riscos extracontratuais e imprevisíveis devem ser alocados à Administração Pública, pois, em um cenário que esses riscos ocorram, o ente Público tem melhores condições de administrar a situação do que o ente privado.

3.2.4 A alocação de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Como foi visto até aqui, percebe-se que a elaboração de um contrato de uma Parceria Público-Privada é algo bastante complexo. A Lei nº 11.079/2004 trouxe várias diretrizes que essas parcerias devem seguir e definiu várias cláusulas obrigatórias que devem aparecer no contrato dessa parceria. Dentre essas cláusulas, uma que defina a responsabilidade das partes caso ocorram eventos desfavoráveis ao longo prazo de duração desse contrato. Maria Adelaide de Campos França cita que:

Nos termos da Lei nº 11.079/04, o parceiro privado pode assumir os riscos decorrentes de qualquer álea extraordinária se detiver maior aptidão de absorver os prejuízos eventualmente decorrentes; porém, não obstante essa assunção, **no momento em que a alteração contratual, decorrente de álea extraordinária, imprevista e imprevisível, implicar em sua oneração excessiva**, a ponto de refletir, de forma significativa, na execução do objeto contratado, colocando em risco o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada, **o parceiro público deve intervir no sentido de recompor a equação originalmente acordada para evitar a rescisão do contrato.** (*grifou-se*)¹⁵²

¹⁵¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias Públicos-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 238.

¹⁵² FRANÇA, 2011, *op. cit.* p. 138.

A identificação dos riscos do empreendimento e a elaboração da matriz de riscos é feita previamente e apresentada no edital de licitação para conhecimento dos participantes do certame. Anna Carolina Migueis Pereira discorre que:

Se a distribuição dos riscos do empreendimento for feita de forma prévia e detalhada, já definida na matriz de riscos constantes no edital da licitação, os concorrentes e a própria Administração Pública já estarão cientes dos riscos que assumirão e poderão precificar os valores necessários ao seu gerenciamento nas propostas que ofereçam.¹⁵³

Dessa forma, os participantes do processo licitatório já elaboram suas propostas tendo conhecimento dos riscos que serão por eles assumidos. Assim Anna Carolina Migueis Pereira cita que:

[...], se o próprio edital da concessão/PPP já traz os riscos que devem ser suportados por cada parte, a princípio não haveria necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em caso de ocorrência de algum dos eventos danosos já disciplinados pelo contrato, uma que os custos atinentes a seu gerenciamento já teriam sido considerados na proposta apresentada pelo parceiro privado.¹⁵⁴

Idealizando um cenário, em que todos os riscos possíveis para o empreendimento fossem identificados juntamente com as consequências desses eventos, não haveria de se falar em desequilíbrio contratual, pois todos os eventos já teriam sido precificados. Porém, na realidade, é impossível identificar a totalidade de eventos desfavoráveis e suas consequências num empreendimento dessa complexidade e de longo prazo. Anna Carolina Migueis Pereira discorre que:

O contrato de concessão/PPP será sempre um contrato incompleto, por mais extenso e detalhado que seja. Ao longo de sua execução, ocorrerão mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas e jurídicas que seriam impossíveis de ser previstos quando de sua celebração e que necessariamente impactarão na avença, fazendo com que seja necessária sua revisão.¹⁵⁵

Flávio Amaral Garcia discorre também, nesse mesmo, sentido em relação a dificuldade de identificação de todos os riscos que interferem no cenário de planejamento de uma PPP:

Mas a contratualização dos riscos não é suficiente para solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos concessionais. A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes.

[...]

Estes contratos duradouros são dotados de lacunas e de uma plasticidade aberta, porquanto estão permanentemente sujeitos a ocorrência de variáveis supervenientes que, simplesmente, não podem ser previstas ou mesmo calculadas. O planejamento racional e adequado na modelagem das concessões e, principalmente, uma alocação de riscos objetiva e eficiente é determinante para o êxito de um contrato concessional,

¹⁵³ PEREIRA, 2014, *op. cit.* p. 22.

¹⁵⁴ PEREIRA, 2014, *op. cit.* p. 23.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, p. 24.

mas não é suficiente para esgotar as infundáveis questões que podem se suceder durante a sua execução.

[...]

A alocação contratual de riscos resolve muitos, mas não todos os problemas dos contratos concessionais, sendo rigorosamente impossível calcular, de antemão, a extensão de todos os efeitos dos riscos e as suas consequências para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁵⁶

Esses eventos desfavoráveis podem causar desequilíbrios desproporcionais ao contrato inicialmente assinado. Por isso, a matriz de riscos, definida em fase prévia ao processo de licitação, é muito importante, pois ela tem relação direta com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Flávio Amaral Garcia ainda ensina que:

Mesmo contratos complexos, como são as concessões e parcerias público-privadas, guardam uma relação de equivalência e equilíbrio dinâmico que deve ser preservada e mantida ao longo da duradoura relação, fundada, principalmente, no comportamento recíproco de boa-fé que deve pautar as condutas dos parceiros, com a finalidade de manter a estabilidade contratual, objetivo comum que une solidariamente os interesses de contratante e contratado.

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto.¹⁵⁷

Assim, considerando os interesses tanto do ente público quanto o ente privado, partindo do pressuposto que houve o desequilíbrio na relação inicial pactuada, Maria Adelaide de Campos França discorre que:

O parceiro privado tem o direito de invocar seu direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que, contratualmente, tenha assumido o risco pela álea que o gerou. Em contrapartida, o parceiro público tem o dever de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato de parceria público-privada, em defesa dos interesses da coletividade, a fim de, por exemplo, evitar a descontinuidade na prestação de um serviço público essencial.¹⁵⁸

A COVID-19 é um exemplo de evento desfavorável que causou desequilíbrio econômico-financeiro em inúmeras relações contratuais dentre eles contratos públicos. Segundo Pironti et al.:

A pandemia tem trazido profundas consequências financeiras para os contratos, como aumento do valor de insumo vinculados ao dólar ou em vista do decréscimo da demanda no mercado; ausências de empregados ocasionando contratações

¹⁵⁶ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Fórum, 2016, pp. 109-124, p. 113.

¹⁵⁷ GARCIA, 2016, *loc. cit.*

¹⁵⁸ FRANÇA, 2011, *op. cit.* p. 138.

extraordinárias e de alto impacto financeiro, ou ainda, pagamento de horas extraordinárias para manutenção da atividade dentre outros.¹⁵⁹

Assim, “o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente das consequências da COVID-19 que onerem as empresas contratadas, quando efetivamente demonstrado, impõe a revisão de valores pela Administração Pública”.¹⁶⁰ Fernando Varnalha Guimarães discorre que:

Trata-se de reconhecer que os contratados que demonstrarem que decorrências desta pandemia acarretaram agravos econômicos e financeiros à execução dos contratos administrativos e obra terão direito à integral recomposição da sua equação econômico-financeira. Para isso, caberá ao contratado demonstrar o nexo de causalidade entre a pandemia e os ônus econômicos ou financeiros experimentados, assim como delimitar a sua repercussão na estrutura de custos do contrato.¹⁶¹

Dessa forma, ocorrido o desequilíbrio econômico financeiro do contato em decorrência de um evento desfavorável ou da consequência da ocorrência desse evento não ter sido prevista e comprovando-se que houve prejuízos nos interesses da Administração Pública e/ou do ente privado, é cabível a revisão do contrato para estabelecer novamente a condição inicial pactuada, deixando novamente equilibrada a equação econômico-financeira do contrato.

¹⁵⁹ PIRONTI, Rodrigo, et al (org.). **COVID-19: reflexos e implicações nas contratações públicas - impactos para o público e o privado**. Curitiba: Pironti Advogados, 2020, p. 13. Disponível em: <https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁶⁰ PIRONTI, 2020, *op. cit.* p. 13.

¹⁶¹ GUIMARÃES, 2020. *op. cit.* p. 15.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar como se deu a mudança de tratamento na alocação de riscos da Lei nº 8.987/95 para a Lei nº 11.079/04 e o que essa mudança acarretou ao sistema jurídico pátrio em relação à concessão de serviços públicos, pode-se observar que no desenvolvimento político-econômico, o Brasil sempre utilizou o instituto de transferir uma responsabilidade do Estado para os particulares executarem um serviço ou gerir algum bem. Mesmo antes desse instituto ser intitulado como concessão e mesmo sem ter uma lei específica que regulasse o assunto. Apenas depois da promulgação da Constituição de 1988 foi editada uma lei específica para regular a concessão de serviços públicos - a Lei nº 8.987/95.

Por alguns anos, a Lei nº 8.987/95 supriu a carência do Brasil em investimentos, nas áreas em que o Estado não dispunha de recursos para prestar os serviços públicos com eficiência e qualidade. Porém, constatou-se com as experiências adquiridas com esses contratos de concessão comum, que algumas regras oriundas dessa lei, tornaram-se não tão atrativas aos investidores privados, principalmente em relação às que tratavam da divisão de riscos, que se dá “por conta e risco” do concessionário. Assumir uma obrigação junto ao Estado se tornou um negócio muito arriscado frente às garantias que o próprio Estado fornecia. Assim, a solução pensada, conforme demonstrado nesse trabalho, foi nova opção que fosse atrativa para os investidos e ao mesmo tempo tornasse o negócio mais seguro, jurídica e economicamente, frente aos riscos assumidos por esses concessionários.

Portanto, o surgimento da Lei nº 11.079/04 atualizou o instituto da concessão trazendo duas novas espécies: a patrocinada e a administrativa. Além disso, trouxe novas diretrizes e cláusulas obrigatórias que inovaram a forma como os contratos de concessão devem ser elaborados. Dentre essas mudanças, a alocação objetiva dos riscos. Essa foi umas das principais mudanças em relação a Lei nº 8.987/95, pois a alocação objetiva dos riscos mudou a concepção tradicional do “por conta e risco” do concessionário trazendo elementos que impulsionaram a revisão dessa teoria.

A mudança na forma como os riscos são alocados deu mais segurança jurídica e econômica aos investidores, na medida em que, esses projetos necessitam de um estudo detalhado, identificando os riscos e vendo qual a parte que tem as melhores condições de gerenciá-los. Pode-se observar com clareza, que houve uma mudança no tratamento dos riscos da Lei nº 8.987/95 para a Lei 11.079/2004. A primeira trazia uma ideia de divisão de riscos mais aberta, genérica, abstrata e que dá margem para interpretações oportunistas. Já em relação a Lei 11.079/04, a divisão de riscos se tornou algo mais técnico, objetivo e flexível. Isso deu ao

Poder Público e aos particulares a possibilidade de alocar os riscos - inclusive referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária -, mais autonomia a esses entes na elaboração dos contratos. Isso, conforme visto no trabalho, não era previsto na Lei das Concessões Comuns - Lei nº 8.987/94.

Portanto, a Lei das Parcerias Público-Privadas não só atualizou o ordenamento jurídico como trouxe também novas regras e mecanismos para dar maior flexibilidade e segurança jurídica e econômica nessa relação entre o Estado e particulares. Junto com essas mudanças, a Lei nº 11.079/04 também aumentou o grau de exigências do Poder Público, em relação a expertise e tecnicidade na elaboração desses contratos. Agora há necessidade de se prever o maior número de riscos que permeiam esse contrato e alocar esses riscos identificados conforme critérios pautados na eficiência e economicidade.

Além do exposto, pode-se também notar que, nesse processo evolutivo da alocação dos riscos, a Lei nº 11.079/2004 preocupou-se também em garantir que os particulares mantivessem o direito à manutenção das condições em que o contrato foi assinado. A ocorrência desses eventos desfavoráveis afeta essas condições iniciais e pode desequilibrar a relação contratual. Então, com o prévio conhecimento dos riscos e das responsabilidades que cada parte se submete, fica mais claro para elas do que elas devem fazer para se prevenir e evitar que esses eventos. Na Lei nº 8.987/94 esse mecanismo de equilíbrio não era claro, pois a forma que os riscos eram divididos era muito abstrata e a identificação da parte responsável por administrar esses eventos desfavoráveis deixava complexo demais identificar qual lado pendia mais o desequilibrado.

De modo geral, essas mudanças na forma alocação dos riscos pautada na eficiência e economicidade foram uma evolução importante, principalmente por abrir novas alternativas de investimento em áreas que o Poder Público não tem recursos para realização de grandes obras de infraestrutura imprescindíveis à viabilização de prestação de serviços públicos com qualidade. Cabe destacar ainda, que a Administração Pública tem dificuldades para elaborar e desenvolver projetos das Parceria Público-Privadas, acredito que seja pelo aumento da complexibilidade, tecnicidade e estudo que a montagem de uma PPP necessita.

Por fim, é importante fazer uma consideração em relação a pandemia da COVID-19. Ainda é impossível mensurar todos impactos que a pandemia causará nas interações sociais e econômicas. O que podemos dizer é que, necessariamente, haverá alterações nessas relações, dentre elas nos contratos administrativos. A pandemia evidenciou a necessidade de se ter contratos bem elaborados e com uma matriz de riscos bem definida frente a esses eventos desfavoráveis. Acredito que, como reflexo da pandemia, os contratos exigirão um detalhamento

ainda maior em relação à matriz de riscos, principalmente em relação a esses eventos desfavoráveis que desencadeiam uma série de consequências difíceis de se mensurar na totalidade e assim ocasionando a necessidade de se refazer as condições iniciais às quais esses contratos foram firmados.

5 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

CARVALHO, Daniel Bulha de. A equidade na alocação dos riscos em concessões de serviços públicos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p.1-6, 18 maio 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011, 170 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, USP, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-14052012-162009/pt-br.php>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 39, n. 1, p. 25-45, 2008.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Fórum, pp. 109-124, 2016.

GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus**. 2011, 39 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em controle externo, área da regulação) - Tribunal De Contas Da União (TCU). Brasília, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. 2007. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada: Caracterização dos Tipos Legais e Aspectos Nucleares de seu Regime Jurídico**. 2008(a), 598 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2008. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16949/Microsoft%20Word%20-%20Parceria%20P%C3%ABlicoPrivada%20TESE%20Fernando%20Vernalha%20Guimar%C3%AAs.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 dez. 2019

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, pp.157-171, out/dez. 2008(b).

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: parceria público-privada**. São José dos Campos: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias Públicos-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas: O guia do gestor público**. Brasília: Cbic, 2016(a), 98 f. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 89-108, 2016(b)

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 14 dez. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha et al. **Distribuição de riscos nas concessões rodoviárias**. Brasília: CBIC, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O impacto da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública**. São Paulo: Cbic, 2020. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2020/03/LO-CBIC-contratos-de-obra-e-pandemia-sem-o-texto-ii.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo: Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**: revista atualizada até Emenda constitucional 84, de 02.12. 2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, pp. 763-764, 2015.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. OFÍCIO Nº 3/2020/DEAP/SFPP. **Efeitos da crise provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão**. 2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020

MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.174-195, 2005.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n 22, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompletude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps>. Acesso em: 13 dez 2019

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP**: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil. Associação Nacional dos Procuradores do Estado e do DF, 2014. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-68-AUTORA-Anna-Carolina-Miguis.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

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

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 13, p. 155-182, 2006.

PIRONTI, Rodrigo, et al (org.). **COVID-19**: reflexos e implicações nas contratações públicas - impactos para o público e o privado. Curitiba: Pironi Advogados, 2020. Disponível em: <https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do estado de São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeicoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SILVA, Pedro Henrique dos Reis. **A distribuição de riscos em concessões florestais**: uma análise econômico-jurídica dos riscos recorrentes do inventário florestal amostral. 2014. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Fundação Getúlio Vargas. 2014. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13900/TCC%20PEDRO%20HENRIQUE%20DOS%20REIS%20SILVA.pdf> Acesso em: 20 jan. 2020

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público–privadas. In: **Parcerias Público-Privadas**. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2005.