

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

André Almeida Villani

**COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA E EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Belo Horizonte

2021

André Almeida Villani

**COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA E EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na Linha de Pesquisa 1: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, Área de Estudo P-04 – Direito e Administração Pública, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Administração Pública.

Orientadora: Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

V716c Villani, André Almeida

Compartilhamento de ganhos de eficiência e equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público e parcerias público-privadas [manuscrito] / André Almeida Villani.-- 2021.

206 f.: il.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 192-206.

1. Direito administrativo - Brasil - Teses 2. Administração pública - Brasil - Teses 3. Contrato público 4. Parceria público-privada 5. Eficiência (serviço público) - Teses I. Silva, Cristiana Maria Fortini Pinto e II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito III. Título

CDU: 35.712(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Secretaria de Pós-Graduação

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO / TESE

Aos vinte e seis dias do mês de agosto de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (UFMG) e Prof. Dr. Marcos Augusto Perez (USP), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do Bel. **ANDRÉ ALMEIDA VILLANI**, matrícula nº 2019659250, intitulada: "COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora do candidato, Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Marcos Augusto Perez e Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado final: **APROVADO**, com nota 100.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2021.

Assinatura dos membros da banca examinadora:



Documento assinado eletronicamente por Florivaldo Dutra de Araujo, Professor do Magistério Superior, em 10/09/2021, às 15:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 0956031 e o código CRC D1CF698A.

Referência: Processo nº 23072.246723/2021-48

SEI nº 0956031



**DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. ANDRÉ ALMEIDA VILLANI**

Aos vinte e seis dias do mês de agosto de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (UFMG) e Prof. Dr. Marcos Augusto Perez (USP), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do Bel. ANDRÉ ALMEIDA VILLANI, matrícula nº 2019659250, intitulada: "COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora do candidato, Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Marcos Augusto Perez e Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (orientadora do candidato/UFMG)
Conceito: 100.....

Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (UFMG)
Conceito: 100.....

Prof. Dr. Marcos Augusto Perez (USP)
Conceito: 100.....



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou o candidato aprovado com nota 100. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, orientadora do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (UFMG)

Prof. Dr. Marcos Augusto Perez (USP)

- **CIENTE:** André Almeida Villani (Mestrando)

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem a confiança, a contribuição e a proximidade de inúmeras pessoas que foram e ainda são essenciais à minha formação enquanto pesquisador. Não posso, por isso, deixar de agradecê-las.

À minha orientadora, Professora Cristiana Fortini, figura exemplar e merecedora de todos os votos de agradecimento pela dedicação, empenho e generosidade que foram essenciais não apenas à conclusão deste trabalho, mas ainda a todas as oportunidades que me foram proporcionadas dentro e fora da Universidade, à experiência docente, ao convívio desafiador com as mais diversas inquietações jurídicas e ao meu crescimento pessoal.

Ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo, exemplo maior de dedicação ao estudo e à crítica do direito administrativo, com quem tive o privilégio de dividir experiências na sala de aula, como aluno, e ao longo das diversas etapas de elaboração deste trabalho.

À Professora Maria Tereza Fonseca Dias, modelo para qualquer um que almeje o exercício de ser professor e que muito colaborou para a formulação do objeto desta pesquisa, além de ter proporcionado indispensável refinamento teórico para meu aprofundamento no universo acadêmico.

Ao Professor Eurico Bitencourt Neto, responsável por instigar meu interesse em campos que eram até então inexplorados por mim no direito administrativo, a quem agradeço por expandir as fronteiras das minhas leituras.

À Professora Daniela Mello Coelho Haikal pelas valiosas contribuições para a elaboração deste trabalho.

Ao Gustavo Magalhães, exemplo de liderança, comprometimento, excelência técnica e companheirismo, e que muito me ajudou ao longo de toda a pesquisa.

Ao Anderson Novais, primeira e eterna fonte de inspiração no universo dos contratos administrativos e dos problemas reais e complexos que os acompanham, além de grande amigo.

Ao Iúlian Miranda, amigo de todas as horas e incansável incentivador, mestre em direito administrativo e na arte de trocar ideias.

A todos os advogados e advogadas integrantes da equipe de Direito Público do Fialho Salles Advogados. Serei sempre grato pelo companheirismo, pelo suporte e pela amizade, que se refletem em um ambiente desafiador e inspirador.

Aos colegas e demais professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais com quem tive contato desde o início desta etapa. Agradeço pela abertura, pelo incentivo e pelo fomento ao diálogo.

Aos meus pais, Luis e Denise e à minha irmã, Isabella, os responsáveis por tudo o que conquistei até hoje, que sempre me apoiaram e me motivaram.

Por fim, à Laura, minha companheira e melhor amiga, pelas experiências mais belas que me foram proporcionadas até hoje. Nunca terei palavras suficientes para lhe agradecer.

Resumo

O tema do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos complexos, assim considerados os contratos de concessão comum de serviço público e de parcerias público-privadas (PPPs), suscita dúvidas e dificuldades relevantes. Sob o pretexto de que o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos possui caráter dinâmico, é possível que as partes do contrato adotem posturas incoerentes com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, com o objetivo de se apropriar integral ou parcialmente de ganhos de eficiência ou exigir seu compartilhamento durante a execução do contrato, deturpando o caráter dinâmico do equilíbrio contratual. Nesse sentido, questiona-se, como tema-problema a ser investigado, como o compartilhamento de ganhos de eficiência, em contratos de concessão comum e PPPs, pode ser aplicado de forma compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. A pesquisa proposta insere-se, assim, na vertente jurídico-dogmática, baseada na investigação do tipo jurídico-compreensivo. A hipótese levantada para responder o tema-problema, por sua vez, é a de que o compartilhamento de ganhos de eficiência somente será compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se aplicado de forma coerente com a alocação de riscos definida pelos contratos de concessão comum e PPPs. Adotando-se como fundamento teórico o fato de que esses contratos constituem instrumentos de administração cooperativa, tendo em vista a função diretiva do direito administrativo, a pesquisa realizada confirma parcialmente a hipótese levantada, uma vez que, além da necessidade de coerência com a alocação de riscos contratual, verifica-se que o compartilhamento dos ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum e PPP depende essencialmente da previsão de normas de caráter procedimental que definam o processo a ser seguido pelas partes do contrato.

Palavras-chave: equilíbrio econômico-financeiro; concessão; PPP; ganho de eficiência.

Abstract

The issue of the economic and financial balance of complex public contracts, including concession agreements for the provision of public services and public-private partnerships (PPPs), has been raising questions and relevant complications. Under the pretext that the economic and financial balance of these contracts has a dynamic character, it is possible that the parties to the contract behave inconsistently with the duty to maintain the economic and financial balance of the contract, in order to fully or partially appropriate efficiency gains or demand the sharing of these gains during the execution of the contract, disfiguring the dynamic nature of the contractual economic-financial balance. Therefore, this research aims to investigate how the sharing of efficiency gains in concession agreements and PPPs can be applied consistently with the duty to maintain the economic and financial balance of public contracts. This research is based on a legal-dogmatic premise and is classified as a legal comprehensive type of investigation. The hypothesis raised is that the sharing of efficiency gains will only be compatible with the maintenance of the economic and financial balance if applied coherently with contractual risk allocation. Based on the thesis that concession agreements and PPPs are instruments of cooperative administration and considering the directive function of administrative law, the research carried out partially confirms the hypothesis mentioned above, because, in addition to the need for consistency with contractual risk allocation, the sharing of efficiency gains depends essentially on the provision of procedural rules which define de procedure to be followed by the parties to the contract.

Keywords: economic and financial balance; concession agreements; PPP; efficiency gains.

Lista de ilustrações

Figura 1 – Modelo de fluxo de caixa do “caso base” do plano de negócios

Figura 2 – Modelo de fluxo de caixa marginal

Gráfico 1 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando as etapas do Procofe (Critério 1)

Gráfico 2 – Gráfico 2 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando o momento do exercício do controle (Critério 2)

Gráfico 3 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando as menções no relatório da equipe técnica, no voto do Ministro Relator e no acórdão (Critério 3)

Listas de siglas e abreviações

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
BDI	Bonificações e despesas indiretas
IGP-M	Índice Geral de Preços ao Mercado
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parceria público-privada
Procofe	Programa de Concessões de Rodovias Federais
RDC	Regime diferenciado de contratação
RPI-X	<i>Retail Price Index Minus X</i>
RPI-X+Y	<i>Retail Price Index Minus X Plus Y</i>
SICRO	Sistema de Custos Referenciais de Obras
SINAPI	Sistema Nacional de Preços e Índices para Construção Civil
SoPC	<i>Standardisation of PFI</i>
TCU	Tribunal de Contas da União
TIR	Taxa interna de retorno
TJLP	Taxa de Juros de Longo Prazo
VPL	Valor presente líquido

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
1.1	Apresentação do tema-problema	17
1.2	Apresentação da hipótese	22
2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COOPERATIVA E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM E PPPS	26
2.1	Cooperação no âmbito da Administração Pública	26
2.1.1	Crítica à primazia da unilateralidade na dogmática do direito administrativo.....	27
2.1.2	Fundamentação da administração cooperativa a partir da função diretiva	30
2.1.3	Fundamentação da administração cooperativa a partir da legitimação democrática e da eficiência administrativa	36
2.2	As concessões comuns e PPPs como instrumentos da administração cooperativa.....	39
2.2.1	A natureza jurídica contratual da concessão	39
2.2.2	Delimitação das espécies de concessão comum e PPPs.....	42
2.2.3	A composição de interesses na concessão comum e nas PPPs: a função diretiva no âmbito da atuação cooperativa da Administração Pública.....	48
3	EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONCESSÃO COMUM E NAS PPPS	57
3.1	Construção teórica do equilíbrio econômico-financeiro	57
3.2	O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs no ordenamento jurídico brasileiro	61
3.2.1	A Constituição da República e o equilíbrio econômico-financeiro	61
3.2.2	O equilíbrio econômico-financeiro na Lei Federal nº 8.987/1995	65
3.2.3	O equilíbrio econômico-financeiro na Lei Federal nº 11.079/2004	70
3.2.4	O aprofundamento da compreensão do equilíbrio econômico-financeiro a partir da alocação contratual de riscos: da Lei Federal nº 8.666/1993 à Lei Federal nº 14.133/2021....	73
3.3	Alocação contratual de riscos e equilíbrio econômico-financeiro	76
3.3.1	A relação entre a alocação contratual de riscos, a definição do objeto do contrato e a autonomia da concessionária.....	78
3.3.2	Conclusão parcial: a alocação contratual de riscos como elemento da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs.....	85

3.4	Alocação de riscos e o caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs	85
3.4.1	Crítica a previsões genéricas de alocação de riscos ilimitados à concessionária e a questão de riscos não previstos no contrato	94
3.5	Metodologias de reequilíbrio.....	97
3.5.1	Metodologia de reequilíbrio pelo plano de negócios da concessionária	99
3.5.1.1	A TIR do plano de negócios enquanto parâmetro financeiro de reequilíbrio ..	101
3.5.1.2	Críticas ao método de reequilíbrio pelo plano de negócios	104
3.5.2	O método de reequilíbrio pelo fluxo de caixa marginal.....	107
3.5.2.1	Críticas ao método de reequilíbrio pelo fluxo de caixa marginal	109
4	GANHOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES COMUNS E DAS PPPS	111
4.1	Eficiência à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa	112
4.2	Eficiência na demonstração de <i>value for money</i>	114
4.3	A definição ora adotada para “ganho de eficiência”	118
4.3.1	Limitações da definição adotada	121
4.4	Ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro	122
4.4.1	Ganhos de eficiência decorrentes de competição anterior ao aperfeiçoamento do equilíbrio econômico-financeiro	122
4.4.2	Ganhos de eficiência verificados durante a execução do contrato	125
4.5	Alocação de riscos, ganhos de eficiência e equilíbrio econômico-financeiro.....	126
4.6	Fundamento legal para o compartilhamento de ganhos de eficiência em contratos de concessão comum e PPPs.....	128
4.6.1	Regulamentação e previsão contratual	132
4.7	Procedimentalização e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro	135
5	INSTRUMENTALIZAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA.....	139
5.1	Compartilhamento de ganhos de eficiência e modelos tarifários.....	139
5.1.1	Modelos tarifários e política tarifária	140
5.1.2	Modelos tarifários em contexto de monopólio.....	142
5.1.2.1	O modelo tarifário pelo custo do serviço	145
5.1.2.2	O modelo tarifário pelo preço do serviço.....	148
5.1.3	A tradução do modelo tarifário na alocação de riscos contratual.....	152

5.1.4	Dificuldades na aplicação de modelos tarifários: análise de decisões do Tribunal de Contas da União referentes aos contratos de concessão comum no setor rodoviário	154
5.1.4.1	Classificação e análise quantitativa das decisões pesquisadas.....	156
5.1.4.2	Análise qualitativa das decisões pesquisadas.....	160
5.1.5	Conclusões acerca dos modelos tarifários em relação ao compartilhamento de ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro	166
5.2	Compartilhamento de ganhos de eficiência e remuneração variável	166
5.2.1	Fundamento legal da previsão de remuneração variável.....	167
5.2.2	Diferenciação entre remuneração variável e aplicação de sanções	171
5.2.3	A definição concreta de parâmetros de desempenho para a remuneração variável ...	175
5.2.4	Remuneração variável e alocação de riscos	176
5.2.5	Remuneração variável e ganhos de eficiência.....	177
5.3	O compartilhamento de ganhos de eficiência em decorrência da redução do risco de crédito	181
5.3.1	Definição dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito.....	181
5.3.2	A inspiração no modelo britânico dos contratos de <i>Private Finance Initiative</i>	185
5.3.3	Procedimentalização para compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito	188
6	CONCLUSÃO.....	193
	REFERÊNCIAS	196

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos trinta anos, o direito administrativo e o exercício da função administrativa no Brasil têm sofrido transformações intensas (DI PIETRO, 2016, pp. 188 e 189) relacionadas à introdução de instrumentos capazes de viabilizar, sempre sob a guarida de uma suposta eficiência administrativa, maior participação da iniciativa privada em setores previamente ocupados em maior grau pelo Estado.

Apresentados como alternativas à atuação direta do Estado, tais instrumentos têm assumido grande protagonismo em situações de escassez de recursos públicos para lidar com a complexidade das demandas sociais contemporâneas e dos deveres constitucionais do Estado. Trata-se de movimento, refletido na própria legislação, que busca atrair atores privados para que possam contribuir com o incremento da eficiência no exercício da função administrativa¹.

É neste pano de fundo que se destacam, no âmbito das contratações públicas, a Lei Federal nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e a Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei de PPPs). Essas Leis instituíram, no plano federal, as concessões comuns e as PPPs com o intuito de viabilizar a prestação de serviços públicos e a execução de obras públicas e outras atividades de interesse público com maior eficiência por meio da participação da iniciativa privada na realização dos investimentos e execução contratual (GARCIA, 2019, p. 22).

E se a Lei de Concessões já havia sido responsável por estabelecer complexos instrumentos para o exercício da função administrativa por meio da delegação de serviços públicos, a Lei de PPPs trouxe outros aspectos relevantes sob os pontos de vista institucional e financeiro, os quais provocaram discussões sobre a própria definição do contrato de concessão

¹ Símbolo marcante desse processo foi a publicação da Lei Federal nº 8.031/1990, sucedida pela Lei Federal nº 9.491/1997, as quais estabeleceram o Plano Nacional de Desestatização – PND. O PND significou, sob o ponto de vista legislativo, o início de ampla reforma jurídica e econômica, que pretendeu reordenar a posição estratégica do Estado na economia, viabilizando a transferência ao setor privado de atividades anteriormente prestadas pela Administração Pública. A partir de então, intensificaram-se gradualmente os movimentos de privatização de companhias estatais, alienação de ativos públicos a agentes econômicos privados e de delegação de serviços e obras públicas a particulares, com a perspectiva de viabilizar a realização de investimentos e a prestação material de atividades estatais aos cidadãos, bem como a exploração econômica de tais atividades por agentes privados em um ambiente capitalista. Trazendo as diretrizes do âmbito federal para o primeiro plano, é possível traçar paralelo entre o PND inaugurado na década de 1990 e o atual Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), instituído pela Lei Federal nº 13.334/2016. Nos termos do artigo 1º do referido diploma legal, o PPI se destina, à semelhança do PND, a viabilizar a ampliação e o fortalecimento da interação entre o Estado e o setor privado “por meio da celebração de contratos de parceria” para executar “empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (BRASIL, 2016). O PPI, nesse sentido, pode ser considerado como a etapa mais recente do movimento de delegação de atividades estatais, em sentido amplo, iniciado ainda na década de 1990 com o PND no Brasil.

no direito brasileiro, ao introduzir as figuras da concessão administrativa e da concessão patrocinada. De fato, essas inovações legislativas acarretaram desafios relevantes para a interpretação do regime jurídico das contratações públicas.

Tema especialmente sensível, que não raro é alvo de dúvidas e críticas, é o equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs. Como ressalta Bockmann Moreira, em apresentação a obra dedicada especificamente ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos complexos, o assunto tem ocupado pesquisas recentes, de modo que é atualmente imprescindível o desenvolvimento de “estudos mais aprofundados, que enfrentam o desafio e apresentam proposta de soluções para que os contratos administrativos persistam a respirar” (MOREIRA, 2019a, p. 26).

Este trabalho se insere justamente nesse contexto e visa, justamente, abordar aspecto relacionado aos contratos de concessão comum e PPPs, tendo em vista a obtenção de ganhos de eficiência²⁻³ e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro nesses contratos.

1.1 Apresentação do tema-problema

São frequentes as afirmações de que as concessões comuns e as PPPs podem possibilitar a obtenção de ganhos de eficiência, advindos da participação do setor privado na prestação de serviços e na execução de obras, que são, ou ao menos deveriam ser, compartilhados com o

² A expressão “ganho de eficiência” é ora empregada com o sentido correspondente a uma variação na relação entre recursos necessários à produção de determinado resultado, em sentido amplo. Assim, considera-se que há ganho de eficiência na medida em que se verifica, em um determinado processo produtivo, que pode ser a execução de um contrato de concessão comum ou PPP, a maximização dos resultados (produtos) a partir de uma determinada quantidade de recursos (insumos) inicial; ou a otimização dos recursos iniciais para a produção do resultado inicialmente esperado. Essa relação, no âmbito específico da execução de contratos de concessão comum e PPPs, é abordada de forma mais aprofundada no capítulo 4 deste trabalho.

³ É comum, sobretudo na literatura econômica, encontrar a expressão “ganho de produtividade” sendo empregada como sinônimo de “ganho de eficiência”. Exemplo nessa linha pode ser extraído de artigo escrito por Bragança e Camacho (2012, p. 8). Além disso, a própria legislação aplicável aos contratos de concessão comum e PPPs utiliza diversas expressões nesse mesmo sentido. Ilustrativamente, a expressão “ganho de eficiência” é empregada pelo artigo 14, IV, da Lei Federal nº 9.427/1996 (BRASIL, 1996) e pelo artigo 2º, VIII, da Lei Federal nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007), com redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020). A expressão “ganho de produtividade”, por sua vez, foi utilizada no artigo 38, I, e no artigo 21, IV, da Lei Federal nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007), com redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020). Por fim, a expressão “ganho econômico” consta do artigo 5º, IX, da Lei Federal nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) e do artigo 35, §1º, alínea “b”, e artigo 39, §1º, alínea “b”, da Lei Federal nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001). A rigor, não se verificam elementos técnicos suficientes para diferenciar o sentido de cada um desses termos utilizados na legislação. Dessa forma, a fim de simplificar a redação e facilitar o entendimento deste trabalho, opta-se pelo emprego padronizado do termo “ganho de eficiência”.

poder concedente ou com os usuários⁴. Tais afirmações são fundamentadas na premissa de que a execução de determinado objeto, por meio da celebração de contratos de concessão ou PPP, pode implicar a redução de custos ou a maximização de resultados esperados pela Administração Pública em comparação com a execução do mesmo objeto de forma direta pelo Estado, sem a participação de concessionárias privadas.

Entretanto, percebe-se grande dificuldade e complexidade na forma de apuração de ganhos de eficiência nos casos concretos e a viabilização do seu compartilhamento em benefício do poder concedente e/ou dos usuários, sobretudo nas hipóteses em que os referidos ganhos são verificados durante a execução contratual⁵. Limitando-se especificamente ao aspecto jurídico dessa discussão, uma das principais dificuldades enfrentadas se refere à relação entre a obtenção dos ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs.

A complexidade da interpretação das normas jurídicas sobre o equilíbrio econômico-financeiro, atrelada às incertezas inerentes ao longo prazo de duração desses contratos, pode motivar a apropriação integral ou parcial de ganhos de eficiência pelo poder concedente sem que sejam efetivamente considerados os efeitos que medidas dessa natureza podem ter sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

A sensibilidade econômica e política da execução de contratos de concessão comum e PPPs⁶, bem como eventual obscuridade das normas contratuais ou ausência de normas regulamentares, por exemplo, frequentemente aquecem os debates sobre a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Tal problemática foi destacada,

⁴ Tais afirmações são registradas tanto na literatura jurídica, a exemplo dos escritos de Portugal Ribeiro e Navarro Prado (2007, p. 138); Portugal Ribeiro (2011, p. 65); e Caspari Monteiro (2009, p. 179); quanto em outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, na engenharia, seguindo a linha explicitada por Melhorato Grilo (2009, p. 209).

⁵ Conforme trabalhado no capítulo 4 deste trabalho, a depender do parâmetro referencial utilizado, é possível verificar a obtenção de ganhos de eficiência tanto no decorrer da execução contratual quanto previamente à celebração do contrato, haja vista a competição verificada entre os licitantes em uma licitação que dê origem a um contrato de concessão comum ou PPP.

⁶ A sensibilidade política decorre dos diferentes interesses em jogo ao se idealizar uma concessão comum ou uma PPP. Por serem formas privadas de gestão, compreendidas no sentido amplo de “privatização”, tal como empregado por Di Pietro (2019, p. 6), é comum que as concessões comuns e PPPs sejam acompanhadas de amplos debates na esfera pública, entre agentes econômicos privados interessados no projeto, entidades públicas e diversos setores da sociedade civil. A sensibilidade econômica, por sua vez, decorre dos vultosos investimentos usualmente previstos no escopo desses contratos, que requerem cuidadoso planejamento tanto pela Administração Pública, na fase interna do processo de licitação e contratação, quanto pela concessionária na formulação da sua proposta, a fim de que seja garantida a sustentabilidade econômico-financeira da concessão.

ilustrativamente, por Marques Neto e Souza Loureiro a partir dos desafios enfrentados nas primeiras concessões federais celebradas após a publicação da Lei de Concessões:

Referimo-nos, aqui, à tentativa, em algumas vezes já perpetrada, de modificar a concessão simplesmente porque a Administração se julga prejudicada pelas previsões originais do contrato. Essa situação é especialmente comum em contratos celebrados logo após a vigência da Lei nº 8.987/1995, período de muita incerteza em relação à forma com a qual os contratos de concessão seriam executados e, principalmente, fiscalizados. Também não era clara, àquela época, a viabilidade das concessões, não tanto por deficiência nos estudos econômicos, mas, simplesmente, porque se estava diante de uma realidade muito nova e ainda não devidamente compreendida por todos. Numa conjuntura dessa ordem, os primeiros contratos acertadamente tiveram a preocupação de mitigar os riscos de confiança naturalmente existentes, providência fundamental à atratividade desses contratos e que permitia, ademais, alguma margem para a viabilidade dos contratos, caso algum dos parâmetros se mostrasse inadequado. Para tanto, foram estruturados de maneira que acabou por resultar um retorno expressivo dos concessionários, a ponto de se chegar a levemente afirmar que concessionários se equiparariam a traficantes, sob o prisma da rentabilidade das suas atividades.

Afirmarões dessa ordem não apenas ignoram que o retorno obtido nas concessões foi fruto de acertos nos contratos, mas também, da eficiência dos concessionários. Num cenário adverso – que era crível à época da estruturação, - o retorno poderia nem sequer existir e, por essa razão, os contratos se ocuparam de mitigar riscos próprios do ineditismo do modelo.

Infelizmente, o componente ideológico marcante nessa afirmação acabou sendo interiorizado – em maior ou menor grau por diversos entes públicos que celebraram contratos de concessão naquela época e que, diante da constatação do retorno obtido pelos concessionários, vêm buscando alterar os contratos, de modo arbitrário e parcial, para diminuir esses ganhos em prol da Administração. Nesses casos, não raro a justificativa apresentada por esses entes é, justamente, o caráter dinâmico do contrato de concessão, aqui utilizado como inferência de um suposto dever de recompor o contrato sempre que verificado um ganho expressivo pelo concessionário (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, pp. 153-154)

Como analisado mais adiante neste trabalho⁷, essa discussão foi singularmente sintomática no que se refere aos contratos de concessão comum do setor rodoviário, no âmbito federal, celebrados nas primeiras etapas do Programa de Concessão de Rodovias Federais (Procofe), no início da primeira metade da década de 1990.

A título meramente ilustrativo, a fim de introduzir melhor a discussão ora apresentada, destaca-se trecho do Acórdão nº 2.927/2011-P, citando o Acórdão 2.104/2008-P, ambos proferidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU), o qual analisa a necessidade de se compartilharem ganhos de eficiência para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão no setor rodoviário:

⁷ Conforme analisado no capítulo 5.

O hodierno entendimento deste Tribunal de Contas determina a consideração, além de outros fatores, dos ganhos por mudanças impactantes do cenário econômico na recomposição do equilíbrio contratual. O Acórdão nº 2.104/2008–TCU–Plenário, que tratou da proposta de concessão das BRs 324/BA e 116/BA, determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que: [...] No Relatório e Voto condutores desse decisum, foram discutidos pontos essenciais para o reequilíbrio contratual nessas novas concessões de rodovias. Ganhos de produtividade ou decorrentes da eficiência tecnológica, redução dos custos, diminuição das despesas operacionais etc., foram apontados como causas de aumento extraordinário da receita e/ou a redução dos custos. No mesmo contexto, grande importância foi dada ao fato de ocorrer, ao longo de qualquer contrato, a redução do custo de oportunidade do negócio devido à melhoria das variáveis macroeconômicas que afetam o empreendimento, caso em que a lucratividade do concessionário se torna maior do que aquela considerada justa: ‘Assim, a apropriação por parte da Concessionária de todo o lucro adicional não condiz com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Somente parte desse lucro caberia à Concessionária, como incentivo à eficiência. A outra parte deveria ser revertida para a modicidade tarifária, em conformidade com os preceitos da regulação por incentivos.’ (Relatório do Acórdão nº 2.104/2008–TCU–Plenário) (BRASIL, 2011)

Ocorre que tais discussões, em muitos cenários, não partem de parâmetros ou critérios jurídicos previamente estipulados sobre o equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato. Isto é, criam-se discussões sobre a necessidade de compartilhamento de ganhos de eficiência obtidos pela concessionária, sem que sejam consideradas as especificidades das cláusulas contratuais que disciplinam o equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, a situação é agravada pelo fato de que a legislação sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs contempla conceitos amplos e abstratos no que se refere ao tema do compartilhamento de ganhos de eficiência. A título de exemplo, a Lei Federal nº 9.427/1996, que regulamenta os contratos de concessão no setor de energia elétrica, prevê no artigo 14, IV que o “o regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica” compreende a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade” (BRASIL, 1996). Todavia, a Lei não estabelece como se dará a referida “apropriação” e nem como essa apropriação deve ser considerada no equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato⁸.

⁸ Fórmulas semelhantes foram utilizadas em outras Leis que tratam de contratos de concessão relativos a outros setores. No setor de infraestruturas rodoviária e aquaviária, a Lei Federal nº 10.233/2001 não só estabeleceu como princípio geral do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes rodoviário e aquaviário o de “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência” (BRASIL, 2001), conforme artigo 11, IV, como ainda estabeleceu expressamente o seguinte, no artigo 35, §1º, alínea “b”, sobre os contratos de concessão: “Artigo 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [...] VIII – critérios para reajuste e revisão das tarifas; § 1º Os critérios

A amplitude e abstração de normas como essa, de um lado justificadas pelas peculiaridades e naturezas distintas de cada setor, de outro lado tem como efeito colateral a dificuldade para sua aplicação, seja pelas concessionárias, seja pela própria Administração Pública na posição de poder concedente ou de entidade reguladora.

Não se ignora, ainda, a outra face da moeda. A obtenção de supostos ganhos de eficiência pode trazer resultados prejudiciais ao poder concedente ou aos próprios usuários. O mesmo contexto narrado acima, permeado por incertezas e desconfiança, pode incutir nas concessionárias a tendência de serem menos transparentes no que diz respeito às informações financeiras de seus contratos, agravando riscos relacionados às assimetrias de informação⁹.

No melhor dos cenários, tais assimetrias podem reduzir a eficiência esperada na execução contratual, permitindo que uma das partes obtenha vantagens em seu próprio benefício, não previstas quando da definição dos moldes da contratação ainda na fase interna da licitação. No pior dos cenários, todavia, essa tendência pode induzir práticas contábeis ou financeiras pouco transparentes e que, em casos extremos, podem vir a correr o risco de serem caracterizadas por órgãos de controle como fraude ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁰. Neste particular, o usuário do serviço objeto de um contrato de concessão pode vir

para revisão das tarifas a que se refere o inciso VIII do caput deverão considerar: [...] b) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário” (BRASIL, 2001). Disposições semelhantes foram previstas na Lei Federal nº 11.445/2007, referente aos serviços de saneamento básico, ao tratar de “ganhos de produtividade”: “Artigo 22. São objetivos da regulação: [...] IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade” (BRASIL, 2007). A rigor, a própria Lei de PPPs também menciona hipótese específica sobre o compartilhamento de “ganhos econômicos” na hipótese de redução do risco de crédito dos financiamentos contratados pela concessionária: “Artigo 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no artigo 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado” (BRASIL, 2004).

⁹ De maneira geral, a assimetria de informação refere-se ao nível de conhecimento que cada agente econômico possui em relação a determinado processo produtivo. Geralmente, os agentes que possuem maior domínio das informações são aqueles profissional e diretamente relacionados ao processo produtivo em questão. Tais agentes naturalmente buscam obter maior volume de informações que outros agentes econômicos que atuam no setor, objetivando obter vantagens competitivas. Como afirma Justen Filho (2002, pp. 35-36) “o domínio do conhecimento se transforma em instrumento de relevância fundamental não apenas sob o ângulo direto e imediato da capacidade produtiva, mas também a propósito de inúmeras circunstâncias acessórias”. O desnível informacional entre partes de um contrato, por esse ângulo, pode ser utilizado pela parte que detém maior conhecimento do processo produtivo para distorcer o sinalagma contratual em determinadas oportunidades em seu benefício. O tema da assimetria de informação é abordado também nos capítulos 4 e 5 deste trabalho.

¹⁰ É bastante ilustrativo, nesse sentido, que a Lei Federal nº 12.846/2013, instituída sob o mote de combate e prevenção à corrupção no âmbito da Administração Pública, tenha tipificado como ato de corrupção, expressa e especificamente, a conduta de “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública” (BRASIL, 2013). Busca-se, com o referido dispositivo legal, inibir justamente esse tipo de comportamento por parte de contratantes privados.

a ser prejudicado, por exemplo, pela ausência de repasse efetivo da eficiência da concessionária ao valor das tarifas em uma concessão comum.

O que se evidencia a partir dessas considerações iniciais é que a relação concessória pode vir a ser pautada por condutas de desconfiança e individualismo pelas partes do contrato, que, por sua vez, agravam as chances de se prejudicar a execução contratual, em detrimento do interesse público. Com efeito, o contexto de desconfiança no âmbito das contratações públicas já foi destacado pela doutrina, não apenas no caso de concessões comuns e PPPs, como menciona Menezes de Almeida (2012, pp. 375-376). O que se pretende apresentar nesta introdução é que determinadas práticas que podem ser adotadas pelo poder concedente ou pelas concessionárias, sobretudo em contratos de longo prazo, podem agravar ainda mais esse contexto de desconfiança.

Em síntese, diante deste pano de fundo, questiona-se, como tema-problema a ser investigado, como o compartilhamento de ganhos de eficiência, em contratos de concessão comum e PPPs, pode ser aplicado de forma compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

1.2 Apresentação da hipótese

A hipótese levantada para responder o tema-problema investigado é a de que o compartilhamento de ganhos de eficiência somente será compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se aplicado de forma coerente com a alocação de riscos definida pelos contratos de concessão comum e PPPs.

A hipótese em questão se fundamenta na concepção dos contratos de concessão comum e PPPs como formas de cooperação entre a Administração Pública e os particulares, tendo em vista a função diretiva do direito administrativo (SCHMIDT-AßMANN, 2016, p. 41). A teorização acerca da função diretiva, utilizada como marco teórico para o desenvolvimento da hipótese ora traçada, pode ser resumida na concepção do direito administrativo não apenas como o conjunto de normas que visa definir o campo de atuação válida da Administração Pública, pautado pela legalidade e pela garantia dos direitos dos particulares, mas, ainda, como

instrumento capaz de direcionar o comportamento da Administração Pública e dos particulares a determinado resultado que seja compatível com o ordenamento jurídico¹¹.

Trata-se de perspectiva teórica sistematizada especialmente pela doutrina administrativista alemã a partir do final do século XX e já com reflexos na doutrina brasileira. O objetivo dessa perspectiva teórica é desenvolver a dogmática jurídico-administrativa para além da avaliação de legalidade e classificação das formas de atuação da Administração Pública.

Ilustrativamente, Voßkuhle e Wischmeyer apresentam a função diretiva como a perspectiva teórica que vem permitindo, nos últimos trinta anos, o desenvolvimento de uma “nova ciência do direito administrativo”, com desdobramentos inclusive para a investigação do regime jurídico dos contratos administrativos enquanto instrumentos jurídicos em si mesmos, capazes de impactar a esfera social:

Nesse sentido, a Nova Ciência do Direito Administrativo não se volta contra a interpretação ou contra a doutrina. Na realidade, ela se opõe ao reducionismo acadêmico que enxerga o direito administrativo apenas como um parâmetro negativo para identificar falhas na administração e que, ao mesmo tempo, ignora o papel constitutivo e capacitador que o direito dá à administração. [...] A necessidade de engajamento com questões de modelagem e de alternativas regulatórias concede uma concepção mais rica do direito e coloca os acadêmicos em uma relação criativa vis-à-vis com o direito, o que os permite, por exemplo, analisar contratos administrativos como um instrumento jurídico em si mesmo, no lugar de simplesmente interpretar as normas estatutárias da Lei Alemã de Processo Administrativo que definem seus limites legais (VOßKUHLE; WISCHMEYER, 2016, p. 9. Tradução nossa¹²).

Desse modo, a hipótese a ser desenvolvida pressupõe que os contratos de concessão comum e PPPs, enquanto formas de cooperação, podem ser utilizados como instrumentos de conjugação de interesses públicos e privados e, por meio da alocação de riscos entre as partes, induzir comportamentos e o compartilhamento de ganhos de eficiência de forma coerente com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

¹¹ Este tema é tratado de forma mais aprofundada no capítulo 2.

¹² No original: “In this sense, the Neue Verwaltungsrechtswissenschaft is not against interpretation or against doctrine. Rather, it opposes an academic reductionism that sees administrative law solely as a negative standard to measure administrative failure while ignoring the constituent and enabling role that law has for the administration [...] The need to engage with questions of design and regulatory choice gives a richer account of the law and puts scholars in a creative relationship vis-à-vis the law, which enables them, e.g. to analyze administrative contracts as a legal instrument in its own right rather than simply interpreting the statutory norms in the German Administrative Procedure Act that define their legal boundaries” (VOßKUHLE; WISCHMEYER, 2016, p. 9)

A fim de investigar essa hipótese, o trabalho foi estruturado em seis capítulos, incluindo este primeiro de caráter introdutório.

No capítulo 2, desenvolve-se o marco teórico que embasa a hipótese levantada, com o objetivo de expor os aspectos que podem ser empregados para a caracterização dos contratos de concessão comum e PPPs como instrumento da administração cooperativa. Preliminarmente, busca-se expor o desenvolvimento das formas de atuação cooperativa no âmbito da Administração Pública a partir da crítica à primazia da unilateralidade na dogmática tradicional do direito administrativo. Em seguida, expõe-se a fundamentação da administração cooperativa a partir da função diretiva do direito administrativo e das normas constitucionais relacionadas à legitimação democrática e à eficiência no âmbito da Administração Pública.

A parte final do capítulo 2 é dedicada ao desenvolvimento da concepção teórica da concessão comum e das PPPs como instrumentos da administração cooperativa, tendo em vista a necessidade de composição de interesses públicos e privados no bojo desses contratos para a persecução do interesse público.

A exposição do capítulo 3, por sua vez, dedica-se à análise do instituto do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPP. A análise parte da construção teórica do instituto e de seus reflexos na interpretação do direito positivo brasileiro, com enfoque especial nas espécies contratuais da concessão comum e das PPPs. No final do capítulo 3 expõem-se as conclusões parciais alcançadas, relacionadas à caracterização da alocação de riscos como elemento integrante da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro da concessão comum e das PPPs.

Com base nas premissas desenvolvidas nos capítulos anteriores, o capítulo 4 se dedica a expor a relação dos ganhos de eficiência com o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs. De início, o capítulo busca esclarecer a terminologia empregada para a definição de “ganhos de eficiência”, partindo do termo “eficiência” no sentido jurídico, à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa e, em seguida, do mesmo termo utilizado de forma mais específica na contratação de concessão comum e PPPs. Em seguida, busca-se expor a relação entre os ganhos de eficiência e o equilíbrio econômico-financeiro, diferenciando os ganhos obtidos previamente ao aperfeiçoamento da equação econômico-financeira (em ambiente de competição prévia, como, por exemplo, em sede de um procedimento licitatório) e os ganhos de eficiência verificados durante a execução contratual.

Ao final, o capítulo 4 expõe ponto central da pesquisa, destacando a alocação de riscos como parâmetro para a análise dos impactos decorrentes da obtenção de ganhos de eficiência na equação econômico-financeira do contrato. Busca-se, assim, expor o fundamento legal para a previsão de compartilhamento de ganhos de eficiência em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, demonstrando-se a necessidade de regulamentação em cada caso concreto, além da imprescindível definição de normas procedimentais para a apuração e compartilhamento dos ganhos de eficiência.

O capítulo 5, por sua vez, é dedicado à exposição de formas de instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs. Sem a intenção de apresentar rol exaustivo de formas aplicáveis (o que se mostra, a rigor, impossível, já que o direito não limita os arranjos econômicos que podem vir a ser desenvolvidos nesse sentido), são apresentadas três formas de instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência. São elas: (i) o compartilhamento mediante adoção de modelos tarifários específicos nas concessões que pressupõem a delegação de serviço público remunerado por tarifa; (ii) o compartilhamento a partir da previsão contratual de remuneração variável a ser paga à concessionária; e (iii) o compartilhamento em hipótese específica prevista na Lei de PPPs, relacionada à redução do risco de crédito.

Em razão da grande complexidade, é dedicada maior atenção ao compartilhamento por meio da adoção de modelos tarifários. Assim, o capítulo 5 apresenta os principais modelos desenvolvidos na doutrina e, em seguida, aprofunda a análise dessa forma específica de instrumentalização de compartilhamento de ganhos de eficiência. Com esse intuito, é realizado estudo de caso a partir de decisões proferidas pelo TCU em relação a contratos de concessão comum celebrados pela Administração Pública federal no setor rodoviário, nas quais muito se discutiu a respeito do compartilhamento de ganhos de eficiência e sua relação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Por fim, o derradeiro capítulo 6 expõe, de forma objetiva, as conclusões alcançadas.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COOPERATIVA E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM E PPPS

Este capítulo visa expor análise sobre a cooperação no âmbito da Administração Pública, assim denominada a forma de atuação estatal caracterizada pela “administração cooperativa”¹³.

Conforme aprofundado adiante, entende-se que a compreensão teórica dos contratos de concessão comum e PPPs como formas de cooperação é fundamental para a busca pela eficiência na execução contratual, que, em última instância, representa um dos principais objetivos a ser concretizado ao se delegarem serviços, bens e outras atividades de caráter prestacional do Estado à iniciativa privada.

Expondo sinteticamente, este capítulo 2 busca expor os fundamentos da administração cooperativa, levando em consideração a concepção do direito administrativo a partir de sua função diretiva, de modo a desenvolver o marco teórico que dá sustentação à pesquisa ora realizada.

2.1 Cooperação no âmbito da Administração Pública

As formas de atuação cooperativa da Administração Pública possuem registro, pelo menos, desde a segunda metade do século XIX na Europa em moldes semelhantes, ainda que embrionários¹⁴, ao que se verifica atualmente nos ordenamentos jurídicos europeu e brasileiro.

¹³ Como aponta BITENCOURT NETO (2020 p. 65) os termos “colaboração” e “cooperação”, no âmbito da dogmática do direito administrativo, são marcados por certa imprecisão semântica, não possuindo um padrão único de utilização. No caso deste trabalho em específico, o termo “cooperação” é utilizado no sentido equivalente à tradução do alemão “kooperative Verwaltung”, tal qual empregada por Schmidt-Aßmann (2006, p. 7). A explicação do termo pode ser extraída das notas da edição espanhola da obra do autor sobre a tradução de “kooperative Verwaltung”, que, para os tradutores castelhanos, pode também significar “administração cooperadora ou colaboradora. Com a expressão, faz-se referência à busca do consenso e da adesão; à atuação conjunta entre a Administração e o cidadão, como dois sócios que se necessitam” (tradução nossa). No original: “O bien Administración cooperadora o colaboradora. Com ello se hace referencia a la búsqueda del consenso y de la adhesión; a la actuación conjunta entre la Administración y el ciudadano, como dos sócios que se necesitan” (SCHMIDT-AßMANN, 2003, p. 11). Seguindo essa linha, o uso da expressão “administração cooperativa” neste trabalho se dá em concepção mais ampla do que o uso feito por outros autores, como Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves (2005, pp. 454 e 455), para quem haveria distinção entre a “cooperação em sentido estrito” e a “colaboração” enquanto formas de atuação entre particulares e Administração Pública.

¹⁴ Como reconhecem, ilustrativamente, Costa Gonçalves (2013, p. 155) e Schmidt-Aßmann (2006, p. 37).

Não por acaso, a doutrina pátria tem se preocupado, já há algumas décadas, em sistematizar as formas de caráter cooperativo verificadas no direito administrativo brasileiro contemporâneo.

Nas palavras de Medauar (2012, p. 242) “o clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas”, de modo que, para além da restrita participação de indivíduos isolados, ou em grupo, em processos decisórios da Administração Pública, o direito administrativo passou a contemplar práticas mais intensas de negociação, acordo, consenso, mediação de conflitos e de ponderação de interesses.

Nesse passo, a administração cooperativa corresponde a modos organizativos e funcionais, caracterizados pela atividade consensual ou negocial da Administração Pública, em especial no desenvolvimento de projetos conjuntos entre particulares e entidades públicas (MOREIRA NETO, 2003, p. 146). Diz-se “em especial”, pois a cooperação pode ser verificada tanto entre entes públicos e privados (isto é, no âmbito externo da Administração Pública), quanto entre as próprias entidades administrativas (ou seja, no âmbito interno da Administração Pública).

Trata-se, em síntese, de fórmula que visa explicitar a atividade de coordenação de interesses, não só por meio de instrumentos tipicamente consensuais, a exemplo dos contratos, como também por processos que permitam maior participação nas esferas decisórias da Administração Pública, como audiências públicas, consultas públicas, procedimentos de manifestação de interesse e, mais recentemente, a modalidade de contratação pelo diálogo competitivo¹⁵ introduzida pela nova Lei Federal nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). O reconhecimento e a sistematização desse tipo de atuação na dogmática do direito administrativo, porém, somente foi possível a partir de críticas à primazia da atuação unilateral da Administração Pública como forma típica para o exercício da função administrativa.

2.1.1 Crítica à primazia da unilateralidade na dogmática do direito administrativo

¹⁵ O diálogo competitivo, enquanto nova fórmula de contratação pública no direito brasileiro e independentemente dos efeitos que poderão ser verificados a partir da sua efetiva aplicação com base na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao menos do ponto de vista formal, pode ser efetivamente considerado como reflexo da intensificação do caráter cooperativo da atuação da Administração Pública, considerando a efetiva “necessidade” de participação privada na concepção de contratações que possuem objetos demasiadamente complexos (JUSTEN FILHO, 2021, p. RL-1.8).

A crescente utilização de formas cooperativas de atuação da Administração Pública proporcionou e foi acompanhada do próprio desenvolvimento da dogmática do direito administrativo ao longo dos anos, especialmente a partir do século XX.

De um lado, é comum descrever-se a institucionalização do direito administrativo, enquanto ramo do direito dotado de autonomia, como consequência imediata da constituição do Estado de Direito após a Revolução Francesa, tendo em vista a pulsante demanda política pela limitação do exercício do poder absolutista¹⁶. Sob essa ótica, o direito administrativo é visto como o corpo jurídico institucionalizado para regular o exercício da função administrativa, em garantia de liberdades individuais dos cidadãos.

Por outro lado, parte da doutrina aponta que, a despeito da pretensão limitadora do poder absolutista, o direito administrativo se apresentou, ainda durante muito tempo, como campo de prevalência de formas autoritárias de atuação do Estado, ancorado sobre a separação rígida entre as esferas pública e privada¹⁷. Essa separação teria permitido à Administração Pública adotar práticas impositivas sob o manto dos poderes ou prerrogativas estatais, restringindo direitos dos particulares, desde que concentradas em âmbito “exorbitante” ao direito privado, no qual se localizavam justamente as normas do direito administrativo.

Independentemente da identificação do caráter político preponderante nas raízes históricas do direito administrativo, a forma de atuação da Administração Pública, ao menos no âmbito inicial da autonomização da dogmática jurídico-administrativa, foi de fato muito influenciada pela via da unilateralidade em contraposição ao campo da consensualidade e da manifestação da vontade, até então restrito ao direito privado.

¹⁶ Como o fazem, ilustrativamente, Bandeira de Mello (2016, p. 47) e Di Pietro (2018, p. 7).

¹⁷ Essa é a tonalidade da crítica feita, por exemplo, por Binenbojm (2005, pp. 4-5) à ideia de que o direito administrativo teria surgido de forma “milagrosa”, como instituto direcionado apenas à limitação do poder estatal e à proteção dos indivíduos. De acordo com o autor “a ideia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei não passa de um mito” (BINENBOJM, 2014, p. 323). Tais críticas, porém, não foram desacompanhadas de contra críticas, que tentam, por sua vez, recuperar o sentido do princípio do interesse público como fundamental para a fundação do regime de direito público, sem que tal fato carregue a pecha do autoritarismo. Ilustrando essa corrente, Gabardo e Hachem (2010, p. 195) destacam que: “o interesse público, hodiernamente, traduz uma noção distinta daquela compartilhada no liberalismo oitocentista, a qual, por sua vez, já retratava um progresso em prol do indivíduo se comparada com a concepção característica do Estado Absolutista. Hoje, é possível admitir a sua supremacia como princípio do regime jurídico informador do Direito Administrativo sem qualquer constrangimento, desde que se compreenda adequadamente o que se quer significar com tal locução”.

O ato administrativo, enquanto forma típica do exercício da função administrativa, é símbolo característico desse aspecto. Marcado pela natureza unilateral e impositiva¹⁸, e ainda pela autoexecutoriedade, o ato administrativo é o mais claro exemplo de afirmação da autoridade estatal, tendo sido elevado à condição de figura simbólica do direito administrativo especialmente nas fases iniciais do desenvolvimento do paradigma do Estado liberal (BITENCOURT NETO, 2017, p. 41).

Desse contexto, verifica-se que a teorização do direito administrativo do século XIX, embora emancipatória em certo sentido, ante o desenvolvimento das garantias de liberdade individual e de propriedade, direcionou-se especial e quase que exclusivamente à identificação, sistematização e análise de institutos jurídicos nos quais se operavam compromissos políticos e jurídicos entre forças de liberdade e de autoridade. O fundamento dogmático do direito administrativo, sob essa ótica inicial, residia na sistematização e identificação de uma esfera constituída por formas em que o Estado poderia agir unilateral e impositivamente para o exercício da função administrativa (SCHMIDT-ABMANN, 2016, p. 34).

Entretanto, o desenvolvimento do Estado de Direito, e da própria noção de democracia ao longo do século XX, fomentou o questionamento da primazia da unilateralidade no agir estatal a partir da sistematização que vinha sendo dogmaticamente construída. Gordillo (1999, p. 35) sintetiza bem a questão ao reconhecer as conquistas democráticas advindas da Revolução Francesa no que se refere à limitação do poder do Estado, ao mesmo tempo em que destaca que a forma de concepção do ato administrativo, tal como idealizada originariamente, seria um dos maiores engodos decorrentes de “transações e compromissos” (GORDILLO, 1999, p. 35) cedidos pela classe burguesa revolucionária da época. Nas palavras do autor argentino, caso essa concepção fosse rigorosamente transposta aos dias de hoje, sem qualquer alteração, certamente careceria de justificação democrática.

Longe de ser anacrônica, a reflexão feita por Gordillo é sensata, na medida em que reconhece a permanência da via da unilateralidade no agir estatal, mas não ignora o desenvolvimento do pensamento político acerca das acepções da democracia e sua influência sobre o direito desde as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX até os dias de hoje, em especial sobre o direito administrativo e sobre as formas de atuação da Administração Pública.

¹⁸ Maurer (2012, p. 185) esclarece que o ato administrativo foi uma criação da doutrina administrativista do século XIX, sendo Otto Mayer o responsável pela formulação do instituto que até os dias de hoje pode ser considerada acurada, ao caracterizá-lo como uma declaração de autoridade pertencente à administração e que determina para o súdito o que, em cada caso concreto, exige o direito.

Em contraposição aos movimentos iniciais de sistematização teórica dos séculos XVIII e XIX, o desenvolvimento da dogmática jurídico-administrativa observado no século XX procurou, de forma paulatina, suprir o que parte da doutrina passou a chamar de “déficit democrático”¹⁹ do direito administrativo, voltando-se para a busca de maior paridade entre as prerrogativas Estatais e os direitos e garantias dos cidadãos.

A exigência de maior participação social nos processos decisórios da Administração Pública ganhou, assim, crescente relevância em face do próprio desenvolvimento do direito constitucional, marcado por normas de garantias individuais, direitos coletivos e a imposição de deveres prestacionais ao Estado em prol dos cidadãos²⁰.

Por isso, ao longo da segunda metade do século XX, a dogmática tradicional do direito administrativo deixou transparecer dificuldades para lidar com aspectos que passaram a ser concretamente utilizados na atuação da Administração Pública. Tornaram-se mais evidentes as limitações da parte geral do direito administrativo, herdada do século XIX, para abarcar diferentes finalidades e formas de organização e atuação assumidas pela Administração Pública contemporânea (SCHMIDT-ABMANN, 2016, pp. 33-34), pautadas pela ideia de consensualidade e cooperação.

Diante desse quadro, foi necessário traçar fundamentos teóricos e normativos que pudessem servir de base para essas novas formas de atuação estatal.

Sob o ponto de vista teórico, parcela da doutrina busca fundamentar a administração cooperativa a partir da chamada “função diretiva” do direito administrativo. Por sua vez, sob o ponto de vista normativo, os fundamentos da administração cooperativa podem ser extraídos a partir da crescente influência de normas constitucionais sobre o direito administrativo.

2.1.2 Fundamentação da administração cooperativa a partir da função diretiva

¹⁹ O termo ora empregado é de Moreira Neto (2003, p. 132).

²⁰ Medauar (2018, p. 24) descreve esse movimento a partir da alcunha de “democracia administrativa”, enquanto fenômeno observado especialmente na segunda metade do século XX: “passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional. Em vários ordenamentos estrangeiros, e também no brasileiro, muitas normas e medidas vêm sendo implantadas para que a democracia administrativa se efetive. Isso porque o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração e para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.”

O conceito de “direção”²¹ ou de “função diretiva” foi originariamente desenvolvido no âmbito das ciências sociais (SCHMIDT-ABMANN, 2006, p. 19; VOßKUHLE, WISCHMEYER, 2016, p. 93). A sua transposição para o campo jurídico está relacionada aos efeitos do direito sobre as condutas dos sujeitos submetidos a determinada norma jurídica.

Especialmente no que se refere ao direito administrativo, o conceito de “direção” é relevante em razão da tomada de consciência acerca da complexidade da vida social, que resulta não apenas na pressão pela maior participação de interessados nos processos decisórios da Administração Pública, como ainda na constatação de que grande parte da vida social, e que é relevante para o direito administrativo, é autorregulada²². Seguindo essa linha, Voßkuhle e Wischmeyer (2016, p. 93) explicam que o conceito de “função diretiva”, no âmbito do direito administrativo, visa traduzir o sentido sociológico de “direção” como sendo a influência deliberada e calculada que as instituições políticas exercem para que a sociedade adote determinados comportamentos almejados pela ordem jurídica.

Partindo dessa premissa, a função diretiva é apresentada como postulado teórico que tem por objetivo compreender a dogmática do direito administrativo como ciência voltada a dirigir os processos sociais a partir de sua eficácia (GONZÁLEZ, 2013, p. 125), isto é, a partir de seus efeitos na esfera social.

Schmidt-Abmann, que se preocupou em desenvolver uma teoria sistêmica do direito administrativo ao entorno do conceito de direção, evidencia a importância desse postulado para a ampliação da dogmática administrativa, em contraposição a teorias clássicas centradas na sistematização e interpretação das formas de atuação do Estado, sem necessariamente considerar os efeitos dessa atuação nos processos sociais²³:

²¹ O termo “direção” é ora utilizado como tradução do termo *Steuerung*. Essa é a tradução que se consolidou nas línguas portuguesa e castelhana, como explica Sérvulo Correia (2016, p. 52): “refiro-me ao conceito de *Steuerung*, mais uma vez uma ideia-força para a qual não se encontra facilmente uma tradução para uma língua românica que não traga consigo alguma perda da vitalidade inicial. Adotamos, à falta de melhor, as equivalentes expressões de função diretiva, ou capacidade diretiva da administração, propostas pelo professor de Barcelona, José Esteve Pardo.”

²² Como explica Sérvulo Correia (2016, p. 52): “aquilo que se pretende significar é que, perante a complexidade da sociedade atual – marcada pelo seu caráter crescentemente pluralista e pela muitas vezes imprevisível e rápida evolução dos contextos tecnológico e económico-financeiro –, avultam os limites à previsão legislativa de todas as situações carecidas de conformação pública, bem como se multiplicam os défices de execução das estatuições normativas. O número crescente de áreas da vida social confiadas à autorregulação decorre da consciência da necessidade da desconcentração de polos de decisão, a fim de que a proximidade com os problemas e a participação dos interessados permitam certos afinamentos das políticas administrativas fora do alcance do legislador”.

²³ Para uma exposição do processo histórico que pautou, sobretudo na Alemanha, a crítica da teoria do direito administrativo a partir do “método jurídico” centrado na determinação e categorização das formas de atuação da

O conceito de direcção é, antes de mais, um conceito analítico que investiga os decursos de regulação e os procedimentos de interação entre a Administração e a sociedade nos seus diferentes elementos (actores, procedimentos, fins, instrumentos, efeitos) e, sistematicamente, questiona entre si as correlações e as interações recíprocas. O conceito de direcção é orientado para a actuação, mas não segue uma teoria social determinada. Com as abordagens de *governance*, o conceito de direcção tem em comum o ponto de partida analítico. Mas, diferentemente do conceito das abordagens de *governance*, o conceito de direcção coloca no centro aqueles decursos da regulação nos quais os entes de decisão do Estado têm a mesma função central. Outros actores e outras estruturas de regulação com hierarquia desempenham igualmente um papel importante para o conceito de direcção do direito administrativo. É precisamente um pedido especialmente importante da nova ciência jurídico-administrativa dissolver a unilateralidade da doutrina tradicional com as suas ideias de hierarquia e de unidade (SCHMIDT-ABMANN, 2016, p. 41).

Sob essa ótica, o direito administrativo não é analisado apenas a partir da finalidade de limitar ou autorizar a atuação da Administração Pública em face de determinada situação concreta. Adicionalmente, deve ser considerada a busca pela eficácia da atividade administrativa por meio da construção dogmática de categorias e instituições pautadas nas condições reais da sociedade (GONZÁLEZ 2013, p. 126).

É importante ressaltar que a compreensão ora apresentada não tem como objetivo extinguir qualquer herança oriunda da metodologia tradicional do direito administrativo. A sistematização das formas de atuação da Administração Pública, unilaterais ou não, e sua relação com a legalidade no Estado de Direito, são fundamentais e continuam sendo parte essencial da doutrina. Trata-se de metodologia que apresenta compromisso com a segurança jurídica, na medida em que visa assegurar sistematicidade, coerência e, em última instância, previsibilidade e isonomia na interpretação do direito (VOßKUHLE; WISCHMEYER, 2016, p. 87).

Em realidade, a contribuição do postulado teórico da função diretiva visa apenas ampliar essa perspectiva, apontando não sua inutilidade, mas sua insuficiência para a compreensão do direito administrativo na contemporaneidade. A função diretiva permite explicar a atividade administrativa levando em consideração aspectos concretos de sociedades complexas (SCHMIDT-ABMANN, 2006, pp. 21-22), que envolvem diferentes contextos de interação do interesse público com interesses particulares, de modo que reconhece o direito administrativo

Administração Pública, e sua vinculação quase que estrita à legalidade, e ao desenvolvimento da teoria do direito administrativo a partir da função diretiva voltada à eficácia da atuação da Administração Pública nos processos sociais, indica-se o estudo de Voßkuhle e Wischmeyer (2016). Em sentido semelhante, Cassese (2012) evidencia esse processo sob um ângulo mais amplo, a partir do contexto europeu.

não apenas como um programa de controle, mas ainda e, principalmente, como um programa comportamental, capaz de direcionar e incentivar a conduta de agentes públicos e privados²⁴.

O que a função diretiva propõe, em última instância, é que o direito administrativo deve se ocupar, também, dos efeitos da função administrativa sobre os diversos processos sociais sobre os quais ela é direcionada. Há, nessa perspectiva, clara distinção entre: (i) o sujeito que atua; (ii) o objeto para o qual a ação do sujeito é direcionada; (iii) o resultado a ser alcançado; e (iv) os instrumentos jurídicos utilizados para se alcançar esse resultado. A percepção mais imediata desta formulação seria, por exemplo, a atuação da Administração Pública (sujeito) para restringir determinados particulares (objeto) a praticar determinado comportamento (resultado), por meio da imposição de sanções administrativas positivadas em lei (instrumento).

Entretanto, os propósitos da função diretiva são mais amplos do que a formulação acima sintetiza. A própria Administração Pública pode ser, ao mesmo tempo, objeto e sujeito da função diretiva (SCHMIDT-ABMANN, 2006, pp. 19-20).

Enquanto objeto, a Administração Pública deve atuar no âmbito que lhe é outorgado pelo direito, considerando as obrigações e as faculdades que lhe são conferidas pela lei para o exercício de suas funções, em observância ao princípio da legalidade. Na condição de sujeito, por sua vez, a Administração Pública é encarada como agente que impulsiona ou induz comportamentos por meio da sua atuação, mediante atos, contratos ou regulamentos. Esse impulso condicionante direciona-se tanto à conduta de entes públicos quanto à conduta dos cidadãos, afetando diretamente processos sociais de tomadas de decisão e coordenação de comportamentos em diversos setores da sociedade.

Uma das principais consequências dessa dualidade é que a atuação administrativa não pode ser compreendida apenas sob o ponto de vista da Administração Pública, como se ela fosse o único agente a ser considerado. O sujeito da ação precisa deter conhecimento sobre o objeto que pretende direcionar ou regular, assim como sobre o resultado que pretende alcançar para que a direção seja de fato um vetor para o que se propõe (VOßKUHLE, WISCHMEYER, 2016, pp. 93).

²⁴ Nessa linha, é Franzius (2006, p. 2), ao proclamar a fundamentação da ciência do direito administrativo a partir da perspectiva da função diretiva, quem destaca a necessidade de se conceber o direito administrativo principalmente como um “programa comportamental” (*Verhaltensprogramm*) e não apenas como um “programa de controle” (*Kontrollprogramm*).

Neste aspecto, a interação com os particulares, não apenas para restringir ou garantir direitos, mas ainda na partilha de informações e na influência de processos decisórios, pode desempenhar papel muito relevante. Especialmente na condição de sujeito da função diretiva, a Administração Pública deve não apenas contemplar, mas efetivamente considerar os interesses dos demais agentes que serão atingidos pela sua atuação, já que poderá até mesmo depender desses interessados para obter informações e subsídios necessários à determinação do objeto da atuação da Administração Pública, os instrumentos a serem utilizados e o próprio resultado esperado.

Consequentemente, as formas e procedimentos que viabilizam a atuação administrativa devem permitir a participação e a interação com uma pluralidade significativa de agentes, extrapolando a ideia da Administração Pública como entidade monolítica e impenetrável (BITENCOURT NETO, 2017, p. 132).

Por esse motivo, a procedimentalização das formas de atuação da administração pública assume caráter essencial. Isto é, a predefinição do encadeamento formal de atos que permitam o exercício da função administrativa (CORREIA, 2016, p. 55) no âmbito de um processo administrativo²⁵. Entende-se que, em termos estruturais, a procedimentalização consiste na definição por lei, ato, contrato ou regulamento, da estrutura do processo administrativo, contemplando, por exemplo, os sujeitos, o objeto, os atos a serem praticados, as sucessivas fases a serem percorridas e o tempo para condução do processo (SCHMIDT-ABMANN, 2006, p. 362).

Como forma de viabilizar a atuação administrativa, o procedimento administrativo faz-se relevante tanto na atuação voltada a um ou mais indivíduos definidos, quanto na atuação direcionada à coletividade em geral (BITENCOURT NETO, 2017, p. 125). No primeiro caso, o procedimento administrativo visa assegurar a eficácia dos direitos fundamentais dos indivíduos e, para além disso, compor no âmbito procedimental os interesses públicos e privados (BITENCOURT NETO, 2017, p. 126). No segundo caso, a manifestação procedimental da função administrativa faz-se relevante, sobretudo, em respeito à

²⁵ Sem que seja necessário, para os fins deste trabalho, imiscuir-se na profunda discussão acerca dos termos “processo” e “procedimento” na dogmática jurídico-administrativa, faz-se alusão à acepção tomada por Bockmann Moreira (2007, p. 40) acerca da diferenciação entre ambos os termos. Segundo a acepção adotada pelo autor, o processo corresponde à relação jurídica processual constituída sob o regime de direito público entre a Administração Pública e outro sujeito do processo, enquanto o procedimento significa o instrumento pelo qual o processo se concretiza: a tramitação ou a sequência de atos na qual se desenvolve a relação processual.

imparcialidade, à isonomia e à eficiência (BITENCOURT NETO, 2017, p. 126), sob a égide de uma atuação racional e ao máximo previsível.

Esse é o caráter teórico que fundamenta, enfim, a atuação da administração cooperativa. Adotando-se essa perspectiva, é possível reconhecer que os modelos de regulação administrativa devem considerar aspectos fáticos dos processos sociais, que sejam capazes de refletir a complexidade da vida social e de viabilizar a permeabilidade da ciência jurídica em face de outras ciências, como a economia, a administração ou a sociologia.

Essa permeabilidade é marcada, sob o ponto de vista dogmático, por exemplo, pelo uso dos chamados “conceitos de ligação” no âmbito do direito. Os conceitos de ligação, também tratados como “conceitos-ponte” (*Brückenbegriffe*) ou “conceitos-chave” (*Schlüsselbegriffe*) pelos teóricos da função diretiva do direito administrativo, compreendem estruturas linguísticas advindas de outras ciências e que são incorporados à estrutura dogmática da linguagem jurídica. É como esclarece Hoffmann-Riem:

“conceitos-ponte (no campo da aplicação do direito, como, por exemplo, os conceitos de direção, informação, cooperação, incentivo, organização, interconexão, transparência, efetividade, eficiência, inovação, responsabilidade e legitimação) incrementam o resultado da comunicação inter e transdisciplinar na formação do discurso e transportam também – para os próprios conceitos utilizados – conceitos normativos, estruturas de plausibilidade, pressupostos factuais (entre outros) e podem, assim, facilitar a compreensão e o entendimento da linguagem” (HOFFMANN-RIEM, 2004, p. 11. Tradução nossa²⁶).

A título meramente ilustrativo, o regramento jurídico da concessão comum e das PPPs, em especial da configuração do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, pode ser compreendido sob esse enfoque. Basta comparar a definição do equilíbrio econômico-financeiro normalmente conceituada pela doutrina atual em relação a esses contratos com a definição tradicionalmente empregada para os contratos administrativos em geral, como os contratos de prestação de serviços, obras de engenharia, aquisição ou alienação de bens. Enquanto esta última se utiliza de vocábulos como “equação” e a noção de “equivalência” entre a prestação a ser executada pelos particulares e a remuneração a ser percebida, a primeira torna

²⁶ No original: “Brückenbegriffe (im Bereich der Rechtsanwendung z. B. Begriffe wie Steuerung, Information, Kooperation, Anreize, Organisation, Vernetzung, Transparenz, Effektivität, Effizienz, Innovation, Verantwortung, Legitimation) bündeln den Ertrag trans- und interdisziplinärer Kommunikation in Sprachform und transportieren – so auf den Begriff gebracht – auch normative Konzepte, Plausibilitätsstrukturen, Faktenannahmen u. ä. und können dadurch eine Verständigung über das Gemeinte erleichtern und damit möglicherweise auch das Verstehen” (HOFFMANN-RIEM, 2004, p. 11).

essa acepção muito mais complexa, introduzindo conceitos como alocação de riscos, taxa interna de retorno, plano de negócios e fluxo de caixa marginal²⁷. Tais conceitos, sob o ponto de vista metodológico da ciência do direito, podem ser considerados como exemplos de conceitos de ligação, trazidos das ciências econômicas e incorporados ao vocabulário dogmático do direito, obviamente em um grau muito mais específico que outros conceitos (como eficiência ou eficácia, por exemplo), a fim de permitir a adequada compreensão de um instituto jurídico: o equilíbrio econômico-financeiro.

Não obstante, a função diretiva, por si só, não envolve compreensão puramente instrumentalista do direito administrativo (VOßKUHLE; WISCHMEYER, 2016, p. 94) e não afasta a concepção segundo a qual o direito é expressão de um sistema de normas submetidas a princípios constitucionais que devem ser observados. A rigor, o fundamento dessa compreensão do direito administrativo deve ser conciliado com as normas constitucionais.

2.1.3 Fundamentação da administração cooperativa a partir da legitimação democrática e da eficiência administrativa

A fundamentação da administração cooperativa pode ser extraída também a partir da legitimação democrática e da eficiência administrativa estabelecidas por normas constitucionais.

A administração cooperativa se apresenta como postulado relevante não apenas para as hipóteses em que a forma unilateral de atuação da Administração Pública venha a ser substituída por fórmulas consensuais ou bilaterais, ainda que essa possa ser a sua faceta mais significativa e inovadora. A rigor, a cooperação serve de parâmetro basilar para a atividade administrativa em sentido mais amplo.

De acordo com Schmidt-Aßmann, a cooperação revela a necessidade de se estabelecerem relações duradouras e a composição de interesses diversos para o procedimento de atuação e decisão estatal:

A prática revela que a cooperação é condição essencial pertencente às regras do Estado. Somente através da cooperação com a sociedade pode o Estado obter informações necessárias à função diretiva, por exemplo no âmbito da legislação

²⁷ Esses conceitos são abordados com maior aprofundamento no capítulo 3.

ambiental. Para isso, não bastam contatos pontuais. Em realidade, resultam necessárias fórmulas de atuação integradas e duradouras que permitam identificar problemas e idealizar soluções de forma conjunta. A policêntrica estrutura decisória do Estado corresponde à existência de redes, cuja densidade pode ser muito variável, de relações de cooperação entre o Estado e a sociedade (SCHMIDT-ABMANN, 2006, p. 176. Tradução nossa²⁸).

O trecho destacado acima denota ainda o seguinte aspecto fundamental para a legitimação da administração cooperativa: “a prática” revela que a cooperação é condição para a atuação do Estado.

Por essa perspectiva, a administração cooperativa não se fundamenta mera e exclusivamente em pressuposto teórico. Tal concepção encontra fundamento na observação da realidade fática enfrentada pela Administração Pública em conjunto com os aspectos normativos do Estado de Direito.

O próprio Schmidt-Abmann é claro ao reconhecer que o ordenamento jurídico alemão não determina a adoção de uma ou outra forma exclusiva de atuação da Administração Pública, seja ela unilateral e hierarquizada, seja ela cooperativa e descentralizada (SCHMIDT-ABMANN, 2006, p. 179). É a partir da necessidade concreta da finalidade a ser atendida pelo Estado, exigida pela ordem jurídica em cada caso, que a Administração Pública deverá adotar uma ou outra forma de atuação autorizada pelo direito.

Assim é que, mesmo a doutrina que destaca a relevância do papel da atuação cooperativa da Administração Pública não chega a afirmar que a atuação consensual ou cooperativa carrega, em si e necessariamente, um valor positivo (BITENCOURT NETO, 2017, pp. 143-144)²⁹. De um lado, a cooperação pode refletir maior participação dos particulares e o aproveitamento de técnicas e recursos privados em benefício do interesse público. Por outro lado, a cooperação

²⁸ No original: “Die Beobachtungen der Praxis zeigen, daß Kooperation zu den Funktionsbedingungen staatlichen Regels gehört. Nur in Zusammenarbeit zwischen Staat und Gesellschaft lassen sich jene Informationen gewinnen, die Steuerung z.B. im Umweltrecht überhaupt erst ermöglichen. Dazu genügen punktuelle Kontakte nicht. Vorausgesetzt werden vielmehr eingespielte, dauerhafte Handlungspraxen, in denen Probleme gemeinsam identifiziert und Lösungen gemeinsam erarbeitet werden. Das polyzentrisch angelegte staatliche Entscheidungsgefüge findet in unterschiedlich dichten Netzen staatlich-gesellschaftlicher Kooperationsbeziehungen seine Entsprechung.”

²⁹ Sobre o tema é bastante clara a explicação ofertada também por Maurer (2012, p. 373-374) em relação ao §54 da Lei de Processo Administrativo alemã (Verwaltungsverfahrensgesetz, ou simplesmente VwVfG). Segundo Maurer, com a promulgação da Lei de Processo Administrativo, o contrato de direito público na Alemanha passou a ser instrumento substitutivo do ato administrativo, alcançado, assim, igual importância à do próprio ato, que sempre foi considerado como forma essencial da atuação do Estado na Alemanha.

pode resultar na inadequada transferência de responsabilidades públicas à iniciativa privada sem a necessária observância do interesse público e das garantias e direitos fundamentais.

Especificamente no direito brasileiro, cumpre avaliar qualquer forma de atuação da Administração Pública a partir dos parâmetros constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, adota-se a linha desenvolvida por Moreira Neto (2003, p. 140). O entendimento de Moreira Neto neste caso se justifica metodologicamente, pois, de forma coerente com o marco teórico ora adotado, o autor pressupõe que a administração cooperativa também parte essencialmente da necessidade fática da atuação administrativa, tendo em vista a reformulação da noção de interesse público ao longo do século XX e que foi consolidada na Constituição da República de 1988 (MOREIRA NETO, 2003, pp. 140-141).

O que é relevante nos apontamentos de Moreira Neto é o aprofundamento da base teórica segundo a qual o interesse público vai além do “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 62), ao indicar a sua necessária vinculação ao chamado “constitucionalismo de resultado” (MOREIRA NETO, 2003, pp.140-141), uma vez que o Estado brasileiro reconhece para si próprio, por meio da Constituição da República, o dever de atingir resultados concretos, aferíveis e que concorram para a satisfação da coletividade. Refuta-se, portanto, o direito constitucional visto sob a perspectiva meramente programática, aproximando-o da realidade social e reconhecendo os desafios concretos a serem enfrentados pelo Estado.

Especificamente no âmbito do direito administrativo, o “constitucionalismo de resultado” pode ser traduzido na “doutrina da administração de resultado” (MOREIRA NETO, 2018, p. 219), segundo a qual é dever da Administração Pública prover, de forma eficiente, as necessidades dos cidadãos. Por esse ângulo, o produto da ação estatal torna-se parte essencial do próprio conceito de interesse público. E a eficiência, considerada como parâmetro voltado à gestão e às formas de alcance dos resultados da atuação da Administração Pública, é considerada tão essencial quanto a própria legalidade administrativa.

Por isso é complexo o papel da Administração Pública na sociedade contemporânea, tanto do ponto de vista material, isto é, de alcançar a eficiência exigida pelo interesse público,

quanto pela demanda constante de legitimação pelas vias democráticas³⁰. As possibilidades da atuação imperativa e unilateral da Administração Pública, embora necessárias, mostram-se insuficientes diante da complexidade social, tornando imprescindível, em paralelo, a atuação cooperativa em face dos próprios comandos constitucionais (MOREIRA NETO, 2018, p. 231)³¹.

Consequentemente, enquanto campo normatizado da atuação do Estado, o direito administrativo deve enfrentar o desafio de fornecer formas de atuação que se mostrem mais adequadas à satisfação do interesse público. Essas formas devem se beneficiar da cooperação administrativa, especialmente nas relações travadas com particulares, englobando os contratos de concessão comum e PPPs.

2.2 As concessões comuns e PPPs como instrumentos da administração cooperativa

Partindo da exposição feita anteriormente, os tópicos seguintes visam analisar os contratos de concessão comum e as PPPs enquanto formas de cooperação entre a Administração Pública e os particulares. O objetivo dessa exposição é contextualizar esses contratos como instrumentos da administração cooperativa.

2.2.1 A natureza jurídica contratual da concessão

Historicamente, é conhecido o debate acerca da natureza jurídica da concessão, que sempre teve como objetivo categorizar o instituto nas formas típicas de atuação da Administração Pública, centrada ora no ato administrativo, ora no contrato administrativo. Em

³⁰ A complexidade ora apontada é refletida, por exemplo, na proliferação de formas de atuação cooperativa positivadas no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. Limitando-se às figuras contratuais, como aponta Medauar (2018, p. 100), podem ser citados os convênios e consórcios públicos, os contratos de gestão, os termos de colaboração e fomento e acordos de cooperação, as concessões de serviço público, as PPPs, assim como a nova previsão do 26 ao Decreto Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), de “permissivo genérico para a celebração de acordos, no âmbito da função de polícia administrativa” (FREITAS; MARQUES NETO, 2020, p. 102).

³¹ De acordo com imagem criativa elaborada por Schmidt-Abmann (2006, p. 37), a ideia de cooperação tornou-se, nos últimos trinta anos, “contagiosa” (ou “*virulent*” no original) não só no direito administrativo como em diversas áreas de referência da administração, tais como o direito ambiental e urbanístico, impregnando-se no agir administrativo para a satisfação dos deveres constitucionalmente imputados ao Estado.

paralelo, também não se ignoram outros modelos híbridos, em que as duas figuras, ato e contrato, são consideradas simultaneamente para categorizar o instituto da concessão³².

Para os defensores das teorias unilaterais, a concessão se institui por ato administrativo unilateral decorrente da manifestação de vontade do poder concedente. A vontade da concessionária, embora presente na configuração do ato, é meramente complementar. O Estado outorga a concessão por intermédio de forma previamente determinada e em moldes e condições fixadas unilateralmente pela Administração Pública, às quais a concessionária simplesmente anui em troca do potencial econômico que lhe é outorgado a partir da exploração do objeto da concessão³³.

Em lado oposto, as teorias contratuais buscam explicar o instituto da concessão como negócio bilateral, oriundo de acordo de vontades entre o poder concedente e a concessionária. De acordo com essas correntes, a vontade de ambas as partes é essencial para a constituição da concessão e para que o instrumento celebrado, na forma de contrato, produza efeitos jurídicos³⁴.

Por fim, existem ainda teorias híbridas, que entendem que há deficiências em ambas as teorias anteriores e que, por isso, buscam harmonizar as duas concepções. Sob essa ótica, a concessão seria instituto complexo, constituído por ato unilateral, que regulamenta a organização e o funcionamento da concessão, e, simultaneamente, por um contrato, restrito ao aspecto econômico da concessão³⁵. No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, pp. 898-899) foi dos mais destacados defensores dessa concepção. O autor enxergou nessa teoria a

³² A sistematização das teorias sobre a natureza jurídica da concessão nos três mencionados grupos é corriqueira na doutrina, como se depreende do entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, p. 879), Fortini (2009, p. 41), Marques Neto (2015, pp. 135-136) e Justen Filho (2003, p. 158).

³³ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, p. 880) apresenta em detalhes os traços de cada uma das teorias citadas. No caso das teorias unilaterais, Bandeira de Mello (1951, pp. 880-882) traça o seu desenvolvimento interno, demonstrando que, mesmo entre os autores que as defendem, não há inteiro consenso quanto às suas respectivas concepções, embora seja mantido o destaque à fixação unilateral do ato concessório. Assim, as teorias unilaterais podem ser subdivididas entre aqueles que entendem a concessão como ato unilateral impositivo; ato unilateral com aquiescência da concessionária; a conjugação de dois atos unilaterais convergentes; ou ato “unilateral plural”.

³⁴ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, pp. 883-888) continua sua exposição, explicitando as divergências doutrinárias sobre a classificação da concessão como contrato entre aquelas que a compreendem como contrato de direito público; contrato de direito privado; contrato misto, sujeito aos regimes público e privado; e contrato de direito privado antecedido de ato unilateral (ato-contrato). Conclui o autor pela prevalência, entre as teorias contratualistas, do entendimento de que, sendo o contrato conceito da teoria geral do direito, não se limitando ao direito privado, a concessão seria caracterizada como contrato de direito público, haja vista a inegável incidência de normas de direito público na relação jurídica consensual formada entre poder concedente e concessionária (a exemplo da possibilidade de delegação da execução material de desapropriação).

³⁵ As teorias complexas, de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, pp. 893-896), por sua vez, podem ser classificadas entre aqueles que entendem ser a concessão um contrato com cláusulas definidas por ato unilateral (as que dispõem sobre os serviços); ato-união, com ato unilateral conjugado com contrato; e simplesmente como ato unilateral complementado por um contrato.

explicação para a possibilidade de o poder concedente fixar unilateralmente as condições de prestação do serviço, em respeito às exigências de interesse público, e, ao mesmo tempo, garantir o respeito à vontade e ao direito da concessionária de explorar economicamente o serviço concedido por meio de acordo de vontade sobre a remuneração a ser auferida³⁶.

Enfrentando de forma detalhada os argumentos de cada uma das teorias brevemente sintetizadas acima, Marques Neto (2015, p. 142) oferece fundamentada explicação acerca da pertinência da compreensão da concessão como instituto de natureza contratual.

Como demonstra o autor, os argumentos utilizados para rebater as teorias contratuais não se sustentam, pois afirmações acerca da existência de desigualdade material entre as partes, da suposta inexistência de espaço para autonomia da vontade na celebração do contrato, do fato de o objeto da concessão ser “coisa fora do comércio” ou da impossibilidade de a Administração Pública se sujeitar a um contrato com prazo determinado não seriam suficientes para se negar o aspecto eminentemente consensual da concessão (MARQUES NETO, 2015, pp. 142-147).

Na realidade, existe na concessão a convergência de interesses que são pautados por manifestações de vontade. De um lado, o poder concedente exprime sua vontade de delegar determinado bem, atividade ou serviço a particulares. De outro, a vontade do concessionário é expressa pela apresentação da proposta necessária à celebração do contrato. As manifestações de vontade, por sua vez, autorizam o vínculo contratual com o estabelecimento de direitos e obrigações a ambas as partes, os quais não necessariamente são estabelecidos de forma estritamente comutativa ou recíproca.

Nessa linha, tem se consolidado a concepção da concessão como instituto eminentemente contratual. Na doutrina brasileira, ao conceituar a concessão, diversos autores caracterizam o instituto como contrato celebrado pelo Estado. Este é o caso, ilustrativamente, para além de Marques Neto, de Fortini (2009, p. 41), Justen Filho (2003, p. 162), Di Pietro (2018, p. 325; 2019, p. 79), Bockmann Moreira (2010, p. 89), Menezes de Almeida (2012, p. 261) e Vernalha Guimarães (2014, p. 28)³⁷.

³⁶ O mesmo entendimento é defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 99).

³⁷ Vale dizer que o próprio ordenamento jurídico, em suas disposições, indica essa mesma conclusão, tendo em vista referências expressas ao aspecto contratual em diversos dispositivos, como o artigo 175, parágrafo único, I, da Constituição da República (BRASIL, 1988), o artigo 4º da Lei Federal nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) e o artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004).

O fato de se definir a natureza jurídica da concessão como contrato, por um lado, permite a melhor compreensão inicial do instituto, haja vista o destaque para o caráter consensual e a própria carga semântica do termo “contrato”.

Por outro lado, classificar determinado instituto como “contrato” pouco diz sobre seu regime jurídico. A atual complexidade do fenômeno da contratualização na Administração Pública, inclusive no Brasil, impede a realização de qualquer afirmação que pretenda identificar um corpo uniforme de normas jurídicas aplicável indistintamente a todo e qualquer contrato administrativo e, muito menos, a todo e qualquer contrato³⁸.

Como consequência, para além da definição do instituto da concessão enquanto contrato, é fundamental traçar os contornos que configuram o objeto desse trabalho, restrito a determinadas espécies contratuais: os contratos de concessão comum e as PPPs, que, por sua vez, podem ser consideradas como espécies de um gênero mais amplo das “concessões” no direito brasileiro.

2.2.2 Delimitação das espécies de concessão comum e PPPs

O conceito de concessão é permeado por debates profundos, haja vista não só sua importância como instituto marcante do direito administrativo, como o seu constante desenvolvimento e sua reconfiguração ao longo do tempo, seguindo o curso evolutivo do próprio direito administrativo (MARQUES NETO, 2015, p. 26).

O próprio uso do termo “concessão” no direito brasileiro é sintomático e revela a profundidade dos debates travados em torno do instituto. De fato, é possível constatar a sedimentação do uso do termo “concessão” em mais de um sentido (DI PIETRO, 2019, p. 79). Ora o termo é utilizado com significado bastante amplo, abrangendo todos os casos em que o Estado, de alguma forma, outorga unilateral ou bilateralmente direitos ou poderes a particulares, ora o vocábulo é usado em sentido restrito, limitado à delegação estatal que tem por objeto apenas atividades classificadas como serviços públicos. De forma intermediária, o mesmo

³⁸ O fenômeno descrito assume, na realidade, caráter global e possui consequências diretas na própria ciência do direito administrativo. Como aponta Auby (2007, p. 2), a multiplicação da utilização de contratos públicos sujeita os sistemas de direito administrativo a dificuldades não apenas práticas como teóricas, sob o ponto de vista dogmático, tendo em vista a necessidade de identificação e tipificação desses contratos em cada ordenamento jurídico.

vocábulo ainda é utilizado para nomear o instrumento de delegação que tem por objeto não apenas serviços públicos, como ainda obras públicas e outros serviços dos quais a Administração Pública pode ser usuária direta ou indireta, além do uso de bens públicos.

De acordo com Menezes de Almeida (2012, p. 262) e Di Pietro (2019, p. 79), o sentido intermediário é o mais comumente adotado no Brasil e leva em consideração principalmente as espécies regulamentadas pela Lei de Concessões e pela Lei de PPPs.

Não por outro motivo, a partir da publicação da Lei de PPPs, diversos questionamentos acerca da caracterização dos contratos de concessão foram retomados e intensificados no direito administrativo brasileiro. Pelo fato de a referida Lei ter expressamente definido as PPPs (isto é, a concessão administrativa e a concessão patrocinada) como espécies de contrato de concessão, que não possuem objeto necessariamente vinculado à prestação de serviço público em sentido estrito e tampouco se baseiam exclusivamente sobre a cobrança de tarifas dos usuários, foram renovados, no início do século XXI, os debates sobre o que poderia caracterizar um contrato de concessão.

Com relação à concessão patrocinada, não houve grande resistência. Isso se deu não apenas pelo fato de nela se verificar a origem das receitas, ainda que parcialmente, pelo pagamento de tarifas por parte dos usuários, como pelo fato de a própria Lei de PPPs, no seu artigo 3º, § 1º (BRASIL, 2004), prever a aplicação subsidiária de dispositivos da Lei de Concessões, mais precisamente o artigo 5º, *caput* e § 2º, e artigo 10, § 3º (BRASIL, 1995). Tais aspectos naturalmente aproximam o regime jurídico das concessões patrocinadas ao regime jurídico das concessões comuns (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 114.).

Ilustrativamente, Sundfeld (2007, p. 21) afirma inclusive que as concessões patrocinadas não constituíram sequer inovação da Lei de PPPs, já que a Lei de Concessões permitia a celebração de contratos com o custeio de parte da receita da concessionária pela Administração Pública: apenas o nome “concessão patrocinada” seria novo, não o instituto propriamente dito. De fato, o pagamento da contraprestação pública em complemento à receita tarifária, na concessão patrocinada, por si só, não representa inovação propriamente dita da Lei de PPPs. Mesmo nas concessões comuns já se admitia o pagamento de subsídio por parte do

Poder Público em complemento à receita tarifária, nos termos do art. 17 da Lei de Concessões, como explica Wallbach Schwind (2010, p. 225)³⁹.

Nada obstante, é inegável que essa sistemática de remuneração ganhou força com a edição da Lei de PPPs, que não apenas previu de forma mais expressa a viabilidade de a Administração Pública realizar pagamento de contraprestação, como ainda estabeleceu a possibilidade de a Administração ofertar garantia do pagamento dessa contraprestação à concessionária, conforme artigo 8º da Lei de PPPs (BRASIL, 2004), por meio da vinculação de receitas e utilização de outros mecanismos como fundos garantidores e garantias prestadas por empresas estatais.

Em relação à caracterização da concessão administrativa como espécie de contrato de concessão, por sua vez, verificou-se maior resistência. Bandeira de Mello, por exemplo, destaca que a concessão administrativa seria uma “falsa concessão, pois a exploração do serviço é que distingue a concessão de um simples contrato administrativo de prestação de serviço” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 114). Zockun (2007, p. 4) segue a mesma linha, afirmando que a concessão administrativa seria, na realidade, mero contrato de prestação de serviços celebrado entre a Administração Pública e um particular e não um contrato de concessão propriamente dito.

Todavia, deve-se reconhecer que a edição da Lei de PPPs, com a criação das modalidades da concessão patrocinada e da concessão administrativa, decorre de um contexto diverso daquele em que publicada a Lei Federal n. 8.666/1993, que disciplina os contratos administrativos em geral e, por isso, contempla normas que diferenciam a concessão administrativa de mero contrato de prestação de serviços.

A Lei Federal n. 8.666/1993 foi publicada em um momento de grande instabilidade econômica, em que não havia grande perspectiva de crescimento ao país. Soma-se a esse cenário econômico a opção jurídica de se tutelar o interesse público, nos contratos administrativos, pelo controle incisivo dos passos adotados pelos agentes públicos (FORTINI; PIRES, 2015, p. 285).

³⁹ A este respeito, vale citar ainda que a Lei Federal n. 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional da Mobilidade Urbana, prevê expressamente a possibilidade de pagamento de “subsídio tarifário” (BRASIL, 2012) pelo poder concedente à concessionária, nos termos do art. 9º, §§ 3º, 4º e 5º.

Dessa forma, a Lei Federal n. 8.666/1993 estabelece prazo de vigência contratual de até 60 meses, podendo ser excepcionalmente prorrogado até 72 meses⁴⁰, além de um regime jurídico que envolve pagamentos periódicos, a partir de medições mensais, observadas as especificidades do projeto básico definido já na licitação pela própria Administração Pública⁴¹. Por essas próprias disposições, o regime da Lei Federal n. 8.666/1993 dificulta a realização de grandes investimentos no âmbito de um contrato, que dependa, por exemplo, de prazos maiores para que os vultosos investimentos possam ser amortizados de forma economicamente sustentável.

Por isso, ainda que permaneça certa relutância em se compreender as PPPs como concessões, em especial a concessão administrativa, outros autores passaram a descolar a noção do serviço público como objeto típico e necessário, ou a remuneração tarifária, como critérios identificadores da concessão no ordenamento jurídico brasileiro⁴², para dar enfoque à finalidade e ao arranjo econômico-financeiro típico das concessões como características marcantes desses contratos⁴³.

Essa é a linha adotada por Caspari Monteiro (2009, p. 179). Após analisar os elementos tradicionalmente identificados pela doutrina como aspectos definidores das concessões a partir do ordenamento jurídico, a autora propõe adotar a função, ou a finalidade desse tipo de contrato, como o critério a ser utilizado para sua definição. Essa função, nas palavras de Caspari Monteiro, é a de viabilizar a realização de investimentos significativos em infraestrutura pública, conferindo a disponibilização de bens e serviços à sociedade:

Nos variados usos da concessão, ela tem sempre servido a uma função: viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade.

⁴⁰ Conforme disposto no art. 57, II, e § 4º da Lei Federal n. 8.666/1993.

⁴¹ Nos termos previstos no art. 6º, IX, e art. 7º, I, §2º, I, da Lei Federal n. 8.666/1993.

⁴² A definição da concessão, nesse sentido, é relativizada a depender do critério a ser utilizado para sua identificação. A título ilustrativo, a União Europeia, que relutou por muitos anos a regulamentar no âmbito do direito comunitário os contratos de concessão justamente em razão dos diferentes critérios utilizados nos diversos países integrantes do bloco, editou em 2014 a Diretiva 2014/23/UE para a regulamentação das concessões. O critério definido na Diretiva para identificar um contrato de concessão é a existência, no contrato, da transferência do chamado “risco de exploração” ao particular (EUROPA, 2014). Este tema já foi tratado em outra oportunidade pelo autor deste trabalho com maior profundidade (VILLANI, 2020, pp. 132-139).

⁴³ Ao refletir sobre a Lei Federal de PPPs, passados dez anos após sua publicação, Justen Filho e Wallbach Schwind (2015, p. 36), afirmam que “a engenharia financeira das PPPs é o elemento que peculiariza esse tipo de contratação. Sob um certo ângulo, ao instituir as figuras das concessões patrocinada e administrativa ao lado das concessões comuns, a Lei 11.079 provocou um descolamento entre os institutos da concessão e do serviço público, ressaltando a técnica concessória como arranjo financeiro útil e eficiente para o desenvolvimento de certos empreendimentos”.

Por um lado, isso explica a razão por que é relativamente comum a referência à concessão como arranjo financeiro, capaz de servir como alternativa à implementação de serviços e empreendimentos públicos que não podem ser custeados exclusivamente pelos cofres públicos.

Por outro lado, para cumprir a função acima, a legislação tradicionalmente lhe tem garantido caráter contratual, visando à estabilidade da relação, com vigência de longo prazo, para viabilizar a amortização dos investimentos realizados; e com remuneração vinculada a resultados, para permitir a apropriação de possível eficiência empresarial (MONTEIRO, 2009, p. 179).

Menezes de Almeida comenta o viés acima adotado e ratifica sua utilização para uma conclusão juridicamente relevante, tendo em vista o tratamento contemporâneo dado à concessão (ALMEIDA, 2012, p. 263). Tal consequência é justamente o fato de que aspectos como o objeto da concessão (serviço público, obra pública e bem público), as condições de realização de investimentos, a origem das receitas da concessionária, o prazo de vigência e as próprias condições para aferição do equilíbrio econômico-financeiro constituem mecanismos aptos a compor o arranjo contratual destinado à disponibilização dos investimentos (MONTEIRO, 2009, p. 205).

Ao se considerar o aspecto funcional, se de um lado fica claro que a concessão é concebida como gênero, que admite diversos arranjos contratuais, de outro, é natural que ganhem relevância justamente as concessões de serviço público e as PPPs, em razão de sua utilização para a realização de grandes investimentos ou prestação de serviços que requerem financiamento capaz de sustentar economicamente o contrato.

É neste contexto, e sem ignorar as concessões como gênero contratual mais amplo, que a análise feita neste trabalho se destina especificamente às espécies das concessões comuns de serviço público (precedidas ou não de obras públicas) regidas pela Lei Federal nº 8.987/1995, e às PPPs, nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada, regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004.

O recorte ora apresentado se justifica especialmente sob o aspecto metodológico. As discussões referentes a compartilhamentos de ganhos de eficiência e equilíbrio econômico-financeiro relatadas na introdução deste trabalho e que constituem objeto específico de investigação parecem se limitar, ou ao menos se concentrar, a essas espécies de concessões. Tal fato se deve tanto ao caráter notadamente oneroso da concessão comum e das PPPs, como em razão do seu arranjo financeiro. Conforme explorado mais adiante, a configuração econômica desses contratos, em conjunto com o seu regime jurídico, criam condições para que esse tipo

de debate se torne mais evidente na concessão comum e nas PPPs, à luz da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Não por acaso, tornou-se usual a elaboração de análises jurídicas limitadas a essas espécies contratuais. Tais estudos tendem a classificar a concessão comum e as PPPs como “contratos complexos” (RIBEIRO, 2011, p. 101), “contratos de longo prazo” (MOREIRA, 2019b, p. 96; GUIMARÃES, 2019, p. 100; BARBOZA, SCHIRATO, 2019, p. 611.) ou “contratos de infraestrutura” (NÓBREGA, 2009, p. 11), como forma, justamente, de se delimitar o campo de análise de modo às vezes mais ou menos preciso. Sob o ponto de vista metodológico, a própria terminologia utilizada pelos autores citados acima revela que o que está sendo considerado, nestes casos, é mais a configuração formal e a finalidade desse tipo de contrato no âmbito da atividade administrativa, com enfoque em aspectos econômico-financeiros, do que propriamente a identificação de um denominador comum extraído de determinada norma jurídica.

Assim, a delimitação do objeto nos moldes ora propostos, enquanto aspecto metodológico, não é novidade. Barcelos Silva e Unes Pereira (2015, p. 102), por exemplo, procuraram diferenciar as concessões que seriam meramente “atributivas”, destinadas a conferir a um particular um direito a ser explorado passivamente (como as concessões de uso), das concessões ditas “prestacionais”. Essas últimas, nas quais se enquadram justamente a concessão comum e as PPPs, seriam aquelas pelas quais o Estado “transfere por contrato um direito a um terceiro, sob a expectativa de que a sua exploração leve à produção de utilidades que beneficiem, direta ou indiretamente, ao detentor original de tal direito” (SILVA; PEREIRA, 2015, p. 103). Essa também não deixa de ser, ainda que menos focada nos aspectos econômico-financeiros, classificação notadamente marcada pelo aspecto funcional das concessões, centrado na finalidade do instituto, tal como trabalhado por Caspari Monteiro (2009, p. 179).

Considerando, portanto, que a concessão comum e as PPPs podem ser compreendidas como institutos de natureza contratual, que estruturalmente outorgam um direito de utilização privativa ou de exploração, gestão ou prestação de serviços, bens ou atividades estatais à concessionária, com o objetivo de viabilizar a realização de investimentos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade, a partir de mecanismos contratuais específicos, cumpre, enfim, avaliar tais arranjos contratuais sob a premissa da administração cooperativa, a partir da função diretiva do direito administrativo.

2.2.3 A composição de interesses na concessão comum e nas PPPs: a função diretiva no âmbito da atuação cooperativa da Administração Pública

A delegação de qualquer serviço ou atividade prestada pelo Estado para a iniciativa privada somente se justifica a partir do atendimento ao interesse público.

Tomando a concepção de que a concessão comum e as PPPs se caracterizam como contratos submetidos a regime de direito público, que têm por objeto a outorga a um particular de um direito de exploração, gestão ou prestação de atividade de interesse da Administração Pública, e que se destina, sob o viés funcional, a viabilizar investimentos para a disponibilização de bens e/ou serviços à coletividade, torna-se evidente que o interesse público não é suficientemente atendido se limitado ao parâmetro normativo da legalidade.

A administração de resultados, tal como explicitada anteriormente, deve ser compreendida como o pano de fundo que ampara as relações concessórias, de modo que, para além da legalidade, a eficiência assume papel imprescindível nas decisões que fundamentam o exercício da função administrativa. Em outras palavras, a decisão pela celebração de contrato de natureza concessória deve ser justificada pela eficiência na prestação do objeto contratual e no potencial de melhor atendimento às finalidades públicas específicas do caso concreto.

Assim, a delegação de atividades aos particulares, por meio de concessão, somente será justificada se evidenciado que tal opção permite o emprego racional dos recursos públicos para que a satisfação da coletividade, em especial dos usuários, seja efetivamente atingida.

Diversas previsões do ordenamento jurídico fundamentam esse pressuposto normativo.

A Lei de Concessões estabelece em seu artigo 6º que toda concessão “pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários” (BRASIL, 1995). Por “serviço adequado” a própria Lei quer dizer tratar-se daquele que satisfaz condições de regularidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e, também, de eficiência, conforme dispõe o §1º do referido dispositivo legal (BRASIL, 1995).

A Lei de PPPs é ainda mais explícita a esse respeito. Devido ao momento histórico em que publicada, pelo potencial de endividamento do Estado e pela nítida inspiração advinda dos modelos contratuais do Reino Unido (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 30) que tinham como enfoque principal não a categorização do objeto contratual como a marca característica das PPPs, a Lei Federal nº 11.079/2004 traz grande enfoque sobre a eficiência na utilização dos

recursos públicos. Basta se atentar para o artigo 4º da referida Lei, que trata dos princípios a serem observados na contratação das PPPs. O primeiro desses princípios, enumerado pelo dispositivo, é justamente “a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade” (BRASIL, 2004). E o princípio que encerra a enumeração dos incisos I a VII segue a mesma linha, ao dispor sobre a “sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria” (BRASIL, 2004).

Da mesma forma, como requisito para os procedimentos da fase interna das licitações de PPPs, a partir das diversas regras de caráter econômico e fiscal constantes do artigo 10, I, alínea “c” da Lei de PPPs (BRASIL, 2004), a doutrina tornou usual a menção à necessária demonstração do *value for money*.

Expressão que evidencia a inspiração das PPPs nos contratos de *Private Finance Initiative* (PFI) do Reino Unido, o *value for money* compreende a demonstração “de que o valor criado para o capital investido (*value for money*) decorrente da gestão privada do empreendimento supera a diferença entre o custo do capital investido pelo setor privado e o custo do capital que poderia ser investido diretamente pelo setor público” (GARCIA, 2019, p. 46). Trata-se, por conseguinte, de uma comparação que tem por objetivo demonstrar que a celebração da PPP tem potencial efetivo de gerar emprego mais eficiente dos recursos públicos do que outras modalidades contratuais⁴⁴.

A legislação, nesse sentido, apenas concretiza a disposição que fundamenta a eficiência administrativa com status de princípio expressamente previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Dessa forma, o cumprimento das disposições legais para demonstração da eficiência que determinado contrato de concessão comum ou PPP pode oferecer nada mais é do que etapa necessária da motivação do ato que decide pela sua celebração.

A partir dessa constatação, a Administração Pública deverá assegurar, na contratação por concessão comum e nas PPPs, que o resultado pretendido seja não apenas potencialmente adequado ao interesse público, como também efetivamente alcançado pelo particular.

⁴⁴ No capítulo 4 é feita exposição mais aprofundada a respeito dos parâmetros constantes da avaliação de *value for money*, com o intuito de caracterizar de forma mais precisa o que se entende por eficiência na contratação de PPPs e concessão comum.

De outro lado, há um aspecto relevante a ser considerado: as concessionárias não vislumbram o atendimento ao interesse público como objetivo principal a ser alcançado, ao assumirem a prestação da atividade delegada.

Não se pode crer que, no sistema capitalista, o fim último de agentes privados que participam de procedimentos de delegação pela via concessória seja o de satisfazer o interesse da coletividade. O que motiva a ação dos particulares a celebrar contratos de concessão comum e PPPs é fator eminentemente econômico: a concessionária visa auferir valores para amortizar os investimentos que tiverem de ser realizados e gozar de alguma margem de lucratividade⁴⁵. Em síntese, os particulares recorrem à possibilidade de serem delegatários do Estado, em razão do potencial de lucro envolvido na prestação da atividade delegada (MOREIRA, 2010, pp. 27-30).

No entanto, é evidente que o lucro vinculado à prestação de atividades estatais não é uma graciosidade concedida pelo Estado ao particular. Não é a esse o propósito a que se destinam a concessão comum e as PPPs, como já analisado. O que o particular poderá vislumbrar é simplesmente uma expectativa de lucro, uma lucratividade potencial, vinculada ao risco da prestação da atividade delegada pelo Estado, que não se confunde com uma garantia de lucro efetivo.

Desse modo, a relação concessória pode ser concebida como vínculo marcado pela racionalidade econômica: o Estado busca a execução de formas mais eficientes de determinada prestação, assim compreendida pelo emprego racional dos recursos públicos para o atingimento de determinado objetivo, enquanto a concessionária, ao prestá-la, tenderá a buscar a maior margem de lucratividade possível. Sobre o tema, destacam-se as considerações de Amaral Garcia:

A ideia que prevaleceu e ainda prevalece é a de implementar o princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos, o que se obtém, principalmente, por meio de uma gestão privada na execução desses serviços, que possa, a um só tempo, satisfazer os anseios e necessidades dos usuários e possibilitar a busca do lucro justo para o executor econômico – porque livremente contratado –, o que, afinal, é o atrativo da

⁴⁵ Racionalmente, os particulares esperam não só “alguma margem de lucratividade”. Ao atuarem na esfera econômica, caso adotem comportamentos racionais, os particulares tendem a ingressar em atividade que ofereça margem de retorno mais vantajosa do que outras oportunidades que poderiam ser por eles aproveitadas. O custo de oportunidade de se empregar recursos em um contrato de PPP ou concessão comum para construção e operação de infraestrutura pública, nesse sentido, deverá ser inferior ao custo de oportunidade de se empregar os mesmos recursos em outra atividade, como aplicações bancárias, participação em sociedades empresárias ou segmentos privados de prestação de serviços.

pretendida colaboração dos agentes privados. Portanto, a nova lógica na prestação das atividades econômicas definidas como serviços públicos está indubitavelmente orientada por critérios de racionalidade econômica [...]” (GARCIA, 2019, p. 22).

Tais considerações corroboram a premissa adotada neste trabalho acerca da racionalidade econômica presente na relação concessória. Em contrapartida, cabe a ressalva de que a gestão privada na execução dos serviços não necessariamente é o principal meio para a implementação da eficiência na prestação de serviços públicos. Trata-se apenas de uma das diversas alternativas para sua prestação, que poderá ser, ou não, uma alternativa eficiente, a depender exclusivamente do caso concreto. O ordenamento jurídico brasileiro autoriza a prestação direta pela Administração Pública, que, por sua vez, pode se dar por inúmeros modelos diferentes, como por meio de uma empresa estatal ou de uma autarquia, sem desconsiderar instrumentos típicos de cooperação, como convênios de delegação para gestão associada e consórcios públicos.

A conclusão pela delegação à iniciativa privada, do ponto de vista jurídico, não se mostra mais ou menos vantajosa ao interesse público do que a prestação direta pelo Estado. É imperioso ressaltar: tal conclusão somente pode ser alcançada em face de cada caso concreto, evidenciando-se os aspectos técnicos e econômicos específicos do objeto a ser delegado.

A racionalidade econômica, de todo modo, evidencia que a relação concessória deverá necessariamente lidar com interesses contrapostos. Com isso não se quer dizer que a concessionária e o poder concedente não possuam interesses parcialmente convergentes para a execução contratual.

Tanto a concessionária quanto a Administração Pública terão interesse em que determinada parcela do objeto, por exemplo, seja concluída pela concessionária para que seja possível a prestação do serviço público e a cobrança das respectivas tarifas dos usuários na concessão comum e na concessão patrocinada. Seria o caso da implantação de novo trecho de uma rodovia, ou a inauguração de um aeroporto, em que a concessionária somente possa cobrar as tarifas após a realização dos investimentos previstos no contrato para a implantação da infraestrutura concedida. O mesmo raciocínio se aplica a uma concessão administrativa em que o cumprimento de marcos de investimentos aciona mecanismos contratuais de aumento do valor da contraprestação. Seria o caso, por exemplo, em uma concessão administrativa para expansão, modernização, manutenção e operação de um sistema municipal de iluminação pública, em que a expansão do sistema, uma vez concluída pela concessionária, permite o recebimento de valor adicional da contraprestação prevista no contrato.

O que quer se destacar, na realidade, é que, além de interesses convergentes, a concessão comum ou as PPPs sempre lidarão com interesses dicotômicos, decorrentes da interação público-privada em sua relação, os quais serão marcadamente econômicos.

Partindo dessa premissa, é possível levantar a hipótese segundo a qual as relações concessórias representam mais um dos diversos institutos jurídicos que destacam os binômios tradicionalmente enfrentados no direito administrativo, isto é, as noções contrapostas de “liberdade/autoridade”, “Estado/indivíduo”, “público/privado”, “legalidade/autonomia da vontade” ou “interesse público/interesse privado”⁴⁶⁻⁴⁷.

Contudo, diante das noções trabalhadas nos tópicos anteriores deste capítulo, é possível afirmar que tal compreensão acerca da concessão comum ou das PPPs parece limitada e não reconhece a complexidade das interações verificadas na execução desses contratos.

Com efeito, não há uma simples oposição binária, ou estritamente comutativa, nas relações concessórias. Pelo contrário, há diversos interesses em jogo. Além dos mencionados interesses do poder concedente (que é o próprio interesse público) e da concessionária (de obter a amortização dos investimentos e ainda certa margem de lucratividade), há ainda os interesses dos usuários, diretos ou indiretos, da atividade delegada⁴⁸.

Essa noção pode ser desdobrada ao se pensar em outros interesses que podem estar diretamente relacionados à concessão, não se limitando à concessão comum ou à concessão patrocinada, nas quais, além do poder concedente, há a figura distinta do usuário. É que podem ser considerados ainda os interesses de seguradoras, agentes de garantia e financiadores (contratados por quaisquer das partes, seja pela concessionária, seja pelo poder concedente),

⁴⁶ São inúmeros os registros doutrinários da concepção do direito administrativo a partir de polos opostos, como explica Di Pietro (2016, p. 186): “por isso, a doutrina administrativista aponta os dois lados do direito administrativo: liberdade do cidadão e autoridade da Administração Pública; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, impõe-se ao Estado a observância de uma série de restrições, muitas vezes expressas por meio de princípios. Para garantir a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução dos seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que têm por objetivo assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. Assim tem sido entendido o regime jurídico administrativo desde as suas origens.”

⁴⁷ Ilustrativamente, em relação à concessão comum, a suposta dualidade entre prerrogativas do poder concedente e direitos da concessionária foi destacada por Castro e Costa (1995, p. 97), ainda em 1995, ao analisar a então “Nova Lei de Concessões”. A contraposição feita pelo autor entre os “direitos e garantias dos concessionários e permissionários”, ampliados pela Lei “em detrimento das chamadas cláusulas exorbitantes” é um típico exemplo da visão tradicional que opõe o público ao privado no âmbito das concessões.

⁴⁸ Neste particular, ao se pensar na concessão de serviço público, ou na concessão patrocinada, verifica-se sua caracterização como arranjo de natureza trilateral entre poder concedente, concessionária e usuários, segundo o qual a concessão corresponde a um arranjo que, para além dos interesses estatais, lida ainda com os interesses da sociedade civil de forma individualizada, na concretização de cada usuário do serviço delegado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 61).

bem como os interesses de eventual verificador independente (figura comum nas PPPs, que tem como principal objetivo a verificação do desempenho da concessionária ao longo da execução contratual) e da entidade reguladora, que pode ser entidade distinta do próprio poder concedente.

Os contratos de concessão comum ou PPP, nesse sentido, caracterizam-se por relações complexas, que contemplam diferentes interesses de forma contínua e prolongada durante toda a sua execução. Por essa via, tratar a concessão sob a forma de um binômio, seja ele qual for, pode ser demasiado simplista. Neste ponto, o entendimento ora adotado converge com o de Justen Filho (2003, p. 62) para quem, “mais do que um contrato comutativo, a concessão é uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de diversa origem e qualitativamente distintos, para a realização de interesses comuns”.

Ainda assim, não parece ser o caso de sustentar que seja possível extrair um interesse comum, como espécie de síntese dialética dos interesses conjugados na relação concessória, segundo a qual os atores nela envolvidos desejassem a execução “de modo eficiente, satisfatório e lucrativo”⁴⁹ do contrato. Pode ser que em determinado período da concessão, ou mesmo ao seu final, o projeto não tenha se mostrado lucrativo à concessionária ou tenha se mostrado insuficiente para suas expectativas financeiras iniciais e nem por isso a concessão terá deixado de atender ao interesse público. Parece mais acertado afirmar que a garantia necessária ao interesse público, nesse ponto, reside na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (havendo lucro ou não ao final da contratação), assim considerado de forma objetiva a partir da alocação de riscos entre as partes, e não no retorno lucrativo esperado pela concessionária.

Diante deste contexto, a atuação cooperativa da Administração Pública permite que as relações concessórias sejam consideradas pela composição permanente de interesses, sendo eles contrapostos ou, em determinada medida, convergentes, para que, em última instância, haja condições para que o interesse público seja atendido⁵⁰.

⁴⁹ A expressão é de Marçal Justen Filho (2003, p. 62), que em certas passagens, deixa crer que o lucro da concessionária também integraria o interesse do Estado e da sociedade civil. Neste particular, parece ser mais acertado que a expectativa real e possível de lucro da concessionária seja algo que integre o interesse do Estado, já que, sem ela, sequer haverá potenciais concessionárias interessadas. Por outro lado, expectativa de lucro não se confunde com o lucro propriamente dito, de modo que a efetiva obtenção do lucro não necessariamente integrará o interesse público almejado pelo Estado.

⁵⁰ Considerando a concepção ampla de cooperação ora adotada para se caracterizar a atuação cooperativa da Administração Pública, não faz sentido afirmar que a presença de interesses contrapostos, típica em diversas formas de contratos, seria suficiente para descaracterizar a atuação cooperativa. Partilhando desse entendimento, destaca-se afirmação de Justen Filho (2021, p. RL-1.8), para quem “as contratações públicas, em si mesmas, traduzem uma concepção cooperativa no relacionamento entre Estado e sociedade”.

Sinteticamente, a composição de interesses nas relações concessórias reside na necessidade de que os interesses de todos os envolvidos na relação jurídica sejam tomados em sua perspectiva coletiva, compondo-os de forma coesa por meio do próprio direito. Deve haver na concessão comum e nas PPPs a busca constante pelo equilíbrio entre os diversos interesses em jogo, inclusive e principalmente entre aqueles que se mostrarem contrapostos. O reconhecimento da contraposição é imprescindível para que o próprio direito possa induzir a cooperação, regulando o comportamento das partes de modo a guiá-lo à prestação mais eficiente do objeto delegado sob o ponto de vista do interesse público. Sem a regulação jurídica, é praticamente impossível conceber um equilíbrio orgânico em um cenário em que há interesses contrapostos e economicamente relevantes.

Esse equilíbrio necessariamente perpassa pela formação de consensos, formalizados nas normas contratuais, na ponderação no exercício das prerrogativas de autoridade do Estado e na efetivação dos direitos e garantias dos usuários e da própria concessionária durante toda a extensão da relação concessória.

Nas palavras de Marques Neto (2015, p. 344), “a concessão se presta a engajar particulares na consecução de finalidades atribuídas ao Estado, desafiando um pouco a noção de que o Estado-administração é o *locus* exclusivo da consecução do interesse público”, de modo que a celebração do contrato passa pela necessidade de assumir que o interesse público deve ser intermediado pela busca explícita de um equilíbrio entre interesses privados que não se confundem, mas que devem ao menos parcialmente coincidir, com o interesse público.

Na mesma linha, Bockmann Moreira (2010, p. 38) explicita que “a concessão há de ser compreendida como a integração cooperativa entre concedente e concessionário” e complementa:

A defesa da colaboração concedente-concessionário tem em mira o fato de que projetos de porte somente são exitosos quando todas as partes tenham como interesse primário o próprio projeto e seu sucesso. A concessão não é singela alternativa institucional para prevenir déficits públicos e/ou gerar lucros às pessoas privadas. Trata-se de instrumento de cooperação e complementariedade público-privada, em que os interesses são horizontalmente alinhados e compostos, com vistas à prestação de serviço público cuja adequação persista no tempo (MOREIRA, 2010, p. 38).

Assim, cabe ao direito administrativo fornecer os instrumentos necessários para promover a cooperação eficiente entre a Administração Pública e os particulares, considerando

os aspectos econômicos da relação concessória. Tais instrumentos podem ser dogmaticamente tratados de forma adequada sob a função diretiva no âmbito contratual.

Como já demonstrado, a função diretiva se verifica na constatação de que as normas jurídicas podem induzir os comportamentos adequados dos agentes contratuais. Se por um lado é desejável que o particular obtenha ganhos de eficiência na prestação do objeto que lhe foi delegado, de outro, a Administração Pública e os usuários, sob a perspectiva do interesse público, podem também partilhar desses ganhos, desde que haja regulação prévia, objetiva e transparente desse compartilhamento. Caso contrário, não só haverá riscos de serem cometidas ilegalidades, violando as garantias e direitos da concessionária, como haverá riscos de que a concessionária sequer seja efetivamente induzida ou economicamente motivada a adotar comportamentos que permitam gerar ganhos de eficiência, prejudicando, enfim, os próprios usuários da atividade delegada que terão o objeto prestado de forma menos eficiente do que seria possível.

Nessa perspectiva, o equilíbrio dos interesses, por meio da função diretiva na cooperação administrativa, é o princípio básico que deve pautar a regulação da relação concessória, não a garantia de retorno financeiro ou de condições fáticas de prestação do objeto contratual fixas no tempo durante todo o prazo da concessão.

A importância da função diretiva do direito administrativo foi reconhecida exatamente nesse sentido por Sérvulo Correia para explicar, por exemplo, a precipitação na utilização das PPPs no contexto português. Segundo o autor, a compreensão da função diretiva permitiria extirpar de novos institutos significados demagógicos ou excessivamente políticos, sem lastro dogmático e jurídico para atendimento dos interesses públicos a partir da atuação da Administração Pública:

Em Portugal, sucessivos governos usaram também esse instrumento para a concretização de objetivos keynesianos de sustentação do emprego e lançamento de poder de compra na economia. Não houve, porém, por tempo considerável, a noção da complexidade do project finance subjacente e da necessidade de acautelamento legislativo de impactes orçamentais futuros. Uma parte considerável das PPPs foi lançada antes da existência de um regime legal específico. E a primeira legislação ocupou-se sobretudo dos esquemas procedimentais de lançamento, modificação e acompanhamento e não também dos requisitos de comportabilidade orçamental. Não terá havido outrossim uma clara visão do papel meramente instrumental das PPPs em relação a investimentos, que têm de vir munidos de uma prévia justificação racional que contemple, relativamente aos que se justifiquem, a hipótese comparativa da sua realização direta pelo Estado. Estão na atualidade postos de pé em Portugal mecanismos mais efetivos de controlo parlamentar e orçamental, mas o problema estava criado, tendo-se levado a cabo nos últimos tempos um esforço intenso de renegociação de PPPs que se revelam financeiramente muito mais gravosas para o

Estado do que o inicialmente previsto. Esse exemplo mostra a importância, salientada pelos adeptos alemães da escola da *Steuerung*, relativamente a áreas de ponta na evolução do ordenamento jurídico, de uma crescente interdisciplinaridade entre a ciência jurídica e outras ciências cujos conhecimentos se revelam fundamentais para a eficiência dos regimes jurídicos (SÉRVULO CORREIA, 2016, pp. 61-62).

Verifica-se, assim, a concepção dos contratos de concessão comum e PPP como instrumentos da administração cooperativa, da qual se pretende partir para análise do instituto do equilíbrio econômico-financeiro e sua relação com os ganhos de eficiência.

3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONCESSÃO COMUM E NAS PPPS

3.1 Construção teórica do equilíbrio econômico-financeiro

O início da construção teórica do equilíbrio econômico-financeiro está relacionado à teoria francesa do contrato administrativo e intimamente ligado aos contratos de concessão de serviços públicos. Foi com base em decisões proferidas pelo Conselho de Estado Francês sobre a execução de contratos de concessão que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi concebido e paulatinamente desenvolvido a partir do século XX (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 27).

Sem que o equilíbrio econômico-financeiro fosse a princípio positivado pela legislação, com contornos claros e precisos, o seu desenvolvimento jurisprudencial foi acompanhado de significativo esforço doutrinário para que fosse possível sistematizar seus principais aspectos, bem como a forma e as hipóteses de sua aplicação (JUSTEN FILHO, 2003, p. 383).

Esse processo influenciou diretamente o direito administrativo de diversos países, inclusive o Brasil, cuja doutrina buscou no direito francês a inspiração para desenvolver uma teoria do equilíbrio econômico-financeiro aplicável aos contratos celebrados pelo Estado brasileiro e que fossem regidos pelo direito público.

Ao se analisar decisões do Conselho de Estado Francês sobre o tema, verifica-se que a teorização do equilíbrio econômico-financeiro foi desenvolvida para que fosse possível explicar a flexibilização de aspectos típicos do direito privado, que prezavam pela rigidez dos contratos, baseados no princípio *pacta sunt servanda* (TÁCITO, 1961, p. 11). A propósito, as primeiras decisões do Conselho de Estado Francês que trataram do que viria a ser futuramente concebido como equilíbrio econômico-financeiro foram proferidas em contextos nos quais a Administração Pública se deparou com a necessidade de alterar obrigações contratualmente previstas para melhor adequá-las ao interesse público.

Marco desse processo foi a decisão proferida em 1910, no caso *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*. Na oportunidade, o Conselho de Estado (FRANÇA, 1910) entendeu cabível a superveniente alteração unilateral do escopo de obrigações da concessionária de serviços ferroviários por razões de interesse público, desde que

se preservasse a “equivalência honesta” estabelecida entre as partes no momento da celebração do ajuste.

O referido julgado é repetidamente citado na doutrina brasileira como aquele que sedimentou as bases do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e que viriam a ser reforçadas em casos futuros⁵¹, quais sejam: (i) a prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos administrativos; (ii) a contrapartida ampla a esta prerrogativa, correspondente à manutenção do equilíbrio do contrato, em homenagem ao sinalagma original da relação jurídica estabelecida entre as partes; (iii) a intangibilidade desse equilíbrio (ou seja, a sua proteção contra as prerrogativas estatais); e (iv) o caráter eminentemente retrospectivo e protetivo do equilíbrio econômico-financeiro, calcado na finalidade de se preservar um estado de coisas anterior em face de decisões supervenientes proferidas pela Administração Pública.

Trata-se, portanto, de uma hipótese específica do que posteriormente veio a ser chamado pela doutrina de álea extraordinária, e, mais precisamente, de álea administrativa: o exercício superveniente de uma prerrogativa estatal que altera o objeto contratual e tem por consequência o dever de recomposição da equação original entre encargos e remuneração da concessionária.

Entretanto, essas bases logo se mostrariam insuficientes, caracterizando apenas uma das facetas que viriam a compor uma garantia mais ampla, relacionando o equilíbrio econômico-financeiro à teoria da imprevisão e à caracterização não apenas da álea administrativa, como também da álea econômica nos contratos administrativos⁵².

Em outro caso muito citado pela doutrina brasileira, datado de 1916, envolvendo a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, o Conselho de Estado tratou não de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, mas de fato externo, considerado extraordinário e superveniente, relacionado à conjuntura econômica europeia que havia sido fortemente afetada pela Primeira Guerra Mundial (FRANÇA, 1916). Em decorrência do conflito armado, quintuplicaram-se os preços do principal insumo para a prestação do serviço de iluminação pública, tornando inviável a execução do contrato de concessão objeto do aresto.

⁵¹ Ilustrativamente, em trabalhos específicos sobre o tema, fazem referência ao caso Lins Alencar (2019, pp. 38-39), Kaercher Loureiro (2020, p. 60) e Tácito, sendo este último em mais de uma oportunidade (1961, p. 4; e 1992, p. 92).

⁵² A diferenciação das áleas como base para configuração teórica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi destacada por Tácito (1961, p. 8), influenciando de forma significativa toda a doutrina brasileira sobre o tema: “Não se confunde a álea administrativa – em princípio imputável à administração – com a álea financeira normal, que integra o risco da exploração do serviço, atribuível ao co-contratante, nem tampou com a álea econômica [...] com referência à teoria da imprevisão.”

Dessa forma, o Conselho de Estado Francês (FRANÇA, 1916) autorizou a realização de aporte extraordinário pela Administração Pública para que a concessionária pudesse suportar uma parcela do prejuízo sofrido, mas não todo o prejuízo, com o objetivo específico de se viabilizar a continuidade do serviço público.

Ou seja, diferentemente da hipótese de alteração unilateral, em que deveriam ser integralmente recompostos os prejuízos sofridos na esfera jurídica da concessionária afetada direta e exclusivamente por uma decisão do poder concedente, o que se verificou na decisão de 1916, em razão da chamada álea econômica extraordinária, foi a determinação de indenização do quanto necessário para a continuidade do serviço em decorrência de fato externo ao próprio contrato.

Como esclarece Kaercher Loureiro (2020, p. 61), não há no julgado de 1916 a invocação de um suposto equilíbrio original, mas a exigência de providência reparadora para partilha dos prejuízos apenas para garantir-se a continuidade do serviço público concedido. Há um enfoque, assim, mais voltado ao futuro e à continuidade do objeto contratual e não necessariamente relacionado a uma equação originalmente estabelecida quando da celebração do contrato.

Em paralelo, a jurisprudência do Conselho de Estado Francês ainda traçou bases acerca da teoria do fato do príncipe, assim considerada outra espécie de álea administrativa e que também passou a integrar a noção ampla do equilíbrio econômico-financeiro⁵³. A teoria do fato do príncipe foi inicialmente construída a partir da hipótese em que a Administração Pública age em âmbito externo ao contrato, mas acaba por impactar o contratado de forma especialmente onerosa (JUSTEN FILHO, 2003, p. 385)⁵⁴. Uma vez caracterizado o fato do príncipe, o contratado teria direito a ser integralmente ressarcido.

Esse histórico de decisões, com grande enfoque nas hipóteses em que o desequilíbrio contratual era causado pela própria Administração Pública, pode ter sido o motivo pelo qual o

⁵³ Como aponta Kaercher Loureiro (2020, p. 63), podem ser citados os seguintes casos decididos pelo Conselho de Estado Francês: Conseil d'État 28 décembre 1924 Tanti; Conseil d'État Compagni Maseillaise de Navigation à Vapeur Fraissinet, 1934; Conseil d'État 4 mai 1949 Ville de Toulon; Conseil d'État 28 avril 1939 Cie des Chemins de Fer de l'Ouest; Conseil d'État 10 février 1943 Aurrant; Conseil d'État 26 janvier 1938 Barre.

⁵⁴ De forma objetiva, Dutra de Araújo (2013, p. 74) diferencia a figura do fato do príncipe do chamado fato da administração: “Nessa espécie contratual, como se defere à Administração Pública um amplo poder de alteração unilateral das cláusulas relativas à sua execução pela outra parte, o princípio da manutenção do equilíbrio contratual é dos mais relevantes. Calca-se na permanente garantia de recomposição das vantagens patrimoniais do contratado, como contrapartida de sua permanente sujeição às alterações determinadas pelo Poder Público, atue este na condição de contratante, ou na condição de conformador da vida social, por meio de normas gerais e abstratas, mas que possam influenciar as condições de execução dos contratos. Na primeira hipótese fala-se em fato da administração, enquanto na segunda trata-se do chamado fato do príncipe”.

equilíbrio econômico-financeiro já foi constantemente apontado na doutrina como contramedida que assegurasse os direitos do particular em face das prerrogativas exorbitantes da Administração Pública ou de áleas extraordinárias⁵⁵.

No entanto, a faceta do equilíbrio econômico-financeiro como garantia protetiva apenas do particular não pode ser confundida com o próprio instituto. Não se sustenta a afirmação de que o equilíbrio econômico-financeiro, mesmo em sua dimensão teórica, visa unicamente proteger o particular, seja contra a Administração Pública, seja contra fatores externos e extraordinários. O próprio aresto de 1916 do Conselho de Estado Francês, no qual se decidiu pelo aporte econômico do necessário à continuidade do serviço (e não à reparação integral dos prejuízos do particular), demonstra que o equilíbrio econômico-financeiro não foi concebido apenas como direito do particular, ainda que essa possa vir a ser uma de suas facetas mais destacadas historicamente.

Como será visto mais adiante, no direito positivo brasileiro, tampouco é possível identificar normas que garantam apenas ao particular o direito de ter o contrato reequilibrado em seu favor, sem que o Estado possa também invocar a aplicação do instituto em seu benefício a depender das condições do caso concreto.

Do ponto de vista teórico, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro se apresentou historicamente como uma espécie de garantia de ambas as partes em face de eventos gravosos supervenientes, verificados ao longo da execução contratual e que impactam o contrato de maneira especial. Contudo, ao se tratar do instituto em sua perspectiva normativa, a forma como quaisquer eventos impactam o contrato e as consequências a serem assumidas pelas partes em decorrência da concretização do evento não pode decorrer simplesmente de uma teoria geral e abstrata sobre o equilíbrio econômico-financeiro, e sim do modo como o próprio ordenamento jurídico trata o instituto.

Tal como explorado mais a frente neste capítulo, no direito brasileiro, os eventos futuros que impactam a execução contratual (extraordinários ou não) são traduzidos como riscos que são alocados entre as partes pelo próprio ordenamento jurídico, assim consideradas as normas legais e as normas infralegais.

⁵⁵ Esta parece ser a tônica da exposição do instituto, por exemplo, nas lições de Lopes Meirelles (2016, p. 243) e Tácito (1961 p. 2).

Nesse passo, as teorias inicialmente desenvolvidas pela doutrina estrangeira e pela doutrina brasileira a partir das decisões do Conselho de Estado Francês, embora tenham permitido a sistematização de diversos aspectos do instituto, que inclusive influenciaram de forma significativa o direito positivo, não podem ser consideradas como fonte direta ou principal para a interpretação no direito brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas jurídicas específicas que positivaram o equilíbrio econômico-financeiro e que o distanciam em certos aspectos das noções teóricas construídas no início do século XX, sobretudo no que se refere aos contratos de concessão comum e PPPs, de modo que sua compreensão deve ser extraída a partir do próprio ordenamento vigente.

Em certo sentido, é o que parece afirmar Bockmann Moreira (2010, p. 401) ao dizer que ou bem se desenvolve uma teorização que leve em consideração as peculiaridades da relação jurídico-concessionária contemporânea, tendo em vista aspectos jurídicos e econômico-financeiros, ou será perpetuada a aplicação de teorias aptas a explicar outros contratos que não coincidem com os atuais contratos de concessão, em conformidade com seu regime jurídico.

3.2 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs no ordenamento jurídico brasileiro

Os tópicos desenvolvidos a seguir visam analisar os contornos do equilíbrio econômico-financeiro, no âmbito dos contratos de concessão comum e PPPs, partindo especialmente das normas da Constituição da República de 1988, da Lei de Concessões e da Lei de PPPs. A exposição visa fundamentar a concepção do equilíbrio econômico-financeira a partir da base constitucional e legal do ordenamento jurídico.

3.2.1 A Constituição da República e o equilíbrio econômico-financeiro

O artigo 37, XXI, da Constituição é a norma a partir da qual parcela relativamente consolidada da doutrina extrai suposto princípio constitucional do equilíbrio econômico-

financeiro dos contratos administrativos⁵⁶. Mais precisamente, tal princípio é extraído da parte final do inciso XXI, que prevê que os contratos administrativos devem possuir “cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Com base no referido dispositivo, essa corrente doutrinária sustenta que a proposta apresentada pelo particular no momento da celebração do contrato estabelece não apenas o vínculo jurídico entre as partes, como também as bases econômicas refletidas nos encargos que lhe são repassados e a respectiva remuneração consolidada em uma espécie de equação original. Essa relação, fixada a partir da proposta, configuraria uma equação que deve ser incondicionalmente mantida entre as partes ao longo de toda a execução do contrato.

Em contrapartida, outra parcela da doutrina tem, mais recentemente, criticado referido entendimento⁵⁷. Partindo do histórico das Constituições anteriores, que continham previsões expressas sobre o equilíbrio econômico-financeiro, e que não foram mantidas no texto constitucional de 1988, essa corrente entende que o texto vigente não possui qualquer dispositivo que estabeleça o equilíbrio econômico-financeiro como princípio ou garantia constitucional.

Os fundamentos que sustentam essa afirmação partem, em síntese, do argumento de que a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” (BRASIL, 1988) não seria equiparável a uma exigência para se manter ao longo de todo o contrato e, em qualquer caso, a equação econômico-financeira que decorre da proposta, uma vez que “proposta” sequer poderia ser considerado como sinônimo de “equação econômico-financeira”⁵⁸. Consequentemente, todo o regime do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, incluídos os contratos de concessão comum e PPPs, estaria previsto em sede infraconstitucional, ou seja, em sede de lei, de modo que a Constituição nada tivesse a dizer sobre o tema e muito menos sobre os fundamentos teóricos construídos pela doutrina a partir das decisões do Conselho de Estado Francês.

⁵⁶ Exemplificativamente, Bandeira de Mello (2016, p. 770) e Lopes Meirelles (2016, pp. 243-244).

⁵⁷ Argumentam nessa linha Lins Alencar (2019, p. 65) e Kaercher Loureiro (2020, p. 135), por exemplo.

⁵⁸ No que tange especialmente às concessões de serviço público, verifica-se entendimento de que o artigo 37, XXI, como um todo, sequer se aplicaria aos contratos de concessão comum, os quais seriam restritos a contratos que têm por objeto “obras, serviços, compras e alienações”, nos termos da parte inicial do dispositivo. Desse modo, as concessões de serviço público seriam regidas exclusivamente pelo artigo 175 da Constituição, o qual, por sua vez, tampouco faz qualquer referência expressa ao equilíbrio econômico-financeiro, limitando-se a exigir, no que se refere a aspectos econômicos das concessões, que a lei estabeleça a política tarifária. Este é o entendimento adotado, por exemplo, por Kaercher Loureiro (2020, pp. 122-123).

Feita essa exposição, entende-se que é parcialmente acertada a crítica acima, no que se refere à interpretação da Constituição e sua relação com teorias abstratas sobre o conteúdo normativo do equilíbrio econômico-financeiro. De fato, a interpretação de que o dever de manter as “condições efetivas da proposta” (BRASIL, 1988) equivaleria a um dever geral e abstrato do Estado de preservar em favor do particular uma equação matemática original fixada quando da celebração do contrato, em face de qualquer alteração extraordinária superveniente, apenas e tão somente a partir da norma constitucional, não se sustenta.

Em primeiro lugar, a Constituição não estabelece quais seriam as condições efetivas da proposta que devem ser mantidas. Tais condições somente podem ser observadas a partir da realidade fática e das normas legais e contratuais que disponham sobre elas.

Ao elaborar sua proposta, o particular analisa o objeto do contrato e as condições para sua execução, aí incluídos, por exemplo, o prazo para cumprimento das obrigações, os recursos dos quais deverá dispor para concluir o objeto contratual, as obrigações tributárias e as condições de remuneração previstas no contrato. Essa análise tem como objetivo organizar informações para que possam ser projetadas no futuro com certo grau de racionalidade e previsibilidade com o objetivo de permitir ao particular, enquanto agente econômico, precificar sua proposta. Em outras palavras, as condições observadas pelo particular na elaboração da proposta são equivalentes não apenas aos fatos, mas à alocação de riscos dada pelo ordenamento jurídico como um todo (e não apenas pela Constituição, que aliás, nada dispõe sobre alocação de riscos) para a execução do contrato.

Em segundo lugar, e este parece ser o aspecto mais relevante da crítica ora exposta, a previsão constitucional não possui qualquer elemento textual que remonte às noções teóricas tradicionalmente sistematizadas pela doutrina entorno das áleas extraordinária, administrativa ou econômica. Não parece ser possível extrair, apenas a partir do referido dispositivo constitucional, uma teoria com a definição dessas áleas, as consequências decorrentes de sua concretização e as respectivas responsabilidades do Estado ou do particular. Sem as disposições da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou, anteriormente, da Lei Federal nº 8.666/1993, ou daquelas constantes das Leis de Concessão e PPPs, não é possível extrair de qualquer norma constitucional um significado preciso sobre o que vem a ser o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, como ele se aplica, em que hipóteses ele deve ser considerado e quais seriam as formas de operacionalizá-lo para se recompor a equação contratual. Da simples locução “mantidas as condições efetivas da proposta” (BRASIL, 1988) não é possível construir contornos concretos.

Enfim, o que a norma constitucional garante é simplesmente que as condições que foram consideradas por ambas as partes no momento da elaboração da proposta, que podem ser interpretadas simplesmente como a alocação de riscos prevista no ordenamento jurídico, sejam mantidas em face das previsões contratuais e legais que assegurem a remuneração estabelecida pelo contrato⁵⁹. Trata-se, em última instância, de uma garantia abstrata de que ambas as partes não podem surpreender a parte contrária no curso da execução contratual com a modificação superveniente da alocação dos riscos, cabendo necessariamente à lei dispor mais detalhadamente sobre como se dará a respectiva alocação nos contratos a serem celebrados. Destaca-se, nesse sentido, que o dispositivo constitucional prevê expressamente que as condições efetivas da proposta devem ser mantidas “nos termos da lei”(BRASIL, 1988).

Sendo assim, caso se chame essa garantia de uma garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, tal nomenclatura não equivale, materialmente, a uma proteção do particular ou do Estado em face de quaisquer “áreas” ou mesmo de forma genérica em face de uma “área extraordinária” e que teria como consequência o retorno a um situação anterior à concretização da área. Cuida-se, na realidade, de uma garantia muito mais abstrata e que depende de previsão legal para ser interpretada de forma concreta e objetiva.

Ainda assim, essa interpretação não autoriza o Estado a sujeitar o particular a condições puramente arbitrárias durante a execução do contrato. Outros princípios constitucionais mais amplos, aplicáveis inclusive para além dos contratos administrativos, como o princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa ou o princípio geral da vedação ao enriquecimento ilícito, estabelecem parâmetros mínimos sobre o que a legislação ou mesmo o contrato podem dispor sobre a alocação de riscos entre as partes.

Justen Filho dá exemplo nesse sentido, ao discorrer sobre o artigo 10 da Lei de Concessões, unanimemente apontado como o dispositivo legal que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro para os contratos de concessão comum:

⁵⁹ Este entendimento é defendido por Portugal Ribeiro (2011, p. 108), referindo-se ao artigo 37, XXI, da Constituição: “parece-nos absolutamente claro que o dispositivo acima garante apenas a manutenção das condições efetivas da proposta em relação às obrigações de pagamento. Para voltar à linguagem que utilizamos até aqui, o que o dispositivo constitucional garante é apenas a conexão entre as condições subjacentes à elaboração da proposta (isto é a matriz de riscos contratual em vista da qual a proposta foi feita), e o sistema de pagamentos previsto no contrato. Em plena coerência com o que defendemos nos itens acima, a Constituição Federal garante apenas a estabilização da equação econômico-financeira do contrato – entendida essa equação nos moldes que explicamos no item III.5.1.1 acima, como conexão entre o conjunto de riscos transferidos pelo contrato para o parceiro privado e a remuneração prevista, para tanto, no contrato.”

A regra contemplada no artigo 10 da Lei nº 8.987 deve ser interpretada de modo compatível com a disciplina constitucional e com algumas ponderações realizadas anteriormente.

O dispositivo consagra a função da disciplina contratual de recomposição da equação econômico-financeira, o que apresenta significativa relevância nas hipóteses em que a estrutura tarifária não se faz pelo custo do serviço. Afinal, consagrada uma tarifa pelo custo do serviço, há uma vinculação permanente da remuneração do concessionário às despesas em que incorre. Quando, porém, a tarifa for fixada segundo outros critérios, consagrando um dever de eficiência para o concessionário, a situação se altera. É evidente que seria inconstitucional uma previsão editalícia negando ao concessionário, de modo puro e simples, a garantia de revisões de tarifa ou estabelecendo regras atribuídas sobre o modo de cálculo do reajuste. O que se admite, isto sim, é a ampliação da aleatoriedade da exploração, desde que todas as condições sejam claras e precisamente fixadas por ocasião da licitação. O que se pretende é incorporar não apenas as garantias constitucionais já referidas anteriormente, mas também o princípio da segurança do Direito. O concessionário tem de conhecer, de modo exato e perfeito, os riscos que assumirá (JUSTEN FILHO, 2003, p. 395).

Por isso, considerando que o próprio artigo 37, XXI, da Constituição faz menção expressa à lei como o meio pelo qual deve ser disciplinada a manutenção das condições efetivas da proposta, é forçoso reconhecer que a especificação e a determinação dos contornos do equilíbrio econômico-financeiro deverão necessariamente ser extraídas das normas legais.

3.2.2 O equilíbrio econômico-financeiro na Lei Federal nº 8.987/1995

A Lei de Concessões foi editada a fim de dar cumprimento ao artigo 175 da Constituição de 1988, estabelecendo o regime jurídico das concessões e permissões de serviço público.

A Lei utiliza-se expressamente do termo “equilíbrio econômico-financeiro” em dois dispositivos: no artigo 9º, §2º e no artigo 10, ambos situados no Capítulo IV, que trata da “política tarifária” (BRASIL, 1995).

Outras disposições da Lei também são relevantes para o tema, como será analisado a seguir, pois explicitam diretrizes para a alocação de riscos na concessão comum em hipóteses específicas, implicando uma conformação objetiva do equilíbrio econômico-financeiro que deverá ser necessariamente observada nos respectivos contratos.

Neste panorama, o artigo 10 da Lei de Concessões tem papel de maior relevância na compreensão do equilíbrio econômico-financeiro, pois estabelece regra geral segundo a qual o contrato é o instrumento que deve estabelecer as condições para a configuração e manutenção

do equilíbrio econômico-financeiro (BRASIL, 1995)⁶⁰. A simplicidade da redação do dispositivo não desvaloriza sua importância. Ao menos três aspectos bastante relevantes podem ser extraídos da norma⁶¹.

O primeiro é que o contrato deve ser considerado como o instrumento apto a definir as condições do equilíbrio econômico-financeiro de cada concessão, observando-se as diretrizes gerais da legislação. A Lei concede margem de discricionariedade para que a Administração Pública, em face das nuances e peculiaridades de cada caso concreto, possa estabelecer normas específicas para o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato. Logo, não se pode afirmar a existência de um único regime jurídico, com consequências e hipóteses idênticas de aplicação para todos os contratos de concessão comum no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro. Pelo contrário, cada contrato deve estabelecer regras específicas, de acordo com o objeto da concessão.

Em segundo lugar, a norma do artigo 10 cria uma presunção para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro: sempre que as condições do contrato forem atendidas, presume-se que o equilíbrio se encontra devidamente mantido. A norma afasta, portanto, a aplicação de um dever geral e abstrato de se manter uma correlação matemática entre os ônus e a remuneração original da concessionária, como se essa relação tivesse de ser invariavelmente mantida, durante o prazo de vigência da concessão.

Com isso, quer-se dizer que não será qualquer variação com impactos econômicos na concessão que servirá de fundamento para reequilíbrio em benefício da parte que tenha sido prejudicada por essa variação.

De acordo com o artigo 10 da Lei de Concessões, caso determinada variação não represente um evento demarcado pelo próprio contrato como um evento de desequilíbrio, presume-se que a equação econômico-financeira se encontra devidamente preservada, não havendo o que se reequilibrar. E por se tratar de presunção legal, caberá à parte interessada demonstrar que determinado evento, à luz das normas contratuais, de fato representa um rompimento dessa presunção, comprovando-se que as condições do contrato não foram

⁶⁰ Como esclarece Bockmann Moreira (2010, p. 388): “O artigo 10 da Lei 8.987/1995 pretende estabelecer relação entre as ‘condições de contrato’ e o equilíbrio econômico-financeiro do projeto concessionário. Este será atendido se e quando aquelas sejam respeitadas. São claras as ideias de base objetiva do negócio, harmonia e inalterabilidade transmitidas pelo texto normativo.”

⁶¹ Tais aspectos partem de conclusões descritas por Lins de Alencar (2019, pp. 74-75).

atendidas e demonstrando os impactos econômicos sofridos, para evidenciar, assim, a ocorrência do desequilíbrio.

Por último, de acordo com o artigo 10 da Lei de Concessões, o contrato pode estabelecer normas que autorizem ou mesmo prevejam a ocorrência de determinadas variações ou modificações futuras na execução do objeto concedido, que possam impactar econômica ou financeiramente a concessão, sem que tais modificações impliquem o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. Cuida-se de disposição que confere flexibilidade aos aspectos econômico-financeiros das concessões, e que, como analisado mais adiante, é essencial em razão das próprias características desse tipo de contrato, inclusive como instrumento para o compartilhamento de ganhos de eficiência.

Dois exemplos podem ilustrar a afirmativa acima, considerando-se aplicação do reajuste contratual e a realização de revisões tarifárias periódicas.

Tendo em vista que a variação de custos de determinados insumos pode ter impacto significativo na sustentabilidade econômico-financeira da concessão⁶², o contrato pode estabelecer fórmulas de reajuste específicas, com o objetivo de capturar essas variações da forma mais precisa possível, mantendo a aderência dos custos incorridos pela concessionária aos valores reais praticados no mercado. Todavia, existe a possibilidade de que, em determinado período, a aplicação da fórmula de reajuste contratual seja insuficiente, do ponto de vista matemático, para capturar toda a variação do referido insumo, de modo que a concessionária seja obrigada a arcar com uma parcela da variação positiva do custo do insumo. Caso o risco dessa variação tenha sido contratualmente alocado à concessionária (ainda que mitigado pela aplicação do reajuste), a aplicação da norma contratual que estabelece a fórmula do reajuste que não capture toda a variação real do insumo, por conseguinte, não autorizará o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para além do valor reajustado.

Na mesma linha, o contrato de concessão comum pode prever que a cada ciclo de quatro ou cinco anos deverá ser realizada revisão ordinária das tarifas, a depender do modelo tarifário

⁶² A “sustentabilidade econômico-financeira” não se confunde com a noção jurídica do “equilíbrio econômico-financeiro”. Com a primeira, quer-se fazer referência às condições fáticas e econômicas para que o contrato se mantenha e possa ser devidamente concluído pelas partes. Assim, a má execução do contrato pelo particular relacionada ao emprego de técnicas inadequadas nas obras de engenharia de um contrato de concessão que aloca para o particular o risco pela execução das obras, podem levar o concessionário à falência caso ele venha a ser obrigado a refazer todos os investimentos, tornando o contrato fática e economicamente insustentável. Neste exemplo, fica evidente que a sustentabilidade econômico-financeira do contrato foi rompida, o que, no entanto, não significa que houve o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

adotado. Nesse sentido, as normas contratuais podem estabelecer, entre outros aspectos, que a revisão tarifária deve contemplar a incidência de um fator de eficiência a ser descontado do valor da tarifa aplicável ao ciclo seguinte pela concessionária, usualmente denominado de “fator x”, considerando-se o modelo tarifário de preço-teto⁶³. Caso a concessionária não seja eficiente o bastante para gerenciar seus custos de modo que a aplicação do fator de eficiência na revisão ordinária implique uma tarifa que não lhe assegure a margem de lucros inicialmente esperada, tal fato tampouco resultará em desequilíbrio contratual.

O exemplo acima ilustra não apenas a aplicação do artigo 10 da Lei de Concessões, como também do artigo 9, §2º, segundo o qual o contrato pode prever mecanismos de revisão tarifária para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão (BRASIL, 1995). Com tais disposições, a Lei prevê expressamente que a revisão do valor das tarifas é um dos instrumentos a ser considerado para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que pode ser utilizado tanto de forma remediativa, isto é, em resposta a um evento ocorrido durante a execução contratual e que, observada a alocação de riscos, impacta uma das partes do contrato, como de forma propositiva, visando estabelecer novos parâmetros tarifários para o futuro a fim de manter a atualidade da concessão em termos de eficiência de mercado e/ou para incorporação de novas tecnologias, incluindo tais fatores na base objetiva contratual que compõe o equilíbrio econômico-financeiro.

A revisão tarifária, nesse sentido, torna-se relevante instrumento para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e pode ser usada para tornar a execução contratual mais eficiente, viabilizando, inclusive, o compartilhamento de ganhos de eficiência obtidos pela concessionária na execução do contrato⁶⁴.

São tais disposições que permitem, enfim, que o contrato estabeleça alocação de riscos específica, enfraquecendo interpretações vislumbradas na doutrina no sentido de que o artigo 2º, II e III, da Lei de Concessões, ao dispor que a concessão comum é explorada pela concessionária “por sua conta e risco” (BRASIL, 1995), seria suficiente para que a concessionária assumisse de forma ampla todo e qualquer risco relacionado ao objeto da

⁶³ A menção feita a modelos tarifários, por ora, visa apenas ser utilizada como exemplo para a interpretação do artigo 10 da Lei de Concessões. Aspectos referentes aos modelos tarifários são abordados de forma mais detalhada no capítulo 5.

⁶⁴ Este ponto é objeto de análise mais detalhada no capítulo 5, haja vista sua relevância para o objeto deste trabalho

concessão ou ao menos todos os riscos tradicionalmente considerados ordinários. Esse tipo de interpretação foi criticado especialmente por Augusto Perez⁶⁵:

Impõe-se, logo, sanar a aparente contradição do artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, interpretando em termos sistemáticos (e não literalmente) ou com os devidos temperamentos a expressão ‘por sua conta e risco’ utilizada pelo legislador. O que defendemos, nesse sentido, é que ‘por sua conta e risco’ não importa em transferência ao concessionário dos riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário, aqueles riscos que o contrato expressa ou implicitamente, lhe transferir” (PEREZ, 2006, p. 130).

Partilhando desse entendimento, a concessionária será responsável pelos riscos assim alocados pelo contrato, de modo que a exploração “por conta e risco” não se confunde com um princípio subsidiário que aloque todo e qualquer risco à concessionária.

Como se vê, ao elaborar as normas contratuais, o poder concedente tem margem de discricionariedade para alocar os riscos entre as partes, visando à execução eficiente do objeto da concessão, a partir das peculiaridades e características de cada objeto.

Paralelamente à regra geral do artigo 10, a Lei de Concessões estabelece, no entanto, exceções que limitam a margem de discricionariedade do poder concedente no momento da alocação de riscos⁶⁶.

De antemão, a Lei de Concessões (BRASIL, 1995) fixa a alocação de determinados riscos ao dispor: (i) no artigo 9º, § 3º, que ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, em momento posterior à apresentação da proposta, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso; e (ii) no § 4 que, caso haja alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

⁶⁵ Crítica no mesmo sentido é feita ainda por Fortini (2009, p. 43), Amaral Garcia (2019, pp. 37-38) e Lins Alencar (2019, p. 77).

⁶⁶ “Neste particular, as escolhas realizadas com vistas a definir o conteúdo dos contratos administrativos e sua equação econômico-financeira são escolhas discricionárias [...]. O princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência [...]. O conteúdo jurídico dessa diretriz tem uma forte interface com a teoria econômica que orienta a distribuição de riscos contratuais, determinando ao gestor a observância de certas regras e premissas econômicas para esse fim” (GUIMARÃES, 2019, p. 107).

Do §3º depreende-se que qualquer variação da carga tributária que afete a execução dos serviços, ressalvados os impostos sobre a renda, não poderá beneficiar ou prejudicar quaisquer das partes: o contrato, nessa hipótese, será considerado desequilibrado, devendo-se obrigatoriamente reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Do § 4º, por sua vez, infere-se que a Lei de Concessões incorporou hipótese específica oriunda da doutrina construída a partir das decisões do Conselho de Estado Francês: reconhece-se a prerrogativa de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente, a qual, no entanto, é condicionada ao concomitante reequilíbrio contratual, de modo que o risco de alteração unilateral do contrato de concessão comum deve ser sempre alocado ao poder concedente⁶⁷. Diante de tais previsões legais, por conseguinte, verifica-se limitação à discricionariedade da Administração Pública ao estabelecer as normas contratuais, que não poderão contradizer as disposições da Lei.

3.2.3 O equilíbrio econômico-financeiro na Lei Federal nº 11.079/2004

A Lei de PPPs, ao contrário da Lei de Concessões, não faz qualquer menção à expressão “equilíbrio econômico-financeiro”. Essa constatação, no entanto, não significa que a Lei não tenha tratado da aplicação do instituto às PPPs.

Pelo contrário, a Lei de PPPs buscou expressamente aprofundar a compreensão do equilíbrio econômico-financeiro contratual a partir da alocação de riscos do contrato, dando um passo adiante ao que havia sido inicialmente conferido pelo artigo 10 da Lei de Concessões. Tanto no artigo 4º, VI, quanto no artigo 5º, III (BRASIL, 2004), a Lei de PPPs previu a obrigatória repartição objetiva de riscos entre as partes, incluindo a alocação de riscos referentes ao que pode ser considerado caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária.

⁶⁷ Sobre o tema, é importante notar que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também prevê expressamente, no art. 130, que “caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (BRASIL, 2021). Como se verá mais adiante neste capítulo, de forma mais aprofundada, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também regulamentou a relação da alocação de riscos contratual e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, tornando inclusive obrigatória a presença de matriz de riscos em determinados casos.

Neste particular, fica evidente o que a Lei de PPPs pretendeu acentuar ao dispor que a alocação de riscos deve ser objetiva: o contrato deverá alocar os riscos a cada parte de forma clara, minimizando a necessidade de se recorrer a teorias extracontratuais, que busquem classificar determinados eventos nas categorias abstratas de álea extraordinária ou álea ordinária. A Lei de PPPs aprofundou a lógica iniciada pela Lei de Concessões, ao priorizar o contrato como o instrumento responsável pela alocação de riscos entre as partes, e, conseqüentemente, por estabelecer as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro contratual⁶⁸.

Portanto, o equilíbrio econômico-financeiro deverá ser necessariamente avaliado a partir da alocação de riscos estabelecida no contrato. Somente se verificará o rompimento do equilíbrio na hipótese de concretização de um risco alocado a determinada parte, mas que impacte de forma prejudicial a parte contrária.

Ratifica-se a conclusão de que mera variação nas condições econômico-financeiras do contrato não é suficiente para romper o equilíbrio contratual, caso tal variação seja coerente com a alocação de riscos contratualmente definida. Esse entendimento é bem esclarecido por Fortini e Campos Pires:

[...] no momento da proposta, o parceiro privado assume tanto a prestação do objeto do contrato quanto os riscos a ele alocados, e que para o somatório destes receberá uma remuneração específica. Assim, não há relação necessária de igualdade no tempo, pois a materialização de um risco previamente alocado ao particular, anteriormente previsto e precificado, não ensejará recomposição da equação econômico-financeira, ainda que não necessariamente o ônus, decorrente do fato extraordinário, corresponda exatamente à contraprestação que foi precificada. O que importa é o permanente cumprimento da matriz de riscos (FORTINI; PIRES, 2015, p. 294).

Assim, a depender do detalhamento da alocação de riscos contratual, sequer haveria necessidade de se falar em fato ordinário ou extraordinário para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro das PPPs. O que se faz necessário é avaliar se o fato se encontra previsto na matriz de riscos contratual, quais as conseqüências decorrentes do fato e qual a parte responsável por arcar com a materialização do referido risco. Ao estabelecer no inciso III do artigo 5,^o que inclusive os riscos relativos a “força maior, fato do príncipe e álea econômica

⁶⁸ A visão da norma que prevê a obrigatoriedade de repartição de riscos entre as partes da Lei de PPP como um desdobramento ou um aprofundamento das disposições constantes do artigo 10 da Lei de Concessões é comungada por diversos autores, como Portugal Ribeiro e Navarro Prado (2007, p. 124) e Augusto Perez (2006, p. 126).

extraordinária” (BRASIL, 2004) podem ser expressamente alocados pelo contrato, sem que seja previamente fixada a responsabilidade da Administração Pública por tais riscos, a Lei de PPPs é quase “tautológica” (GUIMARÃES, 2019, p. 106), de modo que tal previsão se justifica apenas como reforço para a desnecessidade de aplicação de teorias baseadas na divisão abstrata entre áleas ordinárias e extraordinárias.

Dessa forma, determinados eventos como a ocorrência de variação cambial ou a elevação súbita de preços de determinado insumo, que poderiam ser considerados como eventos de caso fortuito ou força maior, podem ser individualizados e detalhados pelo contrato. Esse tipo de previsão permite maior detalhamento das normas contratuais e, conseqüentemente, maior previsibilidade na execução do contrato e ainda maior potencial para a execução eficiente do objeto pela concessionária.

De fato, são muitas as referências que relacionam a alocação de riscos contratual à efetivação da eficiência. Inúmeros trabalhos na doutrina destacam essa relação, considerando um princípio econômico geral de que a parte que possui maior capacidade de gerir determinado risco, ou ao menos melhores condições de lidar com sua concretização, deve ser a parte responsável por aquele risco⁶⁹.

A rigor, o aprofundamento do regime de alocação de riscos nos contratos de PPP pode ser compreendido a partir da influência de aspectos financeiros deste modelo de contratação. As PPPs foram concebidas como instrumentos para a realização de grandes investimentos em infraestrutura pública, os quais não teriam viabilidade econômico-financeira suportada apenas pelo pagamento de tarifas pelos usuários. Por isso, há na Lei de PPPs um forte apelo à caracterização do objeto contratual como um projeto de financiamento. A Lei de fato pressupõe que os atores envolvidos na contratação de PPPs terão de lidar com formas de endividamento e realização de investimentos, como se infere de vários de seus dispositivos.

Do lado da Administração Pública, a Lei exige que a contratação de PPPs seja condicionada: (i) à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato (artigo 10, alínea “c”, II); (ii) à declaração do ordenador de

⁶⁹ A regra geral já amplamente difundida na doutrina, enquanto postulado econômico para a repartição de riscos nos contratos de concessão comum e PPP é a de que o risco deve ser alocado à parte que possua maior capacidade de gerenciamento ou controle sobre ele (GUIMARÃES, 2019, p. 107; GARCIA, 2019, p. 145; RIBEIRO, 2014, pp. 39-40; CRETELLA NETO, 2010, pp. 57-59; FORTINI; CAMPOS PIRES, 2015, p. 196). Assim, a parte responsável poderá não apenas adotar medidas para evitar a concretização do evento, como ainda poderá mitigar seus efeitos caso ele de fato se concretize, além de avaliar as oportunidades em que estará disposta a assumir o risco ou a ele se expor em grau compatível com a remuneração que espera sobre o capital empregado

despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública serão compatíveis com a legislação orçamentária (artigo 10, alínea “c”, III); (iii) à estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações contraídas pela Administração Pública (artigo 10, alínea “c”, IV); e, (iv) à previsão do objeto da PPP no plano plurianual em vigor (artigo 10, alínea “c”, V), visando garantir a responsabilidade fiscal da Administração Pública (BRASIL, 2004).

Do lado da concessionária, a Lei exige a criação de uma sociedade de propósito específico, conforme regra do artigo 9º (BRASIL, 2004), que obedeça a padrões de governança corporativa e adote contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, que permita o isolamento dos riscos da PPP em uma única e exclusiva estrutura societária, além de uma série de mecanismos que permitam o exercício de direitos dos financiadores contratados pela concessionária em hipóteses específicas da execução da PPP, conforme regras do artigo 5º, §2º, I, II e III, e do artigo 5º-A (BRASIL, 2004).

Em outras palavras, a alocação objetiva de riscos visa tornar as hipóteses de reequilíbrio contratual mais previsíveis, em um projeto executado de forma isolada por uma sociedade de propósito específico, que tem como uma de suas finalidades permitir a avaliação de riscos necessária à concessão de empréstimos e outras modalidades de financiamento por parte de agentes financeiros. Não por acaso, essa racionalidade econômica tem influenciado o ordenamento jurídico brasileiro desde então, aprofundando a compreensão do equilíbrio econômico-financeiro a partir da alocação contratual de riscos.

3.2.4 O aprofundamento da compreensão do equilíbrio econômico-financeiro a partir da alocação contratual de riscos: da Lei Federal nº 8.666/1993 à Lei Federal nº 14.133/2021

A compreensão do equilíbrio econômico-financeiro baseada em teorias sobre a divisão entre áleas ordinárias e extraordinárias foi cedendo espaço, na própria legislação, para a compreensão a partir da alocação contratual objetiva de riscos entre as partes. Esse processo fica evidente ao se comparar as disposições pertinentes da Lei Federal nº 8.666/1993 com as disposições da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, passando pela Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do RDC) e pela Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Originalmente, a Lei Federal nº 8.666/1993 incorporou em suas disposições aspectos advindos da teoria das áleas.

O artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, em seu inciso II, “d”, faz menção expressa à possibilidade de alteração contratual para se reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, caso sobrevirem fatos considerados imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, incluindo eventos de caso fortuito, força maior e fato do príncipe, “configurando álea econômica extraordinária e extracontratual” (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, a Lei Federal nº 8.666/1993 foi notadamente inspirada pela teoria das áleas e buscou positivar a noção de que fatos contemplados pela álea ordinária devem ter suas consequências suportadas pelo contratado, enquanto fatos contemplados pela álea extraordinária devem ter suas consequências suportadas pela Administração Pública. Não há, na Lei Federal nº 8.666/1993, qualquer menção à alocação de riscos contratual, o que certamente contribuiu para a força da aplicação indistinta da teoria das áleas mesmo aos contratos de concessão comum, ainda que esses contassem com o regime da Lei de Concessões e as disposições do seu artigo 10⁷⁰.

No entanto, sobretudo a partir da Lei de PPPs, verificou-se na legislação brasileira forte influência do sistema de alocação de riscos contratual para a conformação do equilíbrio econômico-financeiro também em outros tipos de contratos administrativos.

A Lei do RDC (BRASIL, 2011), por exemplo, menciona a possibilidade de o anteprojeto nas contratações integradas contemplar “matriz de alocação de riscos entre a administração e o contratado” como base para o valor estimado da contratação a partir de taxa de risco compatível com o objeto licitado (artigo 9º, §5º).

Em um passo mais adiante, a Lei das Estatais (BRASIL, 2016) estabeleceu no artigo 42, X, que, na contratação de obras e serviços por empresas estatais, deve ser observada a previsão de matriz de risco, assim considerada como “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”. A referida cláusula da matriz de riscos, nos termos do artigo 69, X, da mesma Lei, é necessária nos contratos celebrados pelas empresas estatais (BRASIL, 2016).

Por fim, mais recentemente, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, revogando a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2002 e a própria Lei do RDC,

⁷⁰ Kaercher Loureiro e Nóbrega (2020) fazem referência à “teoria tradicional do equilíbrio econômico-financeiro”, construída a partir da jurisprudência do Conselho de Estado Francês e sistematizada sobretudo pela escola do serviço público na França, a qual, na visão dos autores, teria sido incorporada pela Lei Federal nº 8.666/1993, no artigo 65, II, alínea “d” e, parcialmente, no artigo 9º, §§ 3º e 4º da Lei de Concessões, mas que não teria integral aplicação às concessões comuns e menos ainda às PPPs.

também trouxe definição da matriz de riscos praticamente idêntica à definição já existente na Lei das Estatais⁷¹.

No âmbito da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os contratos em geral podem ou não contemplar matriz de risco, a fim de estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte. Nos termos da Lei, a matriz de risco é obrigatória apenas para os contratos de obras e serviços de grande vulto⁷², ou quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, conforme se depreende do seu artigo 22, §3º (BRASIL, 2021)⁷³.

O artigo 103 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021) ainda traz normas específicas sobre a alocação de riscos no contrato, a qual deve considerar a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada parte para gerenciá-lo (§ 1º); os riscos que podem ser seguráveis pelo particular (§ 2º); a quantificação dos riscos para a estimativa do valor da contratação (§ 3º); e a consideração da matriz de riscos para a definição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes (§ 4º). Por fim, o dispositivo ainda traça evidente paralelo com o já citado artigo 10 da Lei de Concessões (BRASIL, 1995), ao estabelecer que “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro” (§ 5º).

⁷¹ Conforme artigo 6º, XXVII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: “Artigo 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;” (BRASIL, 2021)

⁷² Conforme artigo 6º, XXII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021), são considerados obras e serviços de grande vulto aqueles cujo valor estimado supera duzentos milhões de reais. Essa previsão ratifica a constatação de que ao se considerar contratos administrativos como projetos de financiamento de infraestrutura (que dependem de capitalização do contratado privado), a alocação de riscos se torna mais relevante para que os particulares tenham condições de obter financiamentos.

⁷³ A previsão facultativa da matriz de riscos nos contratos administrativos que não sejam considerados de grande vulto não implica inexistência de alocação de riscos nesses contratos. Toda contratação envolve a assunção e alocação de riscos, o que todavia pode ser feito de forma implícita e indireta por meio do contrato (JUSTEN FILHO, 2021, p. RL-1.4). O que a previsão da matriz de risco representa é a definição de uma cláusula que aloque de forma mais objetiva e direta os riscos entre as partes.

A disciplina da alocação de riscos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativas ainda foi considerada na hipótese de alteração contratual, uma vez que o artigo 124, II, alínea “d”, da referida Lei autoriza a alteração contratual para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou de eventos extraordinários, desde que “respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (BRASIL, 2021).

Reputa-se, assim, um contraste entre o regime jurídico inaugurado pela Lei Federal nº 8.666/1993 e o regime jurídico atual da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, notadamente inspirado em outras normas sobre contratações públicas editadas durante o interregno entre ambas. Enquanto a Lei Federal nº 8.666/1993 consagrou solução geral e abstrata em relação à alocação dos riscos entre as partes (JUSTEN FILHO, 2021, p. RL-1.36), a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos permite, em determinados casos, que o contrato seja o instrumento sede de alocação concreta e objetiva dos riscos, em especial nas contratações de grande vulto, afastando-se da abstração do regime anterior.

A importância da matriz de risco como base objetiva para o equilíbrio econômico-financeiro contratual configura, portanto, um movimento progressivo que vem sendo cada vez mais consolidado na legislação brasileira aplicável às contratações públicas.

3.3 Alocação contratual de riscos e equilíbrio econômico-financeiro

Na literatura econômica, o risco costuma ser definido como evento fático sobre o qual há nível relativo de previsibilidade: é o evento que está entre o fato certo, cuja concretização é permeada do mais alto grau de previsibilidade possível, e a incerteza, que sequer pode ser minimamente prevista ou antecipada (KNIGHT, 1921, p. 233).

O grau de certeza que é possível se ter sobre determinado evento, porém, depende das próprias características desse evento. Há, por exemplo, maior grau de certeza sobre a possibilidade de chuvas de verão impactarem a execução de obras na região sudeste do país, durante o período de dezembro a março de cada ano, do que a possibilidade de uma pandemia, de proporções mundiais como a verificada desde o ano de 2020, impactar de forma extraordinária os preços dos insumos necessários à execução dessa mesma obra.

Por isso, no plano teórico, a classificação de um determinado evento como risco se dá em um espectro de possibilidades, que varia do mais alto grau de certeza até o mais alto grau de incerteza possíveis. Neste particular, a possibilidade de se identificar eventual risco (fato com relativo grau de certeza) depende de análises e estudos sobre determinado contexto fático. É necessário investigar, por exemplo, registros históricos, experiências similares, bases de dados e outras fontes de informações capazes de viabilizar a previsão de determinado evento vir ou não a ocorrer.

Trazendo essa noção para o âmbito contratual, é possível afirmar que todo e qualquer contrato envolve algum tipo de alocação de riscos.

Ao dispor sobre as condições de pagamento, o preço combinado, o local do recebimento e as obrigações de fornecimento ou de execução de serviços, por exemplo, qualquer contrato traz para o plano jurídico o elemento do risco, regulamentando, normativamente, as consequências para as partes da concretização de um evento sobre o qual há nível relativo de previsibilidade. Uma cláusula contratual que estabeleça, por exemplo, penalidade de multa em caso de atraso de pagamento, opera, teoricamente, sobre a noção de risco de inadimplência da obrigação de pagar imposta a uma das partes, a qual foi passível de ser prevista e estimada, com algum grau de certeza, no momento da celebração do contrato.

Portanto, não se pode afirmar que os contratos de concessão comum e PPPs, por si só, seriam de alguma forma diferentes de outros contratos por meramente conter alocação de riscos. A alocação de riscos não é exclusiva do regime jurídico desses contratos.

Ainda assim, como se depreende da análise realizada anteriormente, no caso da concessão comum e das PPPs, o ordenamento jurídico concede tratamento específico à alocação dos riscos a ser prevista no contrato, elevando a repartição contratual dos riscos à condição de base objetiva para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Isto é, a alocação objetiva de riscos do contrato é o plano normativo que deve sempre disciplinar o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

A este respeito, destacam-se as palavras de Vernalha Guimarães, resumindo o exposto até aqui:

Os contratos administrativos do século XXI, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela eficiência, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contratantes, seu controle e fiscalização conduzida ou orientada por

agentes externos e independentes à Administração e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes. Neste contexto, as prerrogativas e interferências administrativas são cada vez menos toleradas e a tutela da equação econômico-financeira se resume à tutela ao cumprimento da matriz de risco do contrato, reduzindo-se sobremaneira o espaço para a tutela dos riscos extracontratuais.” (GUIMARÃES, 2019, p. 102).

A explicação desse tratamento pode ser dada em função de aspectos econômico-financeiros que são típicos de objetos contratados pela via concessória e que não costumam estar presentes nos objetos de outros contratos celebrados pela Administração Pública, submetidos ao regime geral de contratação previsto na Lei Federal n. 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em especial o grau de detalhamento na definição do objeto pela Administração Pública e a autonomia da concessionária na execução contratual.

3.3.1 A relação entre a alocação contratual de riscos, a definição do objeto do contrato e a autonomia da concessionária

Os contratos de empreitada e de prestação de serviços submetidos ao regime geral previsto na Lei Federal n. 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assim chamados de “contratos de desembolso”⁷⁴⁻⁷⁵, são definidos como contratos de curto prazo e que possuem estrutura de custos e receitas que pode ser mais detalhada e previamente fixada em razão do grau maior de certeza e previsibilidade relacionado ao objeto contratado. São exemplos dessa natureza os contratos de empreitada, em especial de obras públicas, e de prestação de serviços.

⁷⁴ E expressão “contratos de desembolso” é a mesma utilizada por Guzela e Bockamnn Moreira (2019, p. 425) para diferenciar os contratos de concessão e PPP dos contratos administrativos submetidos ao regime geral, como contratos de empreitada e de prestação de serviços. Não se trata de nomenclatura empregada indistintamente na doutrina. Justen Filho (2018, p. 173), por exemplo, parece fazer a mesma distinção, porém, utilizando terminologia diversa, classificando os contratos de concessão como “contratos de delegação” e contratos de obra pública como “contratos de colaboração”. Como o termo “colaboração” pode ter seu sentido confundido no âmbito deste trabalho, remetendo à concepção de administração cooperativa desenvolvida no capítulo 2, justifica-se a adoção da nomenclatura de “contratos de desembolso”, na linha utilizada pelos primeiros autores acima citados.

⁷⁵ Importante notar que nem todos os contratos previstos na Lei Federal n. 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos de fato se enquadram na denominação de “contratos de desembolso”. Os contratos de eficiência, definido no art. 6º, LIII, e regulamentado nos artigos 39 e 110, da nova Lei, por exemplo, não se enquadram nessa classificação, já possuem lógica de remuneração diferente, como trabalhado no capítulo 5. A nomenclatura é ora utilizada para se referir a contratos de empreitada, em especial de obras públicas, e de prestação de serviços, a fim de tornar mais clara a diferenciação de aspectos econômicos desses contratos em relação aos contratos de concessão comum e de PPP.

Para esses contratos, as partes podem estimar com maior precisão os custos necessários para a execução do objeto, de modo que se estipule o respectivo orçamento da obra ou serviço, especificando precisamente o escopo de obrigações de ambas as partes e incluindo, por exemplo, a prévia definição de soluções técnicas e arranjos econômicos a serem empregados na execução contratual. No contexto da Administração Pública, a definição desses aspectos é feita na fase interna da licitação e se exterioriza por meio do projeto básico ou termo de referência a ser anexado ao edital ou procedimento de contratação direta.

Não por acaso, as regras aplicáveis aos contratos de desembolso contêm previsões que determinam a elaboração de projetos e a mais detalhada caracterização possível do objeto a ser contratado. É premissa essencial que, em qualquer processo de contratação dessa natureza, a Administração Pública possa definir, com o máximo nível de precisão, o objeto do contrato que ela pretende celebrar, em especial no caso de obras e serviços de engenharia.

Essa premissa foi refletida nos artigos 6º, IX, e 7º da Lei Federal nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993). Os referidos dispositivos são claros ao expor a importância do projeto básico e a existência de orçamento detalhado em planilhas para a contratação. A elaboração do projeto básico permite não só caracterizar o objeto contratual, como também visa fornecer todos os elementos para a orçamentação adequada da obra ou serviço. Partindo dessas especificações, os potenciais contratados podem contar com maior previsibilidade na execução contratual e ofertar propostas mais adequadas à execução do objeto.

A mesma ideia se manteve na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A nova Lei também exige, como regra, a instrução do procedimento de contratação com projeto básico para a contratação de obras e serviços de engenharia⁷⁶.

Por esse motivo, nos contratos de desembolso, sob o ponto de vista técnico, há pouco espaço para o contratado exercer autonomia no desenvolvimento de soluções e formas relevantes de gerenciamento dos seus próprios recursos para a execução do contrato. As metodologias, instrumentos e insumos a serem utilizados já são, em grande parte, fixados pela Administração Pública.

⁷⁶ A exceção se dá nos regimes de contratação integrada e contratação semi-integrada. No primeiro, originado no Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobras (Decreto Federal nº 2.745/1998) e replicado na Lei do RDC, na Lei das Estatais e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o contratado é responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo, cabendo à Administração Pública apenas a elaboração do anteprojeto. No segundo, originado na Lei das Estatais, o particular é responsável pela elaboração dos projetos executivos.

Sob o ponto de vista econômico-financeiro, por sua vez, em se tratando de contratos de curto prazo, como regra, o contratado não assume dívida relevante e é remunerado mensal e continuamente de acordo com os preços fixados em sua proposta, o que se conclui em relativo curto período de tempo (MOREIRA, 2019b, p. 92). O próprio lucro do contratado costuma ser fixado no preço definido em sua proposta, usualmente como parte integrante da taxa de bonificações e despesas indiretas (BDI), aplicada sobre os custos de execução previstos nas planilhas orçamentárias. Além disso, o desempenho esperado do contratado se reproduz na conclusão final do objeto tal como detalhadamente descrito no projeto ou termo de referência.

Para os contratos de desembolso, portanto, não se faz indispensável uma alocação de riscos sofisticada, que dependa da elaboração de estudos técnicos e econômico-financeiros para quantificação dos riscos e definição da parte responsável pelos riscos passíveis de serem previstos, o que aumentaria sobremaneira os custos de transação. A observância de uma alocação de riscos genérica e abstrata, seguindo as disposições do artigo 65, II, alínea “d” da Lei Federal nº 8.666/1993, ou as disposições do artigo 124, II, alínea “d” da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por exemplo, pode ser suficiente para que o objeto contratual seja executado a contento, havendo necessidade de se reequilibrar o contrato apenas na ocorrência de eventos considerados, de forma genérica, na álea extraordinária.

Entretanto, essa não é a mesma racionalidade econômica por trás das concessões comuns e PPPs. Tal como já evidenciado, as concessões são utilizadas como instrumentos para realização de grandes investimentos em infraestrutura pública como rodovias, aeroportos e usinas de geração e redes transmissão de energia elétrica. Essa racionalidade econômica distinta é que justifica o tratamento específico dado pela legislação à alocação de riscos na concessão comum e nas PPPs.

De fato, o volume dos investimentos e a eventual complexidade das soluções a serem praticadas para que os arranjos econômicos suportem a realização dos investimentos costumam demandar longos prazos de duração, a fim de viabilizar a modicidade na amortização dos investimentos. Os longos prazos de duração, por sua vez, acarretam a elevação, a princípio, da incerteza acerca da execução do objeto contratual.

Ademais, os aportes de investimentos iniciais são usualmente realizados pela concessionária, que suporta relevante ônus financeiro na expectativa de ser remunerada no futuro. E justamente pelo fato de tais investimentos serem de grandes proporções é que as concessões comuns podem ser celebradas sem prazo máximo de duração e as PPPs admitem prazos de até trinta e cinco anos, de modo a viabilizar a amortização do investimento realizado,

seja pelo pagamento de contraprestação pela Administração Pública, seja pela cobrança de tarifa dos usuários⁷⁷.

Além disso, diferentemente do regime geral dos contratos administrativos da Lei Federal nº 8.666/1993 e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei de Concessões e a Lei de PPPs não contêm regras específicas acerca da necessidade de prévia elaboração de projeto básico (ou executivo) e de orçamentos detalhados em planilha para a caracterização do objeto da concessão.

O artigo 18, IV, da Lei de Concessões (BRASIL, 1995) prevê, genericamente, que o edital de licitação deve conter “estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas”. O inciso XV do mesmo artigo 18 (BRASIL, 1995) menciona que devem ser apresentados na fase interna da licitação, “nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”.

Em razão da ausência de mais detalhes na legislação e mesmo em normas técnicas, em especial no tocante à expressão “elementos de projeto básico”, existe certa divergência na doutrina acerca do nível de detalhamento exigido na definição do objeto contratual para a licitação de concessão comum.

Justen Filho (2003, p. 213), por exemplo, já expressou entendimento sobre a possibilidade de aplicação do artigo 7º, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993 às concessões comuns, especialmente no tocante à necessidade de orçamentação em planilha nos casos de concessão antecedida de obra pública. Seguindo essa linha, seria possível traçar uma equivalência entre a expressão “elementos de projeto básico” da Lei de Concessões aos requisitos e mesmo nível de rigor para a elaboração do projeto básico previsto na Lei Federal nº 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Todavia, também encontra respaldo na doutrina entendimento divergente, no sentido de que as disposições do artigo 18, XV, da Lei de Concessões não seriam equivalentes em rigor, quando comparadas às disposições dos artigos 6º e 7º da Lei Federal nº 8.666/1993 e de seus equivalentes na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

⁷⁷ O cenário se torna ainda mais complexo diante das inúmeras possibilidades de arranjos econômicos de financiamento. A concessionária pode aplicar seus próprios recursos, de seus acionistas ou captá-los por meio de operações societárias ou contratos de financiamentos com instituições financeiras, o que transforma a concessão no centro gravitacional de uma rede de contratos e relações jurídicas que extrapolam a bilateralidade da relação entre poder concedente e concessionária (MOREIRA, 2019b, p. 94).

Vernalha Guimarães e Bockmann Moreira (2012, p. 42) afirmam que, no caso das contratações regidas pela Lei Federal nº 8.666/1993, a ausência ou insuficiência do projeto básico “acarretará a nulidade da licitação, a teor do inciso I do §2º do artigo 7º da LGL [Lei Geral de Licitações]”, sendo que “a exceção está nas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004, que dispensam o projeto básico para as concessões comuns e PPPs, exigindo apenas elementos de projeto básico”.

Ao aprofundar a análise, Vernalha Guimarães entende que o regime da Lei de Concessões, neste ponto, seria diferente do regime geral dos contratos administrativos até então previsto na Lei Federal nº 8.666/1993:

A Lei nº 8.987/95 prescreveu, no seu artigo 18, inc. XV, a necessidade de disponibilização dos ‘elementos de projeto básico’ para os casos de concessão de serviços públicos precedida da execução da obra pública. A expressão ‘elementos do projeto básico’ há de ser tomada aqui como sinônimo de anteprojeto. [...]

Diversamente do que se passa nos contratos ordinários de obra, para os quais se exige previamente ao lançamento da licitação a disponibilização de projeto básico exhaustivamente configurado (inciso do §2º do artigo 7º, combinado com o IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/93), para as concessões bastará apenas a definição dos elementos fundamentais da obra, ficando a cargo do concessionário o detalhamento necessário para se alcançar um projeto básico (e executivo) definitivo (GUIMARÃES, 2014, pp. 278-279)

Ao prever que as concessões poderiam ser licitadas apenas com “elementos de projeto básico”, não exigindo de fato a elaboração do projeto básico como um todo, a Lei de Concessões de fato dá margem para que o procedimento de contratação seja instruído com informações menos detalhadas do que aquelas exigidas nos regimes comuns de empreitada. Conseqüentemente, é possível prever no contrato a obrigação de a própria concessionária elaborar os projetos básico e executivos. Assim, a Lei de Concessões dá margem para que seja concedida autonomia à concessionária para desenvolver as especificidades técnicas das obras e investimentos a serem realizados no âmbito da concessão comum, assumindo parcela significativa dos riscos de elaboração dos projetos, de construção e de prestação dos serviços⁷⁸.

Estrutura semelhante foi adotada pela Lei de PPPs. A referida Lei deixou claro, no §4º do artigo 10, que os estudos de engenharia necessários à licitação “deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto” (BRASIL, 2004). A previsão contém nítida intenção de menor

⁷⁸ Continua Vernalha Guimarães: “A ideia em se permitir a licitação de concessão a partir apenas de um anteprojeto funda-se no objetivo de transferir os riscos de execução do projeto propriamente ao dito concessionário, permitindo-lhe o gerenciamento dos meios necessários para alcançar os resultados esperados para a obra” (GUIMARÃES, 2014, p. 279).

rigor para o detalhamento do objeto no edital de licitação do que as exigências do regime geral dos contratos administrativos acerca da elaboração do projeto básico.

Essa interpretação ficou ainda mais clara após a edição não apenas das Leis do RDC e das Estatais, que já previam o regime de contratação integrada, como pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que, enquanto lei geral, traz definição para o conceito de anteprojeto. De acordo com a nova Lei (BRASIL, 2021), o anteprojeto corresponde a documento técnico, com elementos suficientes e necessários para que possa ser elaborado o projeto básico. Infere-se, portanto, que o anteprojeto obviamente possui menor grau de detalhamento do que o projeto básico.

Como consequência, o menor grau de detalhamento e vinculação aos documentos técnicos elaborados pela Administração Pública implica a possibilidade de designação de maior autonomia à concessionária para a definição de metodologias, parâmetros técnicos e investimentos a serem realizados na execução do contrato. Ao assumir essa autonomia, cabe à concessionária definir as especificações técnicas e de investimentos necessários para o atendimento às metas contratuais, de modo que o poder concedente tenha maior ingerência na fiscalização do resultado e na qualidade final da prestação do serviço do que propriamente na definição dos meios para o alcance desses resultados (RIBEIRO, 2014, p. 60). É a partir dessa autonomia que a concessionária poderá desenvolver estratégias e metodologias de gerenciamento de seus recursos para tentar obter ganhos de eficiência⁷⁹.

⁷⁹ De fato, a literatura econômica busca sistematizar os fatores que podem ser empregados no processo decisório sobre o modelo de realização de investimentos, execução de obras e prestação de serviços no setor de infraestrutura, com o objetivo de identificar vantagens e desvantagens de cada modelo sob o prisma da eficiência. Neste particular, desempenha papel relevante no processo decisório o fato de que nos contratos de concessão comum e PPPs, em geral, a concessionária é a responsável tanto pela realização dos investimentos e construção da infraestrutura, quanto pela prestação dos serviços a partir da infraestrutura por ela instalada. Exemplo de estudo nesse sentido foi desenvolvido por Hart (2003, p. 71), a partir de sua teoria sobre contratos incompletos. Por considerar que a concessionária é responsável pela execução da obra e também pela prestação dos serviços, Hart (2003, pp. 72-73) afirma que a celebração de contratos, como a concessão comum e as PPPs, tende a ser mais eficiente que outros modelos contratuais (como a contratação de uma empreitada, seguida de uma outra contratação independente para a prestação de serviços), nos casos em que o poder concedente não consegue determinar, de antemão, as especificações das obras ou investimentos (meios necessários) mais eficientes para a execução do contrato, mas é capaz de determinar as especificações de qualidade dos serviços (resultados esperados). Por outro lado, contratos de concessão comum e PPPs tendem a ser menos eficientes nos casos em que é possível ao poder concedente determinar com precisão as especificações das obras ou investimentos, mas não é capaz de determinar com precisão as especificações de qualidade dos serviços (HART, 2003, p. 74).

Com base em todo esse contexto técnico e econômico-financeiro, típico dos objetos dos contratos de concessão comum e PPP, é que o tratamento diferenciado da alocação de riscos dado pelo ordenamento jurídico a esses contratos deve ser interpretado⁸⁰.

De um lado, a fim de mitigar a inevitável imprevisibilidade decorrente dos longos prazos de duração, justifica-se a prévia elaboração de estudos técnicos e econômicos que sejam capazes de identificar e quantificar os riscos de forma mais precisa, objetiva e detalhada. Sabendo de antemão o máximo de riscos previamente alocados a cada parte, de forma concreta e objetiva no contrato (e não de forma abstrata e genérica na lei), torna-se possível estimar custos e receitas com maior grau de previsibilidade, viabilizando a apresentação de propostas mais precisas no processo de contratação.

Além disso, a identificação dos riscos, de forma específica para cada contrato, permite a obtenção de financiamentos em condições mais competitivas, já que o financiador também terá maior previsibilidade para a concessão de empréstimo eventualmente necessário à viabilização dos investimentos.

A maior autonomia concedida à concessionária também influencia diretamente na maior relevância de o contrato conter alocação objetiva e específica dos riscos.

A partir do momento em que a concessionária dispõe de maior autonomia para decidir acerca dos meios de execução contratual, a abrangência de riscos que poderiam ser abstratamente considerados como riscos ordinários pode tornar-se muito maior. Eventos que, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993, ou no regime geral da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, poderiam ser normalmente classificados como álea extraordinária, e, portanto, seriam de responsabilidade da Administração Pública, podem ser excepcionados e tratados como riscos ordinários alocados à concessionária no âmbito do contrato de concessão

⁸⁰ O próprio Justen Filho, que já aproximou a noção de “elementos de projeto básico”, nos termos da Lei de Concessões, ao conceito de “projeto básico” constante da Lei Federal nº 8.666/1993, já reconhecia a estreita relação entre autonomia e risco: “Tal como repetidamente afirmado, a concessão somente se caracterizará como empreendimento por conta e risco do particular na medida em que lhe seja reconhecida autonomia para as opções empresariais a adotar. [...] a ampliação da autonomia do particular – o que não significa ausência de fiscalização estatal sobre as decisões do concessionária – é pressuposto inafastável da ampliação correspondente aos riscos não assumidos pelo Estado. Isso tem de traduzir-se numa configuração finalística da concessão, com parâmetros mínimos de desempenho. É indispensável remeter ao particular as escolhas sobre as soluções empresariais, que será indiferentes ao Estado se preenchidas as exigências mínimas atinentes à qualidade do serviço” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 200). Mais recentemente, o mesmo autor afirma que “cabe ao concessionário uma autonomia mais intensa, que se traduz inclusive no poder de conceber as soluções genéricas quanto ao empreendimento” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 182).

comum ou PPP (JUSTEN FILHO, 2018, p. 184), com o objetivo de permitir maior adequação da alocação de riscos do contrato às peculiaridades de cada objeto.

3.3.2 Conclusão parcial: a alocação contratual de riscos como elemento da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs

É diante deste cenário que se afirma, enfim, que o tratamento jurídico do risco dado pelo contrato de concessão comum ou PPP constitui a base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro contratual, em conjunto com os encargos e a remuneração previstas no contrato.

Repartir os riscos normativamente e de forma objetiva não configura mera formalidade, pois depende de análise de sua probabilidade de ocorrência, da capacidade de cada parte de impedir ou mitigar a sua concretização e também da análise da capacidade dos agentes de lidar com as consequências do risco (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 148). Todos esses fatores impactam os aspectos técnico-operacionais do contrato e a própria esfera jurídica de direitos e deveres das partes.

Em outras palavras, na medida em que determinado evento foi previsto como risco alocado a uma das partes, a sua materialização não necessariamente implicará o desequilíbrio contratual, mesmo que impacte economicamente a concessão (FORTINI; PIRES, 2015, p. 294). Para que haja desequilíbrio, é preciso que o evento que materialize o risco cause impacto à parte para a qual o risco não tenha sido alocado, de modo que a contratualização da alocação de riscos permite analisar o equilíbrio econômico-financeiro de forma mais delimitada a cada tipo de evento, proporcionalmente à capacidade racional de previsão, no próprio contrato, do evento classificado como risco.

3.4 Alocação de riscos e o caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs

A verificação da alocação contratual dos riscos como elemento constituinte da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPP, embora essencial, não esgota as peculiaridades que o equilíbrio econômico-financeiro assume nesses contratos. Para além dessa constatação, a alocação contratual dos riscos nos contratos de

concessão comum e PPPs permite “aludir a uma equação econômico-financeira dinâmica” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 182).

De fato, parte da doutrina contemporânea tem feito alusões cada vez mais constantes ao caráter “dinâmico” do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns e PPPs, como forma de diferenciá-lo, em certa medida, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de desembolso submetidos ao regime geral dos contratos administrativos, que em contraposição, apresentaria caráter meramente “estático”.

A compreensão adequada dessa dinamicidade, no entanto, não é simples, já que se trata de noção teórica e abstrata, e que não conta com referência expressa na legislação.

Portanto, a fim de melhor compreender a noção acerca da dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro, expõem-se a seguir, de forma sintética, os entendimentos de cinco autores: Bockmann Moreira e Peçanha Guzela (que escreveram sobre o tema em conjunto, sendo que Bockmann Moreira já o havia feito individualmente em outras oportunidades); Justen Filho; e Azevedo Marques e Souza Loureiro (também em coautoria, e também tendo o primeiro dos dois autores já tratado do tema em outras oportunidades isoladamente).

De acordo com Peçanha Guzela e Bockmann Moreira (2019b, p. 425), tendo em vista a estrutura econômica dos contratos de concessão já abordada anteriormente neste trabalho, o equilíbrio econômico-financeiro nesses contratos deve ser compreendido a partir de um fluxo financeiro de custos e receitas projetados no tempo. Nesse sentido, os autores ressaltam a importância de que os encargos e a remuneração da concessionária, no âmbito dos contratos de concessão, devem ser sempre considerados diante da noção do emprego do capital no tempo, considerando um fluxo financeiro realizado ao longo do prazo de vigência da concessão.

Nas palavras de Peçanha Guzela e Bockmann Moreira, o efeito da projeção do capital no tempo, o longo prazo de vigência do contrato e a perspectiva de remuneração da concessionária, encarregada da realização de grandes investimentos, mediante remuneração módica paga ao longo de todo o prazo de vigência imporiam a necessidade de se caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões como um equilíbrio dinâmico, capaz de “dialogar com cenários mutáveis” (GUZELA; MOREIRA, 2019, p. 425).

Como explicam os referidos autores “não poderia ser diferente se pensarmos na improbabilidade – se não impossibilidade – de um contrato firmado no presente tutelar de maneira precisa e exauriente a realidade que será vivenciada ao longo de décadas de execução” (GUZELA; MOREIRA, 2019, p. 425). Escrevendo individualmente, Bockmann Moreira deu

exemplos dos mecanismos que poderiam ser utilizados para viabilizar esse “diálogo” com cenários mutáveis, caracterizando o dinamismo ora mencionado, tais como reajustes e revisões periódicas:

Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicados na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a se aprimorar por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito). Daí também a necessidade da previsão de reajustes, revisões periódicas, compromissos arbitrais e outras medidas que atenuem os custos oriundos de eventos que possam agredir a estrutura do contrato (MOREIRA, 2010, p. 409)

O autor em questão afirma também que, nos contratos de concessão “o tema das receitas, despesas e lucros só pode ser bem compreendido numa perspectiva dinâmica, que analise o fluxo de verbas em combinação com o cumprimento dos deveres e obrigações contratuais” (MOREIRA, 2010, p. 161) sendo um “equivoco tentar entender o que se passa na concessão analisando algumas de suas partes numa perspectiva estática, como se se tratassem de fotografias, e não um filme de longa-metragem” (MOREIRA, 2010, p. 161).

Em contraposição aos contratos de desembolso, para os quais seria possível traçar um paralelo direto de equivalência binária entre os encargos e as receitas do contratado a partir das obrigações assumidas e dos preços fixados na planilha contratual, como dois pratos de uma balança, o dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro das concessões “não requer que se preservem os exatos pesos das cargas que recaem sobre cada polo contratual, mas que se preserve a tensão que entre tais pesos se forma.” (GUZELA; MOREIRA, 2019, p. 425). Em síntese, afirmam Peçanha Guzela e Bockmann Moreira que:

O referido equilíbrio demanda ser visto sob a luz do dinamismo de tal espécie contratual: não como a obrigatoriedade de se manter incólumes valores e disposições (o que se dá em contratos administrativos de curto prazo com desembolso do orçamento público), mas com o dever de preservar a justa equivalência entre valores e previsões mutáveis, nos termos contratualmente firmados.

Assim, o respeito a tal equilíbrio não requer que se preservem exatos pesos das cargas que recaem sobre cada polo contratual, mas que se preserve a tensão que entre tais pesos se forma. Utilizando-se das representações de Georges Péquignot, não se está diante de equilíbrio estático do tipo $a = b$, mas de um equilíbrio pautado em proporções, do tipo $a/b = a'/b'$. (GUZELA; MOREIRA, 2019, p. 425)

Sintetizando, é possível afirmar que o enfoque dado por Peçanha Guzela e Bockmann Moreira sobre o dinamismo da equação econômico-financeira dos contratos de concessão recai principalmente sobre os seguintes elementos: (i) a necessidade de se considerarem os efeitos dos valores financeiros do contrato no tempo, tendo em vista o longo prazo de vigência contratual; (ii) a necessidade de o equilíbrio econômico-financeiro “dialogar” com cenários mutáveis, por meio de mecanismos contratuais como reajustes e revisões periódicas; e (iii) a necessidade de se considerar esse equilíbrio como uma relação de proporcionalidade entre encargos e despesas, o que não corresponde a uma relação matemática de justa equivalência entre encargos e remuneração a cada instante da execução contratual.

Longe de ser insuficiente, esse enfoque possui elevado grau de abstração e, em certa medida, representa um ponto de partida uniforme compartilhado pelos demais autores cujos entendimentos são expressos a seguir. Para além desse enfoque, verifica-se que os demais autores acrescentam algumas nuances que permitem aprofundar a noção da dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs.

Escrevendo sobre os contratos de concessão comum, Justen Filho (2018, p. 182) entende que a dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro “não envolve a partilha de riscos, mas o seu conteúdo e os mecanismos adotados quanto ao tratamento dos direitos e das obrigações das partes”.

Para o referido autor, uma equação econômico-financeira estática é aquela em que os riscos inerentes ao contrato estão distribuídos de acordo com “critérios estáveis e não alteráveis em vista das circunstâncias futuras” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 182). Já uma equação econômico-financeira dinâmica configura-se quando a contratação contém flexibilidade jurídica destinada a acompanhar, atenuar e compensar variações inerentes a contratações incompletas e que implicam alterações ao longo do tempo (JUSTEN FILHO, 2018, 183). Nas próprias palavras do autor, a dinamicidade corresponde a uma “situação em que as partes assumem riscos cuja extensão é variável, segundo avaliações no momento inicial e tomando em vista as circunstâncias existentes” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 188).

Nesse sentido, Justen Filho já tratou do dinamismo da equação econômico-financeira ao abordar modelos tarifários em concessões de serviço público, mais precisamente modelos que fixam o valor da tarifa de forma desvinculada dos custos reais incorridos pela concessionária (os assim chamados modelos tarifários pelo preço do serviço, idealizados como

alternativa aos modelos tarifários pelo custo do serviço⁸¹) e que compreendem revisões tarifárias periódicas para a fixação do valor da tarifa:

A nova disciplina consagrada a propósito da tarifa permite reconhecer uma relação econômico-financeira de cunho dinâmico. Como dito acima, a ideia de tarifa pelo custo do serviço conduz à necessidade de permanente avaliação da relação entre encargos e despesas, para assegurar a identidade da equação ao longo do tempo. A adoção de tarifa pelo preço introduz um outro enfoque para o tema. A equação passa a ser considerada como uma relação dinâmica, que comporta variações constantes de encargos e vantagens. A previsão inicial, formulada por ocasião da proposta, envolve uma estimativa genérica que deverá presidir a relação jurídica em seu todo. O resultado final deverá acompanhar as previsões, mas sem imposição da necessidade de compatibilidade exata e precisa, ao longo de cada exato momento da concessão (JUSTEN FILHO, 2003, p. 361).

Por outro lado, destaca-se que a dinamicidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão não decorre automaticamente do fato de se tratar de um contrato de concessão comum ou PPP. Tampouco existe vedação à configuração de um equilíbrio econômico-financeiro estático nesses contratos.

Sobre o tema, Justen Filho (2018, p. 183) afirma que, embora não haja vedação, a previsão de equilíbrio econômico-financeiro estático em contratos de longo prazo tende a ser “uma solução indesejável e potencialmente problemática”. Da mesma forma, a previsão de equação econômico-financeira dinâmica em outros tipos de contrato seria “uma modelagem apta a gerar problemas, especialmente pela possibilidade de soluções economicamente ineficientes”. Por isso, “é indispensável que o contrato contemple a soluções própria para a partilha dos riscos” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 183).

Este ponto de fato é fundamental e coerente com as disposições do ordenamento jurídico sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPP. Como já demonstrado, o contrato é o instrumento que deve conter o tratamento dado à alocação de riscos para a caracterização da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro. Consequentemente,

⁸¹ O capítulo 5 apresenta exposição detalhada dos principais modelos tarifários utilizados para a fixação do valor de tarifas em concessões que pressupõem a delegação de serviços públicos que podem ser remunerados mediante a cobrança de tarifa. Trata-se de tema diretamente relacionado ao compartilhamento de ganhos de eficiência no âmbito das concessões de serviço público. Por ora, basta adiantar que determinados modelos, a exemplo dos modelos pelo preço do serviço, visam desvincular o valor da tarifa dos custos reais incorridos pela concessionária, em oposição a modelos pelo custo do serviço, visando incentivar a eficiência na prestação do serviço. A ideia é que modelos pelo preço do serviço não necessariamente asseguram à concessionária a remuneração pelos custos efetivamente incorridos, incentivando-a, portanto, a reduzir esses custos na execução do contrato como forma de majorar sua rentabilidade na concessão.

é o contrato que deve identificar os supostos limites de flexibilidade na “extensão” dos riscos contratualmente alocados, os quais definem o maior ou menor grau de dinamicidade da equação econômico-financeira em cada caso concreto.

Assim, no exemplo dado por Justen Filho acerca do modelo tarifário adotado na concessão de serviço público, a alocação de riscos do contrato deve ser coerente com o modelo tarifário empregado desde o início da apresentação da proposta, para que tanto o poder concedente quanto a concessionária tenham previsibilidade em relação aos limites dos riscos assumidos. O próprio Justen Filho caminha por essa trilha ao afirmar que um modelo tarifário que privilegie a dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro, desvinculando os custos reais incorridos pela concessionária do valor da tarifa, somente pode ser aplicado quando configurado “de modo completo e preciso antes da formalização da outorga” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 361).

Ainda assim, a constatação acerca da necessidade de previsão prévia, no contrato, dos contornos da dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro não encerra a tarefa de se compreender o caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro.

É que, se de um lado postula-se que a dinamicidade é essencial para que os contratos de concessão sejam aptos a lidar com as vicissitudes e incertezas do tempo, de modo que o contrato tenha uma capacidade de aprender com o tempo, mantendo flexibilidade apta a acompanhar variações inerentes a contratações incompletas, de outro, questiona-se como esse mesmo contrato incompleto pode estabelecer os limites da dinamicidade para que ela não se transmute no próprio rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Se a alocação dos riscos no contrato é a base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro, mas a dinamicidade autoriza a variação da “extensão” desses riscos, como afirma Justen Filho, como estabelecer no próprio contrato as condições dessa variação para que possa de fato vir a ser caracterizado o equilíbrio entre as partes? Qual a garantia de que a concessionária ou o poder concedente não se utilizarão dessa suposta dinamicidade para distorcer a alocação de riscos ou simplesmente modificar unilateralmente as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro?

Em razão desses questionamentos, é relevante trazer aspectos trabalhados por Marques Neto e Souza Loureiro sobre o tema.

O conceito acerca do equilíbrio econômico-financeiro dinâmico para esses autores parte das mesmas bases já apresentadas acima. Trata-se de concepção do equilíbrio de forma

“flexível e permeável às mudanças operadas na prestação delegada ao particular” (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 149). Souza Loureiro e Marques Neto também ratificam a importância das normas contratuais para a caracterização do dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro, não para reduzir a importância do arcabouço legal, mas para deixar claro que é da natureza das concessões “a concomitância da regulação legal com a contratual, a partir da articulação eficaz das premissas legais com a disciplina do contrato” (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 150).

Por outro lado, o que Souza Loureiro e Marques Neto oferecem como contribuição mais relevante é chamar atenção para o risco de se empregar o suposto dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro de forma indevida, como em situações nas quais “a Administração ultrapassa os limites desse dinamismo para promover alterações indevidas do contrato de concessão, exacerbando até mesmo as prerrogativas que detém” (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 153). São exemplos dados pelos autores, nessa linha, a previsão superveniente à celebração do contrato de que ganhos de eficiência obtidos pela concessionária devem ser compartilhados com o poder concedente, a alternância injustificada de metodologias diversas para o cálculo do reequilíbrio no mesmo contrato, como o uso do plano de negócios ou o uso do fluxo de caixa marginal, e, ainda, a prática de adotar a alocação prevista no contrato quando conveniente, mas negar essa mesma alocação quando se mostrar desfavorável (LOUREIRO, MARQUES NETO, 2019, p. 154). Nesse mesmo rol se enquadram alterações unilaterais da alocação de riscos contratual ou de previsões do escopo que impactem diretamente na matriz de riscos do contrato, sem o reequilíbrio contratual⁸².

Assim, os autores chamam atenção para o fato de que o dinamismo da equação econômico-financeira é definido pelo próprio contrato, o qual deve estabelecer os seus limites e “conquanto que haja maior flexibilidade para se amoldar a execução do contrato à realidade, isso não representa o direito de nenhuma das partes desconsiderar a equação contratual e nem elide o dever de observar o pacto negocial que caracteriza a relação entre elas” (LOUREIRO,

⁸² A título de exemplo, podem ser citadas alterações que impactam, por exemplo, a gestão comercial do serviço públicos, alterando a extensão do risco de inadimplência tarifária. É o caso, por exemplo, de se alterar contrato de concessão de serviços de água e esgoto, celebrado por uma concessionária privada, para prever que a concessionária passe a cobrar de forma conjunta, na fatura de água e esgoto, a tarifa de resíduos sólidos, nos termos do art. 35 da Lei Federal n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei Federal n. 14.026/2020 e da Resolução ANA n. 79/2021. O cofaturamento superveniente das tarifas, em razão do aumento da cobrança percebido pelo consumidor na conta de água (que agora engloba a tarifa de resíduos), pode gerar maior nível de inadimplência, alterando, assim, a extensão do risco de não pagamento das tarifas assumido pela concessionária quando não havia a previsão do cofaturamento.

MARQUES NETO, 2019, p. 155). No fundo, trata-se de desdobramento do próprio princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei Federal n. 8.666/1993 e no art. 5º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A ideia de vinculação das partes às normas contratuais é obviamente essencial. O que se coloca como ponto de destaque é o próprio caráter relacional do vínculo contratual da concessão (MARQUES NETO, 2015, p. 388), que deve ser permeado pelo caráter cooperativo da administração em detrimento da lógica da primazia da unilateralidade.

Neste particular, Marques Neto (2015, p. 390) aponta para o fato de que os contratos de concessão, enquanto contratos relacionais de longo prazo, devem conter mecanismos processuais e contínuos aptos a sua atualização e a sua adaptação ao longo do tempo, restringindo o âmbito de atuação unilateral das partes, sobretudo da Administração Pública, com a perspectiva da composição dos interesses. Por isso:

[...] os pactos concessórios devem conter mecanismos e procedimentos para preservação da remuneração do concessionário em termos compatíveis com as variações econômicas no longo prazo, mas devem permitir a adoção de mecanismos alternativos de remuneração, com transferência parcial dos ganhos associados também aos consumidores. Aqui os contratos devem contemplar não apenas critérios de reajuste monetário, mas também, e especialmente, critérios e procedimentos de revisão desses valores (quando houver limites de precificação), permitindo redução ou majoração compatíveis com os riscos e as alterações macro e microeconômicas. E esses procedimentos devem ser abertos à participação de todos os interessados (MARQUES NETO, 2015, p. 392).

Assim, como afirmado, se por um lado a incompletude contratual inafastável dos contratos de concessão comum e PPPs se reflete no dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro, de outro, o contrato pode estabelecer normas de caráter procedimental que estabeleçam o modo pelo qual a flexibilidade do dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro deve ser concretizada.

Ressalta-se neste ponto, mais uma vez, a relevância da administração cooperativa, levando em consideração a necessidade de diálogos perenes entre o público e privado, em substituição a contatos pontuais e não sistematizados, sobretudo ao se considerar os longos prazos de duração dos contratos de concessão comum e PPP. Para tanto, o procedimento administrativo é o instrumento que permite dar estrutura aos múltiplos contatos que podem ser desenvolvidos entre a Administração Pública e a concessionária, em um sistema ou plano de ação (SCHMIDT-AßMANN, 2003 p. 358).

Com efeito, a cooperação entre a Administração Pública e a concessionária é fundamental, por exemplo, para a instrução do procedimento para avaliação e implementação de eventual reequilíbrio econômico-financeiro. É que, neste caso, a instrução do procedimento dependerá de ampla participação da concessionária, que é o agente responsável pela efetiva prestação dos serviços.

Barnes (2008, p. 43) explicita, nesse sentido, a importância da cooperação, no âmbito do processo administrativo, para a instrução do procedimento como uma nova forma de “divisão do trabalho”, com a possibilidade de converter a tradicional instrução administrativa em controle da instrução realizada parcial ou integralmente pelos particulares. Trata-se, nas palavras do autor, de aprofundamento do modelo de regulação e direção, de modo que a cooperação é vista como transferência de custos de transação ao setor privado e manutenção da perspectiva de regulação, fiscalização e controle por parte da Administração Pública.

Enfim, da exposição realizada, é possível concluir que os contratos de concessão comum e PPPs, enquanto contratos de longo prazo e sujeitos à incerteza do tempo, podem conter regras que caracterizam um dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro, a fim de tornar a execução contratual mais eficiente e condizente com variações ocorridas ao longo do tempo. Tais regras conferem flexibilidade à execução contratual e se refletem na alocação de riscos, de modo que o dinamismo fica mais evidente na possibilidade de variação na extensão do risco inicialmente assumido pelas partes.

Por esse motivo, o próprio contrato é que demarca o grau de dinamicidade do equilíbrio econômico-financeiro, já que não há como se falar em relação genérica ou abstrata de igualdade ou equivalência entre receitas e despesas ou encargos e remuneração para se compreender o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Na realidade, cada contrato de concessão comum ou PPP terá sua equação econômico-financeira calcada em bases objetivas, constituídas pelas regras contratuais, como analisado anteriormente, de tal modo que sua aferição deve se dar de forma contínua durante toda a vigência do contrato, haja vista que variações nos aspectos econômico-financeiros (que importem ou não na ocorrência de evento de desequilíbrio, a depender da alocação de riscos contratual) certamente serão verificadas ao longo do tempo.

Assim, o caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro traduz-se nas regras de alocação de riscos entre as partes, nos eventuais mecanismos mitigadores e nas metodologias para revisão, reajuste, renegociação ou atualização dos aspectos econômico-financeiros do contrato.

Consequentemente, as normas de caráter procedimental e as metodologias para reequilíbrio do contrato assumem papel primordial, já que são essas regras que estabelecerão os limites e as formas de implementação do reequilíbrio, quando necessário. A ausência de normas procedimentais claras e parâmetros financeiros objetivos a serem utilizados para a aferição, cálculo e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro prejudica a execução contratual e abre espaço para práticas que desvirtuam o dinamismo contratual para transformá-lo em formas de atuação unilateral e autoritária, incompatíveis com a cooperação entre poder concedente e concessionária.

3.4.1 Crítica a previsões genéricas de alocação de riscos ilimitados à concessionária e a questão de riscos não previstos no contrato

As conclusões acerca do dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs servem de fundamento para a avaliação crítica de duas questões relevantes: previsões contratuais que alocam para a concessionária, de forma genérica todos os riscos que não tenham sido expressamente previstos no contrato; e as consequências de concretização de um evento não previsto na alocação de riscos do contrato.

Quanto à primeira questão acima, pode ser tentador ao poder concedente definir, contratualmente, que a concessionária é responsável por qualquer risco não previsto expressamente no contrato. Essa certamente seria uma saída simples e confortável para a Administração Pública lidar com as incertezas dos contratos de concessão. E é prática que pode ser observada em determinados contratos. Todavia, há pelo menos dois problemas nessa tomada de decisão.

O primeiro é que esse tipo de previsão genérica, como uma alocação de riscos “subsidiária” representa uma limitação dos riscos assumidos pelo Estado ao custo de tornar completamente ilimitados os riscos assumidos pela concessionária. E a consequência disso é que a concessionária é então incentivada a apresentar propostas muito mais onerosas à Administração Pública. Com efeito, é próprio à economia das relações negociais que, quanto maior o risco assumido por uma parte, maior o preço da contraprestação que será cobrado por ela (ARAÚJO, 2013, p. 86). Este primeiro problema já é suficiente para, senão descartar por completo, pelo menos restringir, e muito, esse tipo de previsão contratual genérica em face da necessidade de demonstração da economicidade e da eficiência da contratação, exigida pela

legislação aplicável às PPPs e concessões comuns⁸³. Como motivar a decisão de alocar riscos ilimitados a uma parte, sob o ponto de vista econômico, se essa previsão torna impossível a mensuração desses riscos?

O segundo problema decorre justamente disto: a alocação de riscos ilimitada à concessionária não apenas incentiva à oferta de propostas mais onerosas como ainda torna completamente abertas as bases econômicas de referência para que a concessionária elabore sua proposta. Assim como o poder concedente, a concessionária também não terá condições de precificar adequadamente riscos ilimitados. A elaboração da proposta se torna um chute no escuro, tendente ao infinito, o que compromete toda a finalidade de se buscar a eficiência na execução contratual. A própria competitividade do certame é afetada, pois, não havendo definição clara dos riscos assumidos, os licitantes não terão condições efetivas de partir de uma base comum, bem delimitada, para apresentar propostas competitivas entre si.

Sobre o tema, Justen Filho (2018, p. 186) é claro ao defender que a alocação de riscos no contrato administrativo compreende uma partilha nos limites do que pode ser estimado, não sendo exigível do particular contratado a capacidade de prever o futuro. Como afirma o autor “a questão apresenta relação com os limites do economicamente possível. O argumento da responsabilização absoluta e ilimitada por eventos futuros, mesmo nos casos de implausibilidade completa, conduziria a um custo insuportável” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 186)⁸⁴.

Dessa forma, parece correto afirmar que o dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro não justifica e tampouco autoriza a previsão de alocação de riscos ilimitados ou irrestritos à concessionária⁸⁵.

⁸³ O dever de demonstração da economicidade, eficiência e eficácia da contratação de concessões comuns e PPPs é trabalhado em maior detalhe no capítulo 4 deste trabalho.

⁸⁴ A tese defendida por Justen Filho (2018, p. 188) neste caso é que a transferência ilimitada de riscos à concessionária transformaria o contrato de concessão em um “contrato aleatório”. Isto é, uma vez concretizado um evento danoso de consequências que impactem de forma totalmente desmesurada o contrato, de duas uma, ou a concessionária irá à falência ou fará jus a lucros absurdos. Nas acertadas palavras do autor: “a saída não reside em adotar soluções voluntaristas, traduzidas em cláusulas fixando que ‘todos os riscos são do concessionário’. Previsões dessa ordem são indesejáveis, porque elevam a remuneração do concessionário além do mínimo necessário. Mais ainda, também são inadequadas porque dificilmente asseguram ao concessionário condições para enfrentar os efeitos de crises econômicas relevantes” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 188).

⁸⁵ É interessante notar que parcela considerável da doutrina defende a limitação dos riscos assumidos pela concessionária referindo-se não apenas à hipótese da alocação de riscos subsidiários, mas ainda aos próprios riscos previstos no contrato, quando a extensão do risco for de tal magnitude que inviabilize a continuidade do contrato, atraindo a aplicação da teoria da imprevisão. Sobre o tema, Amaral Garcia (2019, pp-192-193) defende que: “Compreender a alocação de riscos a partir de uma visão absoluta, definitiva, exauriente, estática, hermética, mecânica e literal significa tratar os contratos concessionais em uma perspectiva reducionista e, sem qualquer

Conclusão semelhante se aplica à questão de se atribuir à concessionária os efeitos decorrentes de qualquer evento que não tenha sido previsto na matriz de riscos contratual.

Como já afirmado, é inerente ao contrato de concessão comum e de PPP que a alocação de riscos seja incompleta. Não se pode acreditar que as normas contratuais poderão prever todo e qualquer evento futuro de forma objetiva para um horizonte de tempo tão longo como dez, vinte ou trinta anos. Por conseguinte, é provável, para não dizer certo, que as partes de um contrato dessa natureza terão que lidar com a concretização de eventos não previstos na matriz de riscos do contrato.

Nestes casos, como o contrato não trará uma resposta objetiva, entende-se pela aplicação do critério residual previsto na legislação para os contratos administrativos em geral.

Como já defendido acima, a previsão das Leis de Concessão e de PPPs para que o contrato contenha alocação de riscos permite e incentiva a alocação de riscos à concessionária relacionados à execução do objeto contratual, havendo a possibilidade de se expandir, no contrato, o que poderia ser considerado como álea ordinária a ser suportada pela concessionária. Todavia, essa possibilidade é sempre limitada pela incerteza, de modo que a teoria das áleas, tal como positivada na Lei Federal n. 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos aplica-se subsidiariamente aos casos não previstos na matriz de riscos contratual. Havendo critério previsto na legislação, referente ao regime geral dos contratos administrativos, esse deve ser adotado no lugar de concepções autoritárias que defendam que uma das partes suporte riscos não previstos no contrato.

exagero, com uma singeleza que não integra sua intrínseca substância. [...] Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter suas consequência imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo sua eficiente execução. [...] Quando as ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual”. Em sentido semelhante, entende Marques Neto (2015, p. 192): “No exemplo dos custos, se a explosão do inicialmente orçado decorrer de uma deterioração macroeconômica significativa e imperscrutável, resta recolocada a discussão (dentro dos procedimentos previstos no contrato) sobre formas e parâmetros para essa recomposição. Do mesmo modo, ainda que ao concessionária caiba o risco de demanda, se a queda abrupta tiver decorrido de uma ação ou de uma omissão do poder concedente também se justifica, inobstante o pactuado, a discussão sobre tal desequilíbrio. Segue daí que em uma concessão comum (e como veremos na concessão em geral) o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição deve ser sempre tratado no âmbito da negociação regulatória, para o qual o contrato deve contemplar parâmetros e procedimentos”.

Tal posicionamento já encontrava respaldo na doutrina⁸⁶, considerando as disposições do art. 65, II, alínea “d”, da Lei Federal n. 8.666/1993. E a redação do art. 124, II, alínea “d”, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos respalda esse entendimento, já que prevê o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro “em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis”, desde que “respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (BRASIL, 2021).

Ou seja, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos define a subsidiariedade da teoria das áleas em relação à alocação de riscos objetiva do contrato. Portanto, caso a alocação de riscos contratual não contenha, de forma alguma, critério para tratar de evento não previsto como risco no contrato, entende-se que deverão ser aplicadas as disposições da Lei Federal n. 8.666/1993 ou da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos para a tutela do evento e seus efeitos no equilíbrio econômico-financeiro. Não há espaço para se defender que a concessionária deve arcar com as consequências de um evento gravoso não previsto como risco a ela alocado pelo contrato.

3.5 Metodologias de reequilíbrio

⁸⁶ Esse é o posicionamento de Vernalha Guimarães (2019, p. 109): “Na hipótese, contudo, de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete e ao juiz encontrar critérios secundários a oferecer uma solução à questão que possa estar harmonizada com o regime jurídico dos contratos de longo prazo. Neste particular, nem a Lei nº 8.987/95 nem a Lei nº 11.079/2004 trazem qualquer indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais. Já a Lei nº 8.666/93, que tem aplicação subsidiária aos contratos concessionários, contém uma disciplina expressa sobre a questão, inscrita na alínea “d” do inc. II do art. 65, deslocando-se à Administração Pública os riscos atinentes à álea extraordinária e extracontratual. Neste particular [...] o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93 para a tutela de riscos extracontratuais (alínea “d” do inc. II do art. 65) não parece inconciliável com o modelo concessionário”. Concepção semelhante é adotada por Lins Alencar (2019, p. 200): “Com efeito, ao identificar os riscos envolvidos na contratação – ou seja, aqueles eventos previsíveis e que, embora de ocorrência incerta, possam ser previamente dimensionados ou quantificados – e alocá-los, contratualmente, a cada uma das partes, amplia-se o conteúdo daquilo que pode ser considerado álea ordinária. Apesar disso, a alocação objetiva de riscos possui limitações, já que ele não deve repartir entre as partes responsabilidades por eventos que caracterizem verdadeiras incertezas. Por essa razão, a tradicional teoria das áleas, que autoriza a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro diante da ocorrência de eventos subsumíveis ao conceito de álea extraordinária e que desestabilizem o sinalagma ao conceito de álea extraordinária e que desestabilizem o sinalagma contratual, continua sendo aplicável, sobretudo em função da impossibilidade de equacionamento, no próprio contrato, de todas as incertezas envolvidas na contratação. Contudo, apenas será possível identificar os eventos que, em concreto, se enquadram nas noções de álea extraordinária (administrativa ou econômica) a partir da exclusão dos eventos especificamente repartidos entre as partes contratualmente e que, por essa razão, constituirão álea ordinária”.

Um dos aspectos mais sensíveis relacionados ao dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro da concessão comum e das PPPs, afeito às normas de caráter procedimental, está relacionado às possíveis metodologias que podem ser utilizadas para o cálculo e para a recomposição do equilíbrio contratual.

Ao menos dois aspectos principais explicam essa sensibilidade.

O primeiro aspecto está relacionado ao fato de que, como contratos de longo prazo, as concessões e PPPs pressupõem a verificação dos efeitos que impactam o equilíbrio contratual ao longo do tempo.

Imagine-se que, no quinto ano de execução de uma concessão comum de trinta anos, um determinado evento de desequilíbrio implique aumento abrupto de custos para a concessionária, caracterizando um evento de desequilíbrio, nos termos da alocação de riscos contratual. Como consequência, o poder concedente decide reequilibrar o contrato mediante o aumento do valor da tarifa paga mensalmente pelos usuários. Nesse exemplo, o impacto sofrido pela concessionária no quinto ano da concessão será compensado por pagamentos em valores tarifários mais elevados a serem realizados não no mesmo momento em que os custos foram suportados pela concessionária, mas em momento futuro, de forma parcelada, ao longo dos vinte e cinco anos seguintes.

A compensação do reequilíbrio, portanto, não é materialmente efetivada de forma instantânea, ela é projetada para o futuro, marcando certo grau de dinamismo do equilíbrio econômico-financeiro, como já visto. Além disso, o reequilíbrio acaba impactando a extensão do risco de inadimplência dos usuários assumido pela concessionária, já que, agora, o pagamento das tarifas se destina, também, a compensar o evento de aumento abrupto dos custos assumidos pela concessionária.

Por isso, como o valor do dinheiro no qual se materializa a remuneração da concessionária varia no tempo, as metodologias de reequilíbrio empregadas nesses contratos devem partir de conceitos e ferramentas financeiras, capazes de traduzir as consequências da alocação de riscos entre as partes, no caso da concretização de um desses riscos, para a esfera patrimonial das partes, considerando o valor do dinheiro no tempo. Esse é o motivo pelo qual

ferramentas como a taxa interna de retorno (TIR) e o valor presente líquido (VPL) são relevantes para o equilíbrio econômico-financeiro na concessão comum e nas PPPs⁸⁷.

O segundo aspecto se refere à definição dos parâmetros que serão utilizadas para aferir eventual desequilíbrio. Como regra, duas metodologias de parâmetros costumam ser utilizadas na concessão: (i) a metodologia pelo caso base do plano de negócios da concessionária; e (ii) a metodologia pelo fluxo de caixa marginal.

3.5.1 Metodologia de reequilíbrio pelo plano de negócios da concessionária

O plano de negócios elaborado pela concessionária consiste em um conjunto de estudos que, no âmbito dos contratos de concessão e PPPs, contempla informações técnicas a respeito do objeto concedido, como estudos preliminares e anteprojetos, dos riscos relacionados ao contrato, estratégias vislumbradas pela concessionária para o financiamento da concessão e, por fim, informações de natureza financeira, que permitam a elaboração do fluxo de caixa da concessão.

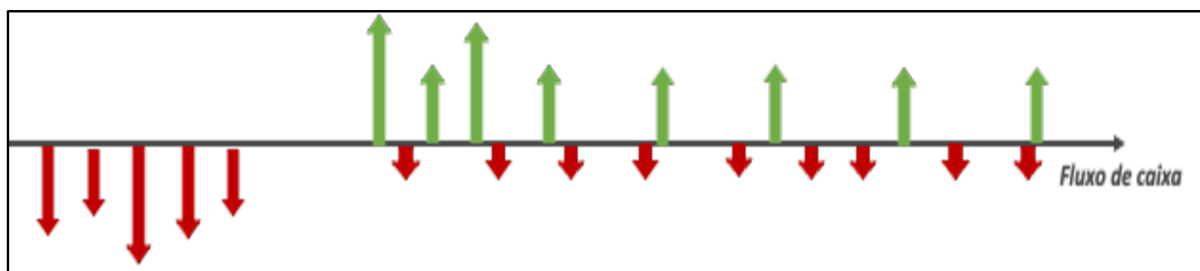
O fluxo de caixa é usualmente composto por um complexo de planilhas que estimam receitas e custos de investimento e de operação ano a ano, além de custos financeiros, custos de capital (próprio e de terceiros, se for o caso), e outras premissas financeiras utilizadas pelo licitante para projetar dispêndios e receitas esperadas na execução do contrato (RIBEIRO, 2011, p. 111).

A partir do plano de negócios, e do fluxo de caixa que o compõe, é possível extrair, assim, um “caso base”. Isto é, um cenário original que contempla projeções e estimativas iniciais quanto à evolução das variáveis que influenciam o desenvolvimento do contrato de concessão comum ou PPP (GONÇALVES, 2019, p. 329; GAMELL; NAVARRO PRADO p. 265; YESCOMBE, 2007, pp. 149-150).

Graficamente, o fluxo de caixa do caso base pode ser ilustrado da seguinte forma:

⁸⁷ Como esclarecem Lawrence J. Gitman e Chad J. Zutter (2015, p. 444), tais ferramentas levam em consideração procedimentos para aferição de valor no tempo, riscos, além de considerações sobre retorno e avaliação de dispêndio de capital.

Figura 1 – Modelo de fluxo de caixa do “caso base” do plano de negócios



Fonte: elaborado pelo autor (2021)

Na Figura 1 acima, a grande linha preta, na horizontal, representa o prazo de execução do contrato, no qual são projetados os custos e receitas da concessionária.

As setas vermelhas, no sentido descendente, representam as saídas ou dispêndios do fluxo de caixa, ou seja, os custos operacionais e de investimentos a serem suportados pela concessionária. Nesse sentido, é comum que os fluxos de caixa, tal qual ilustrado acima pelas setas vermelhas maiores, projetem grandes investimentos a serem realizados no período inicial da concessão, com o objetivo de disponibilizar a infraestrutura ou serviço e permitir o recebimento da remuneração pela concessionária.

Por fim, as setas verdes, em sentido ascendente, representam as receitas projetadas pela concessionária. Na figura acima, as setas verdes maiores podem representar, por exemplo, o pagamento de aporte pela Administração Pública ao final da conclusão dos investimentos iniciais em uma PPP, e as demais setas menores representam as contraprestações mensais a serem recebidas até o final do contrato. A Figura 1 ilustra, assim, a projeção dos valores financeiros da concessão no tempo, simulando graficamente o fluxo de caixa do plano de negócios da concessionária.

Neste contexto, é importante deixar claro que o “caso base” do plano de negócios configura uma projeção. Em outros termos, ele representa a expectativa da concessionária acerca dos custos a serem suportados e das receitas a serem percebidas⁸⁸. Na prática, durante a execução contratual, a não ser que a concessionária seja capaz de prever com exatidão o futuro,

⁸⁸ Como afirma Costa Gonçalves (2019, p. 331): “os dados do caso base assentam em ‘projeções’ e estimativas; neste sentido, a definição do ponto de equilíbrio de um contrato de concessão assenta numa ‘ficção’. Contudo, de uma ‘ficção necessária’ – trata-se, além disso, de uma ‘ficção científica’, neste caso, no sentido de que as projeções e estimativas resultam de estudos elaborados com recurso a ferramentas científicas das ciências econômicas.”

o que é obviamente impossível, os custos e receitas efetivamente experimentados serão diversos daqueles projetados no “caso base” do plano de negócios.

O “caso base” do plano de negócios pode servir como a representação do estado inicial a ser utilizado como parâmetro para a verificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, os custos e receitas reais experimentados na execução do contrato em determinado momento podem ser comparados com as projeções constantes do caso base do plano de negócios a fim de permitir a eventual constatação de variações financeiras suportadas pela concessionária, em decorrência de um evento gravoso.

Para tanto, entende-se que as regras do instrumento convocatório deverão prever que o “caso base” do plano de negócios, a ser apresentado pela concessionária (seja na proposta comercial, durante a licitação, seja como condição de assinatura do contrato, após a homologação do certame), vincula as partes, servido como parâmetro do estado de equilíbrio do contrato⁸⁹.

Em outras palavras, o plano de negócios pode servir de espelho para a comparação entre a rentabilidade projetada pela concessionária quando da elaboração de sua proposta e a rentabilidade de fato experimentada pela concessionária durante a execução do contrato.

Para que essa comparação seja possível sob o ponto de vista matemático, porém, é necessário que seja estabelecido um parâmetro financeiro que permita quantificar a rentabilidade esperada pela concessionária.

3.5.1.1 A TIR do plano de negócios enquanto parâmetro financeiro de reequilíbrio

Há diversas ferramentas financeiras que podem ser utilizadas para se quantificar a rentabilidade esperada de um projeto de investimento⁹⁰. Usualmente, a ferramenta mais

⁸⁹ Como abordado mais adiante neste capítulo, a vinculação do plano de negócios e sua utilização como parâmetro de reequilíbrio não significa que a alocação de riscos contratual será ignorada, de modo que toda variação de custos ou receitas, ocorrida na prática, em comparação com as projeções do plano de negócios autorizem o reequilíbrio contratual. Esta é uma das críticas ao uso do plano de negócios quando utilizado como parâmetro absoluto, descolado da alocação de riscos contratual.

⁹⁰ De acordo com António Martins (2019, p. 408), um projeto de investimento caracteriza-se pelas seguintes características principais: (i) um investimento inicial que requer certo desembolso, a fim de adquirir ativos tangíveis (como máquinas e equipamentos), ou intangíveis (como patentes e direitos de uso); (ii) um conjunto de previsões sobre os rendimentos que tal projeto pode gerar, fundadas em estimativas de quantidades de venda, dos preços a serem praticados, da taxa de inflação, dos tributos a recolher e outras variáveis; (iii) um rol de gastos a estimar, tais como consumo materiais, serviços de terceiros, salários, depreciações dos ativos e juros a pagar;

empregada é a taxa interna de retorno (TIR)⁹¹. Seguindo essa linha, o uso da TIR pressupõe que um contrato de concessão comum ou PPP, sob a perspectiva financeira, pode ser equiparado a um projeto de investimento (MARTINS, 2019, p. 407).

Conceitualmente, a literatura econômica define a TIR de um projeto como a taxa de desconto que equaliza o valor presente líquido de uma oportunidade de investimento a zero, partindo da premissa de que o valor presente das entradas do fluxo de caixa do projeto seja igual ao valor do investimento inicial realizado pelo investidor. Como explicam Gitman e Zutter (2015, p. 253) a TIR representa a taxa de retorno que o investidor receberá, caso invista no projeto e receba todas as entradas de capital previstas no projeto. Por isso, ao se analisar um projeto, ele somente será vantajoso para o investidor caso a TIR do referido projeto seja, na prática, superior ao custo de oportunidade de capital por ele estimado para a realização dos investimentos no projeto⁹².

No sentido conceitual acima empregado, transpondo-o para o contexto de um contrato de concessão comum ou PPP, a TIR é utilizada como parâmetro para que a concessionária decida se determinado contrato representa para ela um projeto de investimento rentável ou não. Isto é, a TIR, empregada nesse sentido, é usada como parâmetro de atratividade da concessão.

Entretanto, no âmbito dos contratos de concessão comum ou PPP, a TIR pode servir a outros propósitos. Essa pluralidade de propósitos acarreta a utilização da própria expressão “TIR” em diversos sentidos semânticos. Para evitar confusões de natureza conceitual, portanto, os propósitos para os quais a TIR pode ser empregada no âmbito de contratos de concessão comum ou PPP devem ser claramente identificados.

Sobre esse tema, Portugal Ribeiro e Sande (2021, p. 3) sistematizaram quatro propósitos para os quais a TIR em contratos de concessão comum e PPPs é utilizada. São eles: (i) como instrumento para precificação de ativos antes da celebração do contrato, isto é, como parâmetro para os estudos de viabilidade das concessões e/ou planos de negócios utilizados pelos

e (iv) um horizonte temporal durante o qual se prevê que o investimento venha a gerar receitas para o investidor do projeto.

⁹¹ A TIR, além do método de “período de retorno” (ou *payback period*) e o método de valor presente líquido (VPL), são as ferramentas elencadas por Gitman e Zutter para se avaliar a rentabilidade de um determinado projeto de investimento (2015, pp. 445-456). Embora o VPL também seja por vezes empregado como parâmetro de reequilíbrio no contratos de concessão comum ou PPPs, como já afirmou Bockmann Moreira em 2010 (MOREIRA, 2010, p. 394), sua utilização é menos frequente do que o método da TIR, que, em razão justamente de sua relevância, é explorada com maiores detalhes neste trabalho.

⁹² Para análise esclarecedora sobre a relação da TIR de um projeto com a noção de custo de oportunidade de capital, veja-se a exposição de Bockmann Moreira e Peçanha Guzela (2019, p. 430).

licitantes para formulação de suas propostas (denominada pelos autores de TIR para precificação); (ii) como instrumento de precificação durante a execução do contrato, neste caso, especificamente como ferramenta para cálculo do valor de remuneração de contratos sujeitos a regulação tarifária (denominada de TIR regulatória); (iii) como instrumento de reequilíbrio de contratos, usada como taxa para se deslocarem valores no tempo a fim de neutralizar impactos de determinado evento de desequilíbrio sobre o contrato (denominada de TIR para reequilíbrio); e (iv) como instrumento para mensuração efetiva da rentabilidade de um contrato de concessão ou PPP, ao seu final, ou seja, como instrumento para mensuração da rentabilidade do contrato sob a perspectiva do investidor (denominada de TIR efetiva).

Para os fins deste trabalho, importa destacar o terceiro uso da TIR apontado acima: a TIR utilizada para o propósito de servir como instrumento de reequilíbrio de contratos, empregada como taxa para se deslocarem valores no tempo a fim de neutralizar impactos de determinado evento de desequilíbrio sobre o contrato de concessão comum ou PPP.

Nesse sentido, ao formular seu plano de negócios, com o respectivo fluxo de caixa, a concessionária define a TIR estipulada no plano, que será representada em um valor percentual, como 10%, 12% ou 8%, por exemplo. Esse valor representa a taxa de rentabilidade esperada pela concessionária. Em termos simplistas, supondo uma TIR de 10%, a concessionária espera que um investimento de X, realizado no âmbito do contrato, renda, ao final de sua execução, 1,1X.

No entanto, é provável que algum evento verificado de forma superveniente na execução contratual impacte as projeções feitas pela concessionária em seu plano de negócios. Suponha-se, ilustrativamente, que em decorrência de um conflito armado, o preço do barril de petróleo sofra variações, aumentando o custo de produção de asfalto. Caso uma concessionária responsável pelas obras de duplicação de uma rodovia tenha projetado custos para a produção de asfalto em seu plano de negócios, em momento anterior ao início do conflito, certamente ela projetou custos de produção de asfalto menores que os efetivamente incorridos após o desencadeamento do conflito armado. Na hipótese de nenhuma outra variação tenha ocorrido, a TIR projetada plano de negócios da concessionária não será equivalente à TIR efetiva do projeto, que será menor, diminuindo a rentabilidade esperada pela concessionária.

Em um cenário como o ora descrito é possível perceber como a TIR do plano de negócios pode então ser utilizada como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro. No exemplo descrito acima, ao pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, utilizando o método do plano de negócios e considerando a TIR do plano de negócios como parâmetro, a

concessionária deverá demonstrar: (i) os efeitos financeiros causados pelo evento na projeção do fluxo de caixa do plano de negócios; e (ii) o respectivo valor do reequilíbrio necessário para readequar o valor da TIR efetiva do projeto à TIR projetada no plano de negócios, recriando condições para que o projeto concessionário volte a ter a rentabilidade esperada pela concessionária.

3.5.1.2 Críticas ao método de reequilíbrio pelo plano de negócios

O método de reequilíbrio a partir do “caso base” do plano de negócios, todavia, já foi alvo de críticas, em especial após sua utilização em concessões que não foram consideradas como projetos de todo satisfatórios pela Administração Pública⁹³.

Essas críticas estão relacionadas à hipótese de o plano de negócios ser considerado como parâmetro isolado e vinculante para as partes para aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desvinculado da matriz de riscos contratual.

Na hipótese de um plano de negócios considerando vinculante, e utilizado como único padrão de equilíbrio econômico-financeiro, sem se considerar uma alocação de riscos contratual, qualquer variação de custos ou receitas verificadas ao longo da concessão, que impacte a TIR efetiva da concessionária, deslocando-a do mesmo patamar fixado pela TIR do plano de negócios, autorizaria o reequilíbrio contratual. Na prática isso equivale a transferir riscos do projeto ao poder concedente, que deverá sempre reequilibrar o contrato na hipótese de qualquer variação de custos incorrida pela concessionária. Cria-se uma “garantia” (RIBEIRO, 2011, p. 118) à concessionária de que a TIR do plano de negócios será mantida como a TIR efetiva da concessão, assegurando, a qualquer custo, a rentabilidade projetada pela concessionária.

Assim, a primeira crítica usualmente realizada ao método de reequilíbrio pelo plano de negócios é de que ele pode gerar uma distorção da alocação de riscos contratuais (RIBEIRO; 2011, p. 115). De nada adianta prever que determinado risco deve ser alocado à concessionária, caso a metodologia de reequilíbrio-financeiro utilizada neutralize essa alocação, assegurando

⁹³ Portugal Ribeiro (2011, pp. 114-120) foi dos principais autores a chamar a atenção para críticas ao plano de negócios como referencial para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

sempre à concessionária a manutenção da rentabilidade do projeto equivalente, pelo menos, à TIR projetada no plano de negócios.

A solução para esse tipo de problema, e que na realidade é necessária para que a alocação de riscos do contrato de concessão, enquanto elemento da base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro, seja efetiva, é relativamente simples. Como já dito neste trabalho, à luz do ordenamento jurídico aplicável às concessões e PPPs, um evento somente é considerado como evento de desequilíbrio no contrato se tiver sido alocado como risco de uma das partes, mas a parte contrária seja atingida pelos seus efeitos. Partindo dessa premissa, somente eventos que não tenham sido alocados como risco da concessionária, pelo contrato, poderão ser alegados como fundamento para reequilíbrio contratual pela concessionária. Logo, não será toda e qualquer variação verificada entre a TIR do plano de negócios e a TIR efetiva⁹⁴ que autorizará o reequilíbrio do contrato. Somente as variações decorrentes de evento classificado como risco da parte contrária poderão ser alegadas pela parte original para o reequilíbrio do contrato⁹⁵.

Em síntese, o “caso base” do plano de negócios, quando utilizado como parâmetro, deve ser interpretado à luz da alocação de riscos, de modo que suas projeções somente sejam utilizadas para fins de reequilíbrio, caso o evento que tenha causado o desequilíbrio seja referente a risco alocado à parte contrária.

A segunda crítica usualmente direcionada ao uso do plano de negócios da concessionária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro refere-se ao efeito de se preservarem premissas econômico-financeiras fixadas em um determinado momento como parâmetro a ser empregado para momentos no futuro. Em outras palavras, aduz-se à utilização de premissas financeiras estabelecidas pela concessionária no início do contrato e que poderão ser fixadas para reequilibrar esse mesmo contrato em decorrência de eventos ocorridos dez, vinte ou trinta anos depois, em uma conjuntura macroeconômica que poderá ser totalmente diversa.

⁹⁴ Nas palavras de Costa Gonçalves (2019, p. 332) “o caso base não parece ter qualquer préstimo ou aplicação quanto aos riscos suportados pela concessionária [...]”.

⁹⁵ Portugal Ribeiro (2013, p. 9) narra como essa experiência de neutralização da matriz de riscos foi percebida nas concessões rodoviárias federais. Como esclarece o autor, uma vez detectada essa distorção na utilização do plano de negócios, os contratos seguintes de concessões rodoviárias passaram a conter cláusula segundo a qual só seria cabível o reequilíbrio contratual a favor da concessionária se o evento que deu origem ao desequilíbrio fosse risco atribuído pelo contrato ao poder concedente. Costa Gonçalves (2019, p. 330) dá explicação semelhante ao analisar o papel do “caso base” do plano de negócios nas PPPs no contexto português.

Essa crítica foi realizada especialmente por Portugal Ribeiro (2013, p. 10)⁹⁶ para as hipóteses nas quais o poder concedente decidiu ampliar unilateralmente o escopo de contratos de concessões rodoviárias no Brasil, celebrados na década de 1990, para incluir novos investimentos a serem realizados pela concessionária já nos anos 2000. Partindo das premissas do plano de negócios original da concessionária para calcular os investimentos a serem realizados nos anos 2000 e as respectivas medidas compensatórias para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, como os riscos macroeconômicos no Brasil haviam diminuído, esses novos investimentos eram incluídos no contrato considerando uma rentabilidade elevada para a época, supostamente compatível com um cenário macroeconômico não mais existente.

Costa Gonçalves (2019, pp. 335-337) enfrenta a mesma discussão. De acordo com o autor português, uma vez tendo o contrato definido que o plano de negócios representa o “caso base” fixado inicialmente e que será utilizado como parâmetro de reequilíbrio, não há ilegalidade ou vício em se utilizar o referido parâmetro, mesmo nas hipóteses em que as condições macroeconômicas vigentes se mostrarem divergentes daquelas consideradas quando da elaboração do plano de negócios. Como afirma Costa Gonçalves (2019, p. 336), o contrato é a lei entra as partes e “não há forma legítima de resolver um problema para o qual a ‘lei’ tem uma resposta direta e taxativa que passe por ignorar e desprezar esse dado normativo, para, por exemplo, se filiar em considerações pragmáticas, em dados de contexto e da realidade”.

Por outro lado, o próprio autor português admite, ainda que em caráter excepcionalíssimo, que o contrato pode prever a utilização do método de reequilíbrio pelo “caso base” do plano de negócios e, ao mesmo tempo, admitir a revisão das premissas econômico-financeiras do plano de negócios, caso elas se mostrem excessivamente distantes da realidade, “à luz de um princípio de justiça e de equidade da relação contratual” (GONÇALVES, 2019, p. 337).

A despeito da cautela ressaltada por Costa Gonçalves, considerando-se a análise realizada neste trabalho, entende-se que essa solução não se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, uma vez definido o plano de negócios como “caso base” a ser utilizado para o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, nenhuma das partes poderá exigir, de forma impositiva, a revisão das premissas desse “caso base”, sem que

⁹⁶ No mesmo sentido, ver também os trabalhos de Peçanha Guzela e Bockmann Moreira (2019, p. 438) e Gamell e Navarro Prado (2019, p. 266).

haja previsão contratual, para se beneficiar em determinado procedimento de reequilíbrio. Tal imposição provocaria alteração das bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Hipótese como essa caracterizaria, a bem ver, o uso indevido do caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 155) pela aplicação de prerrogativas unilaterais e autoritárias, não condizentes com o caráter cooperativo das concessões comuns e PPPs, tal como aludido anteriormente neste trabalho⁹⁷.

3.5.2 O método de reequilíbrio pelo fluxo de caixa marginal

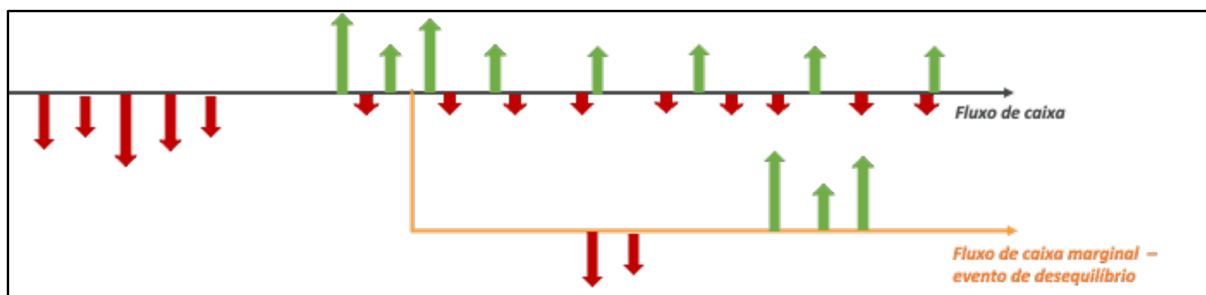
Como alternativa à metodologia de reequilíbrio utilizando-se o plano de negócios como “caso base”, a doutrina buscou desenvolver a metodologia pelo uso do fluxo de caixa marginal. O principal objetivo dessa metodologia é se afastar de projeções realizadas quando da apresentação da proposta pela concessionária, ou que remetam à celebração do contrato como parâmetros para o reequilíbrio contratual, e se aproximar ao máximo de parâmetros reais atuais para compor as premissas financeiras que embasarão o cálculo do reequilíbrio⁹⁸.

Essa metodologia consiste na elaboração de um fluxo de caixa paralelo (marginal), exclusivo para a realização do reequilíbrio em decorrência de um evento que possa ser caracterizado como evento de desequilíbrio a partir da alocação de riscos do contrato. A figura abaixo ilustra graficamente a noção do fluxo de caixa marginal:

Figura 2 – Modelo de fluxo de caixa marginal

⁹⁷ Mesmo partindo da ótica de um economista, reconhece-se, neste particular, a importância da cooperação entre as partes, como faz António Martins (2019, p. 418) ao discutir a possibilidade de revisão das premissas do plano de negócios: “Não será tarefa fácil refazer o modelo, em especial tendo as partes de acordar em novos pressupostos; [...] Caberá às partes a discussão da melhor forma de, em cada situação, proceder tecnicamente. A meu ver, o uso do cenário base não pode deixar de ser um procedimento a considerar, podendo admitir-se vários graus de correcção a esse cenário consoante o projecto (concessão em apreço).”

⁹⁸ Como denota Vêras de Freitas (2019, p. 157): “em breves palavras, o critério do fluxo de caixa marginal é aquele por meio do qual o equilíbrio econômico-financeiro é aferido tendo-se em conta o momento econômico em que se exige dos concessionários a realização de novos investimentos.”



Fonte: elaborada pelo autor (2021)

Na Figura 2 acima, a linha horizontal laranja, localizada na parte debaixo da ilustração, representa o fluxo de caixa marginal, no qual são projetados os custos decorrentes do evento de desequilíbrio, representados pelas setas vermelhas verticais, em sentido descendente, e as respectivas medidas compensatórias, representadas pelas setas verdes verticais, em sentido ascendente.

Como se vê, o fluxo de caixa marginal não parte das mesmas premissas do fluxo de caixa originalmente projetado pela concessionária para o cálculo do reequilíbrio. No lugar dessas premissas, devem ser utilizadas outras a fim de quantificar os valores a serem projetados em conformidade com parâmetros atuais e mais condizentes com a realidade presente, no lugar de projeções realizadas pela concessionária em momento pretérito. Para tanto, podem ser utilizadas pesquisas de mercado, sistemas de custos de referência utilizados por entidades públicas (como o SICRO ou o SINAPI), ou mesmo metodologias próprias e especificamente desenvolvidas por entidades reguladoras (RIBEIRO, 2011, p. 121).

Além disso, como o fluxo de caixa deve ser elaborado a partir da ocorrência de um evento de desequilíbrio, sendo aplicado exclusivamente para o referido evento, é necessário que seja estipulada uma taxa de desconto que seja capaz de trazer os valores projetados a valor presente, a fim de viabilizar o cálculo do reequilíbrio.

Essa taxa de desconto, na prática, exerce a mesma função da TIR do plano de negócios utilizado como “caso base”. Como regra, porém, no fluxo de caixa marginal, utiliza-se uma taxa variável de acordo com índices de mercado (como o IGP-M, o IPCA, ou mesmo taxas reguladas, como é a TJLP) para que, justamente, se assegure rentabilidade compatível com parâmetros de mercado condizentes com o momento em que o reequilíbrio é calculado (RIBEIRO, 2011, p. 121; GAMELL, PRADO, 2019, pp. 266-267).

A ideia, enfim, é que o reequilíbrio contratual resulte, especificamente para o evento de desequilíbrio, na previsão de rentabilidade próxima ao custo médio ponderado de capital, isto é, a rentabilidade próxima ou comparável, em termos de risco, a outras oportunidades de investimento disponíveis no mercado, utilizando-se os mesmos recursos disponíveis, no momento do reequilíbrio. Trata-se de tentativa de remunerar a concessionária, no reequilíbrio, em patamar próximo ao seu custo de oportunidade naquele momento específico do tempo (FREITAS, 2019, p. 160).

3.5.2.1 Críticas ao método de reequilíbrio pelo fluxo de caixa marginal

Ainda que empregada como alternativa ao método de reequilíbrio pelo plano de negócios para o cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro, a metodologia do fluxo de caixa marginal não está imune a críticas.

No contexto brasileiro, a metodologia do fluxo de caixa marginal foi introduzida especialmente nos contratos de concessão rodoviária no âmbito federal, como forma de se reequilibrarem os contratos no caso de inclusão de novas obras e investimentos a serem realizados pela concessionária no curso do contrato⁹⁹.

Todavia, tem-se verificado a utilização dessa metodologia em contratos de outros setores com o objetivo de ser a única metodologia aplicável para todo e qualquer evento de desequilíbrio e não apenas a introdução de novos investimentos¹⁰⁰. Essa prática pode se mostrar prejudicial aos interesses econômicos da concessionária e, conseqüentemente, à atratividade da concessão, pois é possível que a taxa de desconto utilizada para o cálculo do reequilíbrio pelo fluxo de caixa marginal seja inferior à taxa de rentabilidade estimada inicialmente pela concessionária. Dito de outro modo, a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal usualmente

⁹⁹ Vêras de Freitas detalha a experiência da introdução da referida metodologia nos contratos de concessão rodoviária da segunda etapa do Procofe, conforme decisões proferidas pelo TCU, determinando à ANTT a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados na primeira etapa para fins de comparação. Dessa avaliação, um dos resultados foi justamente a introdução da metodologia do fluxo de caixa marginal para a introdução de novos investimentos, tanto nos contratos da primeira, quanto da segunda etapa do Procofe. Os acórdãos do TCU que contemplam essas análises (em especial o Acórdão n. 2.154/2007) são objeto de análise neste trabalho, embora com outro enfoque, no capítulo 5, dando-se atenção a como o TCU tratou do compartilhamento de ganhos de eficiência nesses casos.

¹⁰⁰ Navarro Prado e Gamell (2019, pp. 266-268) narram diversos contratos que preveem a utilização do fluxo de caixa marginal como metodologia para reequilíbrio em geral em contratos de concessão dos setores rodoviário, aeroportuário e portuário.

fixada no contrato, pode ser inferior à TIR projetada pela concessionária (que, neste caso, não é considerada como parâmetro de reequilíbrio)¹⁰¹.

Isso quer dizer que, à medida em que forem realizados mais e mais reequilíbrios ao longo do contrato, em decorrência de eventos supervenientes, a rentabilidade inicialmente esperada pela concessionária também será reduzida, ainda que, em termos absolutos, o lucro obtido ao final da concessão possa vir a ser maior do que o inicialmente esperado.

Além disso, a utilização de diversos fluxos de caixas marginais específicos pode tornar a contabilidade da concessionária cada vez mais complexa, pois é necessário separar as receitas e as despesas contabilmente previstas originalmente no contrato daquelas resultantes do reequilíbrio calculado a partir do fluxo de caixa marginal¹⁰².

Diante deste contexto, verifica-se que as metodologias previstas para realização do cálculo do reequilíbrio econômico-financeiros possuem limitações que devem ser consideradas caso a caso a depender das características econômico-financeiras de cada contrato. Com efeito, a legislação não impõe e tampouco veda a utilização de uma ou outra metodologia para o reequilíbrio de contratos de concessão comum e PPPs.

¹⁰¹ Essa crítica foi feita de forma incisiva por Portugal Ribeiro (2013, p. 19) e já foi ratificada por Vêras de Freitas (2019, p. 164)

¹⁰² Conforme aponta Vêras de Freitas (2019, p. 164) a partir de decisões preferidas pelo Tribunal de Contas da União, em especial o acórdão n. 2.200/2015.

4 GANHOS DE EFICIÊNCIA À LUZ DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES COMUNS E DAS PPPS

O presente capítulo tem como objetivo explicitar a relação dos ganhos de eficiência verificados na contratação de concessões comuns e PPPs com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito desses contratos.

Para tanto, os tópicos a seguir buscam, inicialmente, expor com objetividade o sentido da expressão “ganho de eficiência”, a fim de tornar claro o sentido em que ela é empregada neste trabalho. A definição pressupõe a investigação do conceito de eficiência, partindo da análise do sentido em que o termo é utilizado para se referir ao princípio da eficiência administrativa no âmbito jurídico e, ainda, da análise do sentido em que o mesmo termo é empregado nos processos de contratação de concessão comum e PPPs.

Em seguida, busca-se expor a relação entre a obtenção de ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Neste particular, é importante diferenciar o momento em que podem ser apurados ganhos de eficiência na contratação de concessões comuns e PPPs. Ganhos de eficiência incorporados ao contrato previamente à sua celebração, no momento de apresentação das propostas, em razão da competitividade efetiva que pode ser verificada ainda na licitação, como explicitado adiante, são considerados desde o início na equação econômico-financeira do contrato e não configuram variação desse equilíbrio. Por sua vez, ganhos de eficiência verificados durante a execução contratual, após a conformação do equilíbrio econômico-financeiro, podem ser mais complexos de serem analisados para avaliar a manutenção do equilíbrio contratual.

Dessa forma, como tema central deste capítulo, busca-se expor as razões pelas quais a alocação de riscos no contrato, considerando-a como elemento que integra a base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro contratual, deve ser utilizada como premissa para a verificação do impacto que ganhos de eficiência obtidos por quaisquer partes podem ter no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por fim, são expostos os fundamentos legais do ordenamento jurídico brasileiro que autorizam o compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum e PPPs. Sobre o tema, o capítulo esclarece as razões pelas quais os fundamentos legais pressupõem o exercício da discricionariedade administrativa para, ao estabelecer as normas

contratuais, regulamentar os parâmetros e, sobretudo, o procedimento a ser adotado em cada caso para a implementação do compartilhamento dos ganhos de eficiência no contexto contratual.

Ao final, verifica-se que a procedimentalização é essencial para assegurar que a apuração e o compartilhamento dos ganhos de eficiência sejam instrumentalizados de forma coerente com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, reforçando a importância da administração cooperativa e a função diretiva do direito administrativo.

4.1 Eficiência à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa

Ao se considerar o termo “eficiência” no âmbito do direito administrativo, pode-se dizer que ele é comumente empregado para a identificação de um dos princípios da Administração Pública. Essa constatação decorre da previsão expressa, no *caput* do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), do princípio constitucional da eficiência administrativa. Nesse sentido, o termo “eficiência” é utilizado para a identificação de um princípio jurídico que, enquanto tal, é dotado de conteúdo normativo.

De acordo com Modesto (2014, p. 112), o conteúdo normativo da eficiência, enquanto princípio, é dado em duas acepções. A primeira acepção refere-se à sua instrumentalidade. O princípio da eficiência, como qualquer outro princípio constitucional, não possui caráter absoluto, mas tem função de irradiar seus efeitos como instrumento para a interpretação do ordenamento jurídico como um todo. Cuida-se, sob esse aspecto, de princípio que cumpre “funções ordenadora, hermenêutica, limitativa e diretiva” (MODESTO, 2014, p. 112), que implicam a consideração do princípio na interpretação das demais normas de direito administrativo.

A segunda acepção do conteúdo normativo da eficiência é a da pluridimensionalidade (MODESTO, 2014, p. 113). O princípio da eficiência não se reduz a mera economicidade no emprego dos recursos públicos, como se pudesse ser restrito a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos. Para além da economicidade, a atuação eficiente no âmbito da Administração Pública é pluridimensional, pois se refere a pelo menos duas dimensões indissociáveis: (i) a dimensão da racionalidade, que diz respeito à otimização no uso dos meios; e (ii) a dimensão da satisfatoriedade, relacionada ao atendimento dos resultados propostos nas condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Seguindo essa definição, o princípio da eficiência pode ser compreendido como uma exigência jurídica, imposta à Administração Pública e a todos aqueles que lhe fazem as vezes ou que utilizam recursos públicos vinculados, para uma atuação que seja “idônea, econômica e satisfatória no cumprimento das finalidades públicas” (MODESTO, 2014, p. 114).

Definições semelhantes a essas são encampadas por outros autores, com pequenas variações.

Batista Júnior (2012, p. 90), por exemplo, compreende o princípio da eficiência como norma de imperatividade material, que traduz, no Estado Democrático de Direito, mandamento de otimização na aplicação dos meios e recursos para satisfação das necessidades e interesses sociais, econômicos e culturais da coletividade. Também ressaltando a pluridimensionalidade do princípio, o autor afirma que a eficiência, no contexto da Administração Pública, não é uma eficiência econômica simples, centrada unicamente na vertente da economicidade, “mas uma eficiência jurídica multifacetada, com inúmeros aspectos, que deve considerar uma série de referenciais axiológicos, como os ingredientes éticos e políticos, bem como se curvar a aspectos atinentes à segurança jurídica” (BATISTA JÚNIOR, 2008, p. 149).

Em sentido próximo, Bockmann Moreira (2007, p. 194) entende que, como princípio constitucional a ser atendido pelo Estado, a eficiência corresponde à “necessidade de o ato administrativo atingir e produzir o efeito útil ou adequado, tal como previsto em lei, de forma transparente, moral e impessoal. É o cumprimento da finalidade normativa, adequada a gerar os efeitos esperados pelo ordenamento”.

Diante deste contexto, observa-se que a literatura jurídica, ao tratar do princípio da eficiência, vai além da estrita relação entre meios a serem otimizados, tendo em vista a obtenção de determinado resultado. Esse passo adicional é dado para construir a noção pluridimensional do princípio, de modo que a otimização dos recursos públicos se dê de modo a não apenas satisfazer resultados, mas fazê-lo de forma qualificada a partir de outros parâmetros axiológicos. Para usar termos utilizados pelos autores citados, a otimização dos resultados estipulados pela Administração Pública deve se dar de forma “idônea”, “satisfatória”, “transparente”, “moral”, “impessoal” e “adequada”, tendo em vista os outros princípios aplicáveis à Administração Pública.

Percebe-se, portanto, grande preocupação da doutrina em densificar o conteúdo normativo do termo “eficiência” de forma atenta a outros princípios constitucionais aplicáveis

à Administração Pública, como os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, sem que se perca de vista o atendimento ao interesse público.

E não apenas a Constituição de 1988 prevê o princípio da eficiência como norma aplicável à Administração Pública. A Lei de Concessões, a Lei de PPPs e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também trazem expressamente a eficiência como princípio geral a ser observado na celebração de contratos de concessão comum, de PPPs e dos demais contratos administrativos.

Transpondo a interpretação dada ao princípio constitucional da eficiência ao campo específico dos contratos administrativos, é forçoso afirmar que a celebração de um contrato, de concessão comum ou de PPP, não se presta única e exclusivamente a garantir o uso otimizado dos recursos públicos, mas, primordialmente, a alcançar o resultado assim identificado como aquele que atende o interesse público no caso concreto. A materialização do princípio da eficiência nos contratos de concessão comum e PPP pressupõe não apenas o alcance imediato dos fins ou resultados preestabelecidos, mas o cumprimento desses resultados com o mínimo de ônus sociais, em atendimento ao interesse público concretamente definido para cada contrato (MOREIRA, 2010, p. 254). O ponto relevante é que esse atendimento, caso não seja concretizado de forma eficiente, prezando pela otimização e racionalidade no emprego de recursos públicos, não estará de fato em conformidade com o interesse público.

Por isso mesmo é que é necessária a adoção de técnicas que permitam mensurar se a celebração de um contrato de concessão comum ou PPP tem ao menos o potencial de ser uma solução mais eficiente do que a execução do mesmo objeto por meio diverso, como a execução pela própria Administração Pública ou por outras modalidades contratuais. Em outras palavras, a contratação de concessão comum ou PPP só se justifica nas hipóteses em que ganhos de eficiência esperados a partir desses tipos específicos de contrato sejam maiores do que os custos incorridos na prestação direta do objeto ou na própria estruturação, acompanhamento, fiscalização e regulação desses contratos (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 88.).

Tradicionalmente, esse conjunto de técnicas tem sido nomeado pela doutrina de demonstração de *value for money*, que permite a avaliação mais analítica das diferentes noções de economicidade, eficiência e eficácia na contratação de concessão comum ou PPPs.

4.2 Eficiência na demonstração de *value for money*

Especialmente a partir da publicação da Lei de PPPs, e partir das previsões da referida lei, tornou-se corriqueiro na doutrina jurídica brasileira afirmar que a celebração de um contrato de concessão comum ou PPP pressupõe a demonstração de *value for money* (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 89; GARCIA, 2019, p. 49; MOREIRA, 2018, p. 67). Essa demonstração, em tese, tem como objetivo verificar a existência de “ganhos de eficiência relativos à comparação de custos entre uma contratação tradicional e uma contratação de PPP” (DAL POZZO; JATENE, 2015, p. 59), podendo ser aplicada ainda aos contratos de concessão comum.

Embora já muito disseminada, essa nomenclatura (*value for money*) tem sido utilizada de forma abrangente e pouco precisa em determinados contextos (GRILO, 2008, p. 160), o que justifica maior aprofundamento a fim de se evitar ambiguidade e de se especificar, de forma mais clara, a sua relação com o termo “eficiência”

A demonstração de *value for money* nada mais é que um processo de auditoria ou controle prévio, tradicionalmente caracterizado a partir de definições mais próximas daquelas utilizadas nas ciências da administração para os termos “economicidade”, “eficiência” e “eficácia”. De forma geral, trata-se de procedimento de planejamento, monitoramento e análise de desempenho de agentes públicos ou privados no cumprimento de objetivos pré-definidos em políticas públicas (GRILO, 2008, p. 160).

Buscando inspiração na tradição do Reino Unido, que popularizou a utilização de técnicas de controle de *value for money*, John Bourne (2007, p. 56) esclarece que os termos “economicidade”, “eficiência” e “eficácia” foram expressamente previstos no National Audit Act de 1983. Não obstante a norma mencione os referidos termos, ela não os define de modo claro (BOURNE, 2007, p. 56). Por esse motivo, na estruturação de contratos de concessão comum e PPPs, esses termos são usualmente interpretados a partir de conceitos teóricos econômicos, na tentativa de torná-los mais concretos e passíveis de serem operacionalizados (BOURNE, 2007, p. 57).

Seguindo essa linha, o conceito de economicidade está relacionado à diminuição de custo dos recursos utilizados para uma atividade, observada determinada qualidade esperada (BOURNE, 2007, p. 57). Por isso, para a avaliação de economicidade é relevante ter em mente a qualidade do bem ou serviço a ser prestado e o custo para sua aquisição ou prestação. Uma vez especificados parâmetros mínimos de qualidade, é necessário avaliar que os bens ou serviços sejam adquiridos ou prestados a um custo mínimo aceitável.

O conceito de eficiência, por sua vez, diz respeito à relação entre a obtenção de resultados máximos a partir de uma determinada quantidade de recursos ou a relação entre uma quantidade mínima de recursos para produção de determinado nível de resultados¹⁰³.

A eficiência, portanto, diz respeito ao melhor emprego de recursos ou insumos de uma organização de modo a obter um produto ou um serviço (ARAGÃO, 1997, p. 106). É uma relação entre o insumo real (*input* real) e o insumo padrão (*input* padrão) esperado. Por conseguinte, uma atividade é considerada eficiente se maximiza o produto esperado a partir de determinado insumo ou se diminui os insumos necessários para se alcançar determinado produto (BOURNE, 2007, p. 57). Em termos financeiros, é possível afirmar que uma atividade é eficiente se ela tem suas receitas maximizadas ou se tem seus custos reduzidos em relação a um parâmetro inicialmente traçado.

Por fim, o conceito de eficácia é definido pela dimensão que busca assegurar que os resultados alcançados sejam condizentes com os resultados inicialmente pretendidos. A eficácia diz respeito, assim, ao desempenho de um determinado agente no cumprimento de suas finalidades. Dito em outros termos, a eficácia é uma relação entre o resultado ou produto real (*output* real) e o resultado ou produto padrão (*output* padrão) (ARAGÃO, 1997, p. 106).

Sob esse ângulo, a eficácia diferencia-se da eficiência, pois um resultado inicial pode ser efetivamente atingido (sendo, portanto, eficaz) de forma mais ou menos eficiente, a depender da forma como os insumos foram utilizados para o atingimento desse objetivo.

Meier e O'Toole Jr. (2011, p. 16) sintetizam a relação entre eficiência e eficácia, no contexto da administração pública, ao considerar o desempenho de um agente ou organização. Segundo os autores, o desempenho de um agente ou de uma organização pode ser considerado tanto na dimensão de eficiência, tendo em vista o custo por unidade de insumo, quanto na

¹⁰³ Sob ponto de vista estritamente econômico, a ideia de eficiência costuma ser relacionada aos efeitos da circulação de bens, tendo em vista a maximização da riqueza ou do bem-estar social. Credita-se a Pareto a definição de um critério científico para a identificação de uma situação de eficiência, segundo o qual determinada alteração na alocação de bens em uma sociedade é eficiente quando não existe outra alocação possível para aumentar o bem-estar de um agente sem diminuir o bem-estar de outro agente dessa mesma sociedade. Pareto (1996, pp. 274-275) descreve essa situação a partir de um princípio de equilíbrio, considerando o máximo de “ofelividade” (ou “ophelinite”, termo usado por Pareto para sintetizar a utilidade econômica de um bem ou uma ação, isto é, a propriedade de bens ou ações de gerar bem-estar e satisfação a um determinado agente) em uma sociedade, existente quando se torna impossível encontrar uma forma de se afastar dessa situação sem que cada agente aumente ou diminua sua ofelividade. Dessa forma, a eficiência econômica estaria relacionada à transferência de bens de um agente inicial para outro agente que lhe dê mais utilidade, sem que o agente inicial tenha seu bem-estar prejudicado. Para uma visão crítica do critério proposto por Pareto e sua utilidade ao direito, sugere-se a leitura da obra de Sztajn (2005, p. 76).

dimensão de eficácia, tendo como parâmetro o atendimento efetivo das finalidades públicas almejadas, o que pode ser exemplificado da seguinte forma:

Em alguns casos a eficiência é claramente um objetivo secundário. Os distritos escolares por nós pesquisados procuram maximizar resultados em relação aos recursos alocados. Nesse processo, eles podem ultrapassar o ponto de maior eficiência de produção e obter resultados decrescentes. Como os distritos são avaliados a partir das notas obtidas em testes, e não a partir da eficiência com que tais notas são obtidas, eles têm um incentivo para empregar todos os seus recursos com o objetivo de obter o máximo desempenho possível (MEIER; O'TOOLE JR., 2011, p. 286. Tradução nossa¹⁰⁴.)

No exemplo dado acima, verifica-se que os distritos escolares pesquisados por Meier e O'Toole buscam ao máximo ser eficazes (obter as maiores notas possíveis nos testes), mas não buscam ser necessariamente eficientes, já que não se preocupam em obter as maiores notas com a aplicação mínima de recursos.

Transpondo essa lógica para outro contexto, a eficiência de um contrato de concessão para a construção e operação de uma linha ferroviária, por exemplo, pode vir a ser medida pelo custo por quilômetro de linha construída. Por outro lado, a eficácia desse mesmo contrato pode ser aferida pelo atingimento dos níveis de projeto para os quais a ferrovia foi idealizada, tais como a definição de tempo de viagem ideal, redução do número anual de acidentes, redução do custo do transporte de cargas e mitigação de impactos ambientais.

Em síntese, denota-se que o conceito de eficiência, utilizado no processo de estruturação de contratos de concessão comum e PPP na demonstração de *value for money*, costuma ser empregado em sentido estrito, relacionado a uma determinada forma de emprego de recursos ou insumos para a obtenção de determinado resultado ou produto, em uma relação matemática ótima.

A demonstração de *value for money*, portanto, só é completa se considerados parâmetros de economicidade, eficiência (nesse sentido estrito) e eficácia, sendo que a obtenção de eficiência em um contexto de contratações públicas, de forma isolada, possui pouco valor se a eficácia não é considerada. Tal fato, de acordo com Grillo, deve ser levado em consideração nas determinações dos parâmetros a serem utilizados nos processos internos das modelagens

¹⁰⁴. No original: "In some cases efficiency is clearly a secondary goal. The school districts in our study seek to maximize outputs relative to the resources they are allocated. In this process they might go beyond the most efficient point of production and get diminishing returns. Because districts are evaluated on their test scores, not on whether they attained the scores in the most efficient manner, they have an incentive to spend all their resources in order to attain the maximum performance possible."

de contratos de concessão comum e PPP, a fim de se evitar conflitos entre ganhos de eficiência e a garantia de eficácia da contratação:

[...] embora os aspectos econômicos do ‘value for money’ sejam relativamente fáceis de quantificar, a avaliação da eficiência e eficácia de uma política é mais complexa. Isso ocorre primariamente devido às dificuldades envolvidas na mensuração dos produtos (para avaliar a eficiência) e dos resultados (para avaliar a eficácia). Para ser economicamente sensata, uma PPP tem que gerar uma combinação de eficiência produtiva (ganho privado) e alocativa (ganho social) superior à provisão pública, levando em conta que o setor público pode estar preparado para permutar alguma eficiência alocativa por eficiência produtiva (GRILLO, 2008, p. 162).

Vê-se, enfim, que no contexto técnico de demonstração de *value for money*, a “eficiência” de determinada contratação é considerada em termos muito mais estritos do que o termo “eficiência” costuma ser empregado quando relacionado ao princípio da eficiência administrativa. A rigor, o conceito de eficiência, empregado em sentido estrito na demonstração de *value for money*, pressupõe a determinação de parâmetros os mais objetivos possíveis para que possa ser medida a eficiência da contratação, e, em realidade, corresponde a apenas uma das dimensões do princípio jurídico da eficiência administrativa.

4.3 A definição ora adotada para “ganho de eficiência”

A partir do exposto nos tópicos anteriores, entende-se que o sentido do termo “ganho de eficiência” deve partir do sentido de eficiência utilizado no campo econômico para a demonstração de *value for money*. Isto é, considerando a eficiência como: (i) a relação entre a obtenção de resultados máximos a partir de uma determinada quantidade de recursos inicial; ou (ii) a relação entre uma quantidade mínima de recursos para a produção de determinados resultados máximos¹⁰⁵.

Sob essa perspectiva, o ganho de eficiência é verificado na medida em que a relação entre insumo e produto inicialmente estabelecida diminui ao longo do tempo, ou seja, quando

¹⁰⁵ Isso não quer dizer que o sentido jurídico do termo eficiência, relacionado ao princípio da eficiência administrativa, não seja relevante para a contratação de PPPs e concessões comuns, como já observado no capítulo 2 deste trabalho. Cuida-se apenas de decisão metodológica, já que o sentido mais estrito de eficiência se mostra mais adequado para a análise a ser realizada.

há uma variação menor dos insumos em relação à variação dos produtos ou quando há uma variação maior dos produtos em relação à variação dos insumos.

Em um contexto produtivo, essas variações podem ser classificadas, com o intuito de sistematizar categorias de ganhos de eficiência, facilitando a análise de cada uma delas. Adotando classificação empregada por Bragança e Camacho (2012, p. 8), os ganhos de eficiência em um processo produtivo podem ser classificados em três categorias: ganhos de escala; ganhos de eficiência técnica; e ganhos de evolução técnica.

Os ganhos de escala correspondem ao aumento de eficiência gerado por uma elevação do volume de produção. Em determinados processos produtivos, o aumento quantitativo dos produtos pode fazer que os insumos necessários para a produção de uma unidade de produto sejam reduzidos. Desse modo, os ganhos de escala são particularmente relevantes para setores de infraestrutura em que há monopólio natural, que, como regra, propicia a redução do custo médio de produção de cada unidade de produto na medida em que o volume de produção aumenta (BRAGANÇA; CAMACHO, 2012, p. 8). Um exemplo relacionado ao contexto da contratação de concessões pode facilitar a compreensão dessa categoria de ganhos de eficiência.

Imagine-se uma concessão de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na qual a concessionária já realizou todos os investimentos para universalizar os serviços no Município em questão. Isso significa que todas as unidades consumidoras existentes possuem serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto disponíveis. Contudo, em um determinado momento, o município passa por um crescimento populacional relevante, acompanhado de processos de adensamento populacional. Dessa forma, casas que equivaliam a uma única unidade consumidora de água e esgoto passam a ser demolidas para dar lugar a condomínios de prédios verticais, nos quais são instalados hidrômetros individuais para cada apartamento. Esses prédios passam a representar novas unidades consumidoras em número maior (considerando uma unidade por apartamento) no mesmo espaço geográfico da concessão. Além disso, verifica-se uma elevação no consumo de água em todo o Município em razão do crescimento e do adensamento populacional.

Caso as redes de água já existentes sejam capazes de atender o consumo mais elevado de água, sem que seja necessária a realização de investimentos adicionais, é provável que a concessionária experimente um ganho de escala: a concessionária conseguirá atender a uma demanda maior decorrente da elevação do consumo de água com os mesmos ou com poucos custos adicionais que ela terá de incorrer para continuar prestando os mesmos serviços, provocando redução do custo médio de operação por economia no Município.

Sob essa concepção, é importante notar que o ganho de eficiência, enquanto ganho de escala, pode não depender de esforço do agente. Em outras palavras, o agente será mais eficiente em razão de fatores alheios à sua esfera de controle e responsabilidade, por exemplo.

Os ganhos de eficiência técnica, por sua vez, correspondem ao aumento da eficiência decorrente da capacidade do próprio agente de gerenciar seus recursos, minimizando os custos para a produção de determinado produto. Tais ganhos podem ser entendidos, assim, como ganhos de eficiência em sentido estrito, que decorrem diretamente da capacidade ou do esforço do próprio agente econômico responsável pelo processo produtivo.

A avaliação dos ganhos de eficiência técnica é feita a partir do conceito de “fronteira de eficiência”. A fronteira de eficiência corresponde ao limite máximo ideal de eficiência que um agente econômico pode alcançar, considerando as tecnologias e fatores produtivos disponíveis (BRAGANÇA; CAMACHO, 2012, p. 8). Nessa linha, a obtenção de ganhos de eficiência técnica corresponde à aproximação do desempenho real do agente econômico ao desempenho ideal correspondente à fronteira de eficiência.

O mesmo cenário do exemplo dado acima sobre a concessão de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário pode ser usado para ilustrar o conceito de ganhos de eficiência técnica. Imagine-se, por exemplo, que a concessionária, desta vez, tenha desenvolvido novas formas organizacionais de suas atividades empresariais, no curso do contrato de concessão, que a permitam prestar o mesmo serviço com número inferior de empregados. O custo operacional da concessionária, na prestação dos serviços, sofre assim uma redução decorrente da redução de encargos trabalhistas. O ganho de eficiência técnica, nesse sentido, corresponde à redução do custo operacional necessário à prestação do serviço.

Por fim, ganhos de evoluções técnicas referem-se aos ganhos decorrentes do avanço da tecnologia capaz de impactar o processo produtivo. Em termos abstratos, as evoluções técnicas ampliam a já mencionada fronteira eficiente dos agentes econômicos, abrindo espaço para que esses agentes possam obter ganhos de eficiência técnica. Os ganhos de evoluções técnicas são comuns principalmente em setores nos quais há intenso avanço tecnológico no processo produtivo, como se verifica nos setores de telecomunicações ou de iluminação pública.

No mesmo exemplo mencionado acima, referente à concessão de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, é possível imaginar um ganho de eficiência decorrente de novas tecnologias que tornem os equipamentos das estações de tratamento de água mais eficientes em termos de consumo de energia elétrica. Com essa tecnologia

disponível, a fronteira de eficiência da concessionária se expande e ela pode passar a utilizar a nova tecnologia para continuar prestando o mesmo serviço, mas consumindo menos energia elétrica.

Em todos esses exemplos hipotéticos, partindo das três categorias de ganhos de eficiência verificadas acima, como se vê, os ganhos de eficiência podem refletir algum tipo de consequência financeira para o contrato de concessão comum ou PPP.

Sendo assim, para os fins deste trabalho, ganho de eficiência pode ser considerado como uma variação, verificada na contratação de concessão comum ou PPPs, decorrente da maximização de determinado produto ou da otimização de determinado insumo, que resulte em um ganho financeiro, seja sob a perspectiva de redução de custos, seja sob a perspectiva do aumento de receitas¹⁰⁶.

Como ressalva, destaca-se que, na definição acima, o termo “receitas” é empregado de forma ampla, correspondendo à expressão monetária de valor decorrente da transferência de produtos ou serviços agregados por um agente econômico aos respectivos consumidores em um determinado período de tempo (HENDRIKSEN; VAN BREDA, 1999, p. 235). Na mesma linha, o termo “custos” também é empregado de modo amplo, correspondente ao valor corrente dos recursos econômicos consumidos na obtenção dos bens e serviços utilizados nas operações de um agente econômico em um dado período de tempo (HENDRIKSEN; VAN BREDA, 1999, p. 235).

4.3.1 Limitações da definição adotada

Sem qualquer pretensão totalizante, a definição ora apresentada para ganho de eficiência é limitada e tem caráter eminentemente instrumental: permitir a compreensão do sentido que é

¹⁰⁶ A definição ora adotada parte da mesma premissa de variação entre insumo e produto utilizada, por exemplo, pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, mas busca traduzir essa variação em termos financeiros (considerando custos e receitas em acepções amplas) a fim de facilitar a compreensão da sua relação com o instituto do equilíbrio econômico-financeiro. Confira-se, a seguir, a definição utilizada pela ANEEL, conforme Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 8/2019-SEM/ANEEL, anexa à Nota Técnica nº 94/2019-SEM/ANEEL: “Uma empresa ganha (perde) produtividade quando o(s) insumo(s) varia(m) em uma proporção menor que o(s) produtos(s). Caso contrário haverá perdas de produtividade. O que é insumo e o que é produto? Essas definições dependem, fundamentalmente, do setor em análise e do objetivo do estudo” (BRASIL, 2019, p. 9).

dado à expressão “ganho de eficiência” neste trabalho e, em última instância, viabilizar a análise pretendida.

Dessa postura decorrem duas limitações relevantes.

Em primeiro lugar, a definição não pretende alcançar outros campos científicos, que podem utilizar sentidos diversos inclusive para termos como “receitas” e “custos” ou mesmo para o próprio termo “eficiência”, como já explorado. Sendo assim, não se trata de definição universalizável para além dos propósitos deste trabalho.

Em segundo lugar, a definição se refere especificamente ao contexto de contratações de concessão comum ou PPP. Por conseguinte, quaisquer outros processos ou atividades que envolvam relações sociais ou econômicas que possam ser avaliadas sob o prisma da eficiência, como a celebração e execução de contratos privados, a implementação de políticas públicas, ou mesmo o desempenho de equipes esportivas, por exemplo, podem partir de outras definições mais específicas sobre o que poderia ser considerado um ganho de eficiência em cada um desses contextos.

4.4 Ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Uma vez definido o sentido ora empregado para a expressão ganhos de eficiência, cumpre analisar como esses ganhos se relacionam com a conformação e com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs, partindo da análise já desenvolvida no capítulo 3.

4.4.1 Ganhos de eficiência decorrentes de competição anterior ao aperfeiçoamento do equilíbrio econômico-financeiro

Com base na definição adotada para ganhos de eficiência, entende-se que é possível que sejam verificados ganhos de eficiência previamente à celebração do contrato, como decorrência de uma disputa competitiva no procedimento licitatório ou outro procedimento semelhante que culmine na contratação.

Na fase interna da licitação, o poder concedente deve elaborar os estudos necessários à realização do certame, incluindo a demonstração de *value for money*. Nessa fase, portanto, o poder concedente deve formalizar uma projeção do que é minimamente esperado em termos de economicidade, eficiência e eficácia para a execução do objeto da contratação.

Essa projeção, por sua vez, faz parte do conjunto de informações que serão utilizadas pelos licitantes na elaboração de suas propostas. Em um ambiente competitivo, presume-se que os licitantes deverão partir dessas informações e considerar suas próprias capacidades para obter ganhos de eficiência em relação às projeções inicialmente realizadas pelo poder concedente na fase interna do certame. Assim, para incrementar suas chances de vencer a licitação, os licitantes podem contar com os ganhos de eficiência por eles projetados para reduzir os valores de suas propostas, de modo que esses ganhos sejam incorporados desde o início na equação econômico-financeira contratual, reduzindo os custos econômicos que seriam transferidos à Administração Pública ou aos usuários para a amortização dos investimentos e custos projetados pela concessionária, bem como para viabilizar a sua remuneração.

Um exemplo hipotético pode ajudar na compreensão.

Imagine-se uma licitação pelo critério de menor valor da tarifa para a concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Por esse critério, o licitante que ofertar o menor valor da tarifa a ser cobrada dos usuários será o vencedor da licitação. Considerando que há muitas empresas interessadas em celebrar o contrato, os licitantes são incentivados a projetar os custos e investimentos necessários de modo que possam cobrar a menor tarifa possível para amortizar esses custos e ainda remunerá-los de acordo com uma taxa compatível com os riscos assumidos para a execução do contrato.

Por sua vez, suponha-se que um dos custos a serem considerados pelos licitantes é aquele relativo ao consumo de energia elétrica necessária à operação de estações de tratamento de água. Uma estimativa desse custo deve ter sido realizada pela Administração Pública na fase interna da licitação e serve de referência aos licitantes.

Partindo dessa estimativa, e a fim de tornar sua proposta mais competitiva, reduzindo o valor da tarifa que pretende ofertar, um licitante específico projeta em sua proposta um custo menor relativo ao consumo de energia do que aquele estimado pela Administração Pública. Pode-se supor, por exemplo, que esse licitante pretenda utilizar tecnologias inovadoras que permitam a ele usar bombas de água que consumam menos energia ou ainda reduzir o número de bombas necessárias à prestação do serviço.

Portanto, o custo estimado por esse licitante para a composição do valor da tarifa a ser ofertado representa uma variação, a menor, do custo estimado inicialmente pela Administração Pública na fase interna da licitação. Essa variação corresponde, justamente, ao ganho de eficiência projetado pelo licitante.

Caso essa variação corresponda a X e o licitante utilize esse mesmo valor X como base para compor o valor da tarifa que pretenda ofertar, o ganho de eficiência será inteiramente incorporado à tarifa, beneficiando, assim, os usuários que deverão pagar pelo serviço. Por outro lado, caso entenda que o certame não apresenta um nível de competitividade tão significativo, o licitante pode optar por utilizar um valor de apenas X/2 para compor o valor da tarifa que pretende ofertar na sua proposta. Neste segundo cenário, o licitante será beneficiado com metade do ganho de eficiência projetado e os usuários serão beneficiados apenas com a outra metade do ganho. Por isso, quanto mais competitivo for o procedimento prévio à contratação, maior a chance de ganhos de eficiência serem incorporados ao contrato e maior a chance de os usuários do serviço vierem a ser beneficiados¹⁰⁷.

Não por acaso, a ordem jurídica brasileira reconhece como uma das finalidades da licitação a seleção da proposta mais vantajosa e como um de seus princípios basilares o princípio da competitividade da licitação. Há o reconhecimento expresso da ordem jurídica sobre a necessidade de que a licitação seja capaz de ampliar ao máximo a competitividade, tendo como um de seus principais objetivos viabilizar a incorporação de ganhos de eficiência na contratação.

Em paralelo, ao se considerar que esses ganhos de eficiência são incorporados no momento da celebração do contrato, entende-se que eles são incorporados nas próprias bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro. Isto é, o equilíbrio a ser mantido, durante a execução contratual, já pressupõe que esses ganhos, embutidos na proposta do licitante, foram compartilhados naquela proporção, tendo em vista a definição da remuneração e dos encargos assumidos pela concessionária.

No exemplo dado acima, caso o contrato aloque o risco de variação do consumo de energia elétrica à concessionária e a concessionária não seja capaz de obter os ganhos por ela inicialmente projetados, o contrato não será considerado desequilibrado. A concessionária experimentará uma redução da rentabilidade por ela esperada, em razão do seu insucesso em

¹⁰⁷ Esse ambiente de competição prévia à contratação é o que a literatura econômica costuma denominar de “competição pelo mercado”(CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 271).

obter os ganhos de eficiência projetados, mas os usuários já serão beneficiados por esse ganho projetado.

Conseqüentemente, uma vez formalizada a proposta pelo licitante, os ganhos que já foram nela considerados não representarão uma variação no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois constituem pressupostos dessa mesma equação. Destaca-se, nesse sentido, que embora haja o aperfeiçoamento da equação econômico-financeira dos contratos administrativos com a aceitação da proposta pelo poder concedente e a celebração do contrato, o conteúdo da equação econômico-financeira remonta a momento anterior, calcado no ato de apresentação da proposta pelo contratado¹⁰⁸.

Dessa forma, como regra¹⁰⁹, esses ganhos são repassados pela concessionária ao poder concedente e/ou aos usuários, já que considerados e incorporados nas próprias condições da proposta inicialmente apresentada pela concessionária¹¹⁰.

4.4.2 Ganhos de eficiência verificados durante a execução do contrato

Assim como podem ser verificados ganhos de eficiência previamente à celebração do contrato, tendo em vista o ambiente competitivo da licitação, é possível que se verifiquem ganhos de eficiência ao longo da execução contratual. Nesse caso, a variação entre insumos e produtos, que possa vir a ser caracterizada como ganho de eficiência, ocorre após o aperfeiçoamento da equação econômico-financeira e após a sua formalização por meio da celebração do contrato.

É o caso de uma concessionária, responsável pela operação de um trecho rodoviário, desenvolver técnicas organizacionais que a permitam utilizar uma quantidade menor de mão de obra do que ela própria havia considerado em sua proposta, já no curso da execução contratual,

¹⁰⁸ Como afirma Justen Filho (2003, p. 396), embora o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja um atributo do contrato administrativo, o conteúdo desse equilíbrio remonta à data da de apresentação da proposta

¹⁰⁹ Diz-se “como regra”, pois, como se verá adiante, é relevante considerar a alocação de riscos contratual mesmo ao se avaliar ganhos de eficiência incorporados já no momento da celebração do contrato, a fim de que fatos supervenientes não sejam utilizados para distorcer a matriz de riscos e extrair da proposta original ganhos de eficiência que deveriam ser repassados ao poder concedente ou aos usuários, sob o argumento de que é necessário reequilibrar o contrato.

¹¹⁰ Nesse sentido, Camacho e Rodrigues (2014, p. 20) e Bragança e Camacho (2012, pp. 8-9) destacam a relevância de processos competitivos (leilões) na contratação de infraestrutura para a eficiência na execução do objeto contratual.

para a realização dos serviços de manutenção da rodovia, mantendo a qualidade exigida pelo contrato de concessão. Em termos financeiros, a prestação do mesmo serviço será realizada pela concessionária a um custo menor, permitindo à concessionária aumentar a margem de lucratividade inicialmente considerada em sua proposta.

Neste caso, o poder concedente terá direito a pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro para que os ganhos de eficiência impliquem a redução proporcional ou ao menos parcial da tarifa a fim de beneficiar os usuários? A resposta a esse questionamento dependerá da alocação de riscos contratual.

4.5 Alocação de riscos, ganhos de eficiência e equilíbrio econômico-financeiro

Como qualquer outro evento verificado durante a execução do contrato, a obtenção de ganhos de eficiência, por quaisquer das partes, deve ser avaliada a partir das bases objetivas que compõem o equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato. Consequentemente, tendo em vista o exposto no capítulo 3, é fundamental que o fato, conduta ou evento que implique o ganho de eficiência seja analisado a partir da alocação de riscos prevista no contrato.

É que a alocação de riscos contratual, como analisado, tem como efeito jurídico a imposição de obrigação, à parte responsável pelo risco, de assumir os ônus financeiros decorrentes da concretização do evento danoso e também os eventuais bônus que dele decorram.

De fato, a alocação de determinado risco para uma das partes do contrato não significa apenas e tão somente que essa parte estará obrigada a assumir ônus ou encargos relacionados ao objeto contratual. Não havendo regra específica que disponha em sentido contrário, a parte responsável assume todas as consequências econômico-financeiras, sejam elas positivas ou negativas, decorrentes do evento correspondente ao risco alocado, o que, conforme explicado, não significa rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Em outras palavras, deve-se reconhecer o duplo sentido do risco: a faceta que aloca os encargos decorrentes da concretização do evento e, ainda, a faceta que aloca os ganhos decorrentes da concretização do evento. Trata-se de empregar uma interpretação simétrica à alocação de riscos do contrato e aos respectivos efeitos econômico-financeiros decorrentes da concretização dos riscos.

Como denota Portugal Ribeiro (2011, p. 84), esta é uma faceta por vezes ignorada da sistemática da alocação de riscos quando avaliada em sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum ou PPPs¹¹¹. Os riscos possuem aspectos negativos, como a possibilidade de gerar custos adicionais, e também positivos, como a possibilidade de gerar receitas adicionais.

Ao antecipar determinados riscos de um projeto, até pode ser mais comum o enfoque dado aos aspectos negativos dos riscos, pois, em regra, tais aspectos são os mais preocupantes para a conclusão satisfatória do projeto.

Todavia, é preciso sempre se atentar para o fato de que a alocação de determinado risco a uma das partes do contrato de concessão comum ou PPP implica atribuir a essa parte tanto as decorrências negativas quanto as decorrências positivas do risco alocado (RIBEIRO, 2011, p. 84).

Consequentemente, não havendo qualquer disposição específica acerca do compartilhamento de ganhos de eficiência, a alocação contratual dos riscos será o elemento normativo básico para avaliar se determinado ganho de eficiência obtido por qualquer das partes durante a execução contratual poderá ser integralmente por ela aproveitado ou se deverá, em alguma medida, ser compartilhado.

Ilustrativamente, caso um contrato de concessão comum preveja alocação dos riscos ordinários da prestação dos serviços à concessionária, incluindo o risco relacionado à gestão de recursos técnicos ou de construção das instalações afetas à prestação dos serviços, e a concessionária obtenha retorno financeiro superior ao que havia projetado inicialmente ao negociar insumos ou empregar metodologia de construção menos onerosa, ela poderá se aproveitar de todo esse retorno financeiro obtido sem que isso signifique desequilíbrio contratual em prejuízo dos usuários ou do Concedente.

Partindo unicamente desse cenário, não haverá impacto na equação econômico-financeira da concessão decorrente da obtenção do ganho de eficiência, já que o risco está alocado à própria concessionária: o que se verifica é a mera execução do contrato em

¹¹¹ O autor esclarece, ainda, a racionalidade que fundamenta a alocação de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro, considerando as duas facetas do risco: “já a matriz de riscos estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato, e, também, por lidar com as incertezas positivas e negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal atividade. Por exemplo, a parte à qual é atribuído o risco de construção/implantação será responsável pela construção do empreendimento na qualidade, prazo e custo previsto, mas também por lidar com todas as ocorrências, previstas ou não, que impactem positiva ou negativamente o cumprimento dessas obrigações” (RIBEIRO, 2011, p. 76).

conformidade com as bases objetivas que estabelecem o equilíbrio econômico-financeiro. Tampouco restará desequilibrado o contrato caso o retorno obtido pela concessionária seja inferior ao que ela esperava obter quando da apresentação de sua proposta, em decorrência de má gestão na realização das obras.

Essa é a razão de Marques Neto e Souza Loureiro entenderem que os ganhos de eficiência muitas vezes escapam à proteção do equilíbrio econômico-financeiro:

Escapam à proteção do equilíbrio econômico-financeiro, no mais das vezes, os ganhos de eficiência obtidos pelo particular, assim como as perdas oriundas da má-gestão por ele desempenhada no contrato, pois em ambos os casos pode não se estar diante de qualquer alteração nas condições do contrato, mas mera decorrência da capacidade gerencial do contrato. Daí porque o contratado não terá a obrigação de repartir ganhos de eficiência com a Administração Pública, salvo quando previsto em contrato, bem como não será indenizado ou terá direito à recomposição pela não obtenção do retorno estimado, salvo quando alterações nas condições originais tenham contribuído para tanto (LOUREIRO; MARQUES NETO, 2019, p. 140).

Considerando, desse modo, que a alocação de riscos contratual é a base para a análise dos ganhos de eficiência verificados ao longo da execução contratual, a regra é que ganhos que decorram de fatores alocados como riscos à concessionária não implicam o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. A concessionária pode ser financeiramente beneficiada sem que esse benefício acarrete desequilíbrio contratual.

A função diretiva da alocação de riscos é, neste particular, condizente com a premissa de celebrar os contratos de concessão como forma de garantir a prestação mais eficiente dos serviços. Do mesmo modo como a legislação aplicável às concessões comuns e PPPs permite a alocação de riscos e prevê a assunção daqueles riscos ordinariamente relacionados ao objeto contratual para o particular (livrando a Administração Pública de lidar com suas consequências financeiras), a legislação dá margem de liberdade para a concessionária definir metodologias e arranjos técnicos e econômicos para organizar seus recursos para a prestação dos serviços, incentivando-a a ser mais eficiente.

4.6 Fundamento legal para o compartilhamento de ganhos de eficiência em contratos de concessão comum e PPPs

Partindo da premissa previamente estabelecida de que a alocação de riscos contratual é a base para a análise dos ganhos de eficiência verificados ao longo da execução do contrato, a regra é que, uma vez alocados os riscos, a parte responsável arcará integralmente com as consequências financeiras da concretização do evento relacionado ao risco, inclusive na ocorrência de ganhos de eficiência. Em outras palavras, caso o ganho de eficiência decorra de evento alocado como risco a uma determinada parte, ela não terá obrigação de compartilhar esse ganho com a parte contrária ou com terceiros como forma de reequilibrar o contrato, uma vez que não haverá desequilíbrio.

De outro lado, não há qualquer impeditivo jurídico expresso para que o contrato discipline o compartilhamento de ganhos de eficiência em hipóteses específicas. Sob o ponto de vista da alocação dos riscos, considerando o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a disciplina do compartilhamento de ganhos de eficiência pode ser considerada como uma exceção à alocação dos riscos. Tal exceção incide sobre a consequência do evento: a depender do caso, o contrato pode prever que a parte responsável pelo risco não deva arcar integralmente com suas consequências.

Não apenas não há impeditivo na legislação aplicável às concessões comuns e PPPs como há previsões que autorizam a disciplina do compartilhamento de ganhos de eficiência nessas espécies contratuais. Tais previsões legais corroboram a premissa investigada neste trabalho de que os contratos de concessão comum e PPP constituem instrumentos que devem ser celebrados sob a perspectiva da maximização da eficiência no exercício da função administrativa.

A Lei de Concessões não contém previsão expressa sobre o compartilhamento de ganhos de eficiência. Com exceção à menção ao princípio da eficiência no seu artigo 2º, não há outra disposição que trate o tema de forma mais precisa. Ainda assim, os já citados artigos 9º e 10, ao tratarem da relevância das normas contratuais para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, permitem a adoção de mecanismos contratuais e regulatórios que prevejam o compartilhamento dos ganhos de eficiência em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo por meio de procedimentos de revisões tarifárias, como explorado mais adiante.

Em paralelo, as leis que disciplinam a concessão de serviços públicos em setores específicos de infraestrutura possuem previsões expressas sobre o compartilhamento de ganhos de eficiência, ora denominando-os como ganhos de eficiência, ora como ganhos econômicos ou ganhos de produtividade.

A Lei Federal nº 9.427/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, trata, no artigo 14, do regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica. De acordo com o referido dispositivo, esse regime deve ser estabelecido no respectivo contrato e compreende, entre outros aspectos, a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade”, conforme disposto no inciso III do artigo 14 (BRASIL, 1996)¹¹².

No setor de transportes, a Lei Federal nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, e cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, faz menção ao tema em dois dispositivos. O artigo 35 (BRASIL, 2001) estabelece que o contrato de concessão deve refletir as condições do edital e da proposta vencedora e deve ter como cláusulas essenciais, entre outras, as que definam critérios para reajuste e revisão das tarifas, conforme inciso VIII do referido dispositivo. Neste particular, o §1º, alínea “b”, do referido artigo 35 prevê ainda que os critérios para revisão das tarifas deverão considerar “a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário” (BRASIL, 2001). Por sua vez, o artigo 39, VI, §1º, alínea “b”, traz exatamente a mesma disciplina para os contratos de permissão regidos pela Lei (BRASIL, 2001).

No setor de transportes públicos, a Lei Federal nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, ao tratar do regime econômico e financeiro da concessão e da permissão de serviço de transporte público coletivo, preconiza, no artigo 9º, §§ 9º e 10º, II, que os reajustes das tarifas devem incluir a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários. A Lei ainda prevê que, além dos reajustes, as revisões ordinárias das tarifas também devem incorporar um índice de transferência de uma parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários (BRASIL, 2012).

No setor aeroportuário, o artigo 11, V, do Anexo do Decreto Federal nº 5.731/2006 estabelece que a regulação da exploração de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, a

¹¹² Ainda no setor elétrico, para regulamentar a revisão tarifária extraordinária prevista no artigo 28 da Medida Provisória nº 2.198-5/2001, a Lei Federal nº 10.438/2002 estabelece no artigo 4º, §10, que a revisão tarifária extraordinária “não constitui garantia de receita bruta nem de remuneração mínima” às concessionárias, “devendo para tanto abater-se do montante a recompor eventuais reduções de custos que, a critério da ANEEL, comprovadamente não se refiram a ganhos de produtividade alheios ao Percee ou a eventuais postergações de custos em função de restrições financeiras advindas da redução de receita”.

Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC deve assegurar a modicidade das tarifas e o repasse de ganhos de produtividade aos usuários (BRASIL, 2006).

Por sua vez, a atual legislação dos serviços de saneamento básico também possui disposições sobre o tema.

Nesse quesito, a redação original da Lei Federal nº 11.445/2007, desde a sua edição, já fazia menções sobre a relação da regulação dos serviços e a revisão tarifária com os ganhos de eficiência. Com a edição da Lei Federal nº 14.026/2020, tais disposições não apenas foram reforçadas, como foram incluídas novas referências sobre o tema.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 14.026/2020 alterou a redação do artigo 2º, VIII, da Lei federal nº 11.445/2007 para prever que um dos princípios dos serviços de saneamento básico é o estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento de tecnologias apropriadas, devendo ser considerada a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários (BRASIL, 2007), além de ter incluído o inciso XIV no referido dispositivo para prever o princípio da prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala (BRASIL, 2007).

De forma mais específica, porém, a Lei Federal nº 11.445/2007 prevê no artigo 22, IV que é um dos objetivos da regulação dos serviços definir as tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que possam gerar eficiência e eficácia dos serviços e que permitam “o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários” (BRASIL, 2007). Por fim, seguindo esse objetivo, o artigo 38, I, prevê que as revisões tarifárias poderão ser periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado (BRASIL, 2007).

Das referidas disposições legais, percebe-se que há uma tendência na legislação dos serviços públicos em relacionar o compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum às revisões tarifárias, em especial às revisões periódicas. De fato, conforme analisado mais adiante, alguns modelos econômicos de regulação tarifária têm como objetivo viabilizar o compartilhamento de ganhos de eficiência na prestação de serviços públicos remunerados por tarifas, justamente por meio de revisões tarifárias periódicas.

Por outro lado, não é apenas a legislação aplicável às concessões comuns que possui disposições relacionadas ao compartilhamento de ganhos de eficiência.

A própria Lei de PPPs, no artigo 5º, IX, estabelece como cláusula necessária de tais contratos aquela que prevê o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito (BRASIL, 2004). Ademais, a autorização para estabelecer o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho do parceiro privado, constante do artigo 6º, §1º, da Lei de PPPs (BRASIL, 2004), também pode ser utilizada como fundamento legal para a disposição no contrato de regras que prevejam o compartilhamento de ganhos de eficiência na forma de remuneração variável.

Em última instância, as próprias determinações legais da Lei de Concessões e da Lei de PPPs que preveem a possibilidade de alocação de riscos no contrato podem ser consideradas como fundamento legal para a previsão do compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum e PPPs.

Como já analisado, é a alocação de riscos, e a atribuição de relativo grau de autonomia às partes do contrato que, do ponto de vista jurídico, viabilizam a obtenção de ganhos de eficiência. Nesse sentido, a previsão de compartilhamento desses ganhos, enquanto hipótese que excepciona uma das consequências da alocação dos riscos (a de que a parte responsável pode auferir a integralidade dos ganhos obtidos), configura norma afeta à própria alocação dos riscos contratuais. Assim, tanto o artigo 2º, II e III, da Lei de Concessões, quanto os artigos 4º, VI, e III, e 6º da Lei de PPPs, podem ser considerados como fundamentos legais para a previsão do compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum e PPPs.

4.6.1 Regulamentação e previsão contratual

Ao se analisarem os dispositivos legais que fundamentam a possibilidade de haver o compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum e PPPs, verifica-se que nenhum dos diplomas legais estabelece o procedimento a ser seguido para que seja possível o compartilhamento dos ganhos. A legislação tampouco define parâmetros mínimos ou diretrizes para a apuração e quantificação dos ganhos de eficiência obtidos durante a execução contratual.

Isso não quer dizer que a Administração Pública pode arbitrariamente decidir pela aplicação dos referidos dispositivos legais em toda e qualquer hipótese ou contrato e em quaisquer condições. De fato, não se trata de ausência completa de objetividade que deveria ter

base legal, mas apenas de reconhecimento de um grau menor de objetividade na aplicação da lei pela Administração Pública. Tal como argumenta Bandeira de Mello (2016, p. 993) ao tratar da discricionariedade administrativa em face do princípio da legalidade: “ora bem, toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem sujeitos de direito. O grau dessa objetividade é que varia.”

A ausência de detalhamentos na lei deve ser compreendida, dessa forma, como espaço para o exercício da discricionariedade administrativa, assim entendida como a margem conferida pela própria lei à Administração Pública para que o agente competente cumpra o dever de integrar a norma jurídica, diante do caso concreto, em conformidade com critérios de oportunidade e conveniência, para que seja adotada a providência capaz de atender com maior precisão possível ao interesse público. Toma-se, neste particular, o entendimento de Bandeira de Mello (2016, p. 996), para quem a discricionariedade administrativa só existe nas hipóteses em que seja impossível à lei definir de maneira pacífica e incontroversa a providência mais adequada a cumprir o comando legal.

Isso porque a definição de normas sobre o compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão comum ou PPP depende de avaliação das peculiaridades e características técnicas e econômico-financeiras de cada objeto contratual. Não se pode crer que a lei, enquanto norma geral e abstrata, possa efetivamente traçar parâmetros detalhados sobre aspectos que variam de acordo com cada objeto contratual.

A própria definição do objeto (considerando escopo, demanda, área de atuação, volume de serviços e estimativa de valores, por exemplo) dependerá de estudos a serem realizados pela Administração Pública para cada procedimento de contratação. Conseqüentemente, ainda seguindo a linha adotada por Bandeira de Mello (2016, p. 997), o fundamento da discricionariedade, nesta hipótese específica, é a impossibilidade material de o legislador prever todas as situações possíveis em que o compartilhamento de ganhos de eficiência seja passível de implementação¹¹³.

Sendo assim, a definição das condições, parâmetros, procedimentos e quaisquer outros aspectos que sejam necessários à implementação do compartilhamento de ganhos de eficiência deverá ser realizada pela Administração Pública à luz das características de cada objeto

¹¹³ Além do fundamento da impossibilidade material de a lei abarcar todas as soluções possíveis, Bandeira de Mello (2016, p. 997) indica como fundamentos da discricionariedade em outros casos: a intenção deliberada do legislador de conferir margem de liberdade de atuação da Administração Pública e a inviabilidade jurídica, diante da separação dos poderes, da supressão da discricionariedade.

contratual, em caráter discricionário. Cuida-se de situação equivalente à necessidade de o contrato estabelecer as hipóteses de aplicação de sanção e/ou de condições de reajuste e pagamento, em face das normas gerais previstas tanto na Lei Federal nº 8.666/1993 e, mais recentemente, na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Além disso, não há impedimento para que a regulamentação dos referidos dispositivos legais venha a ser realizada em caráter abstrato, por meio de regulamento editado pela Administração Pública direta, como decorrência do exercício do poder regulamentar dos agentes públicos competentes, ou por agências reguladoras, nas hipóteses em que a competência da agência assim autorize¹¹⁴, consoante legislação específica de cada entidade reguladora¹¹⁵.

Todavia, partindo das premissas desenvolvidas ao longo deste trabalho, entende-se que, caso a Administração Pública opte pela previsão de compartilhamento de ganhos de eficiência no âmbito de determinado contrato de concessão ou PPP, deverão ser previstas normas contratuais claras e objetivas sobre o tema. Tal entendimento decorre de duas premissas. A primeira é a de que tanto a Lei de Concessões (no artigo 10) quanto a Lei de PPPs (nos artigos 4º, VI, e 5º, III) prescrevem que o contrato é o *locus* no qual devem ser estabelecidas as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em especial por meio da alocação de riscos entre as partes. A segunda premissa é a de que a previsão de compartilhamento de ganhos de eficiência corresponde a uma exceção à alocação de riscos, já que ela altera o princípio básico de que a parte responsável pelo risco, nos termos do contrato, deve arcar com as consequências, positivas ou negativas, decorrentes da concretização do evento referente ao risco alocado.

Sendo assim, considerando que as premissas acima se sustentam validamente, as regras sobre compartilhamento de ganhos de eficiência são afetas à alocação de riscos do próprio contrato e, conseqüentemente, ao próprio equilíbrio econômico-financeiro. Por conseguinte, o

¹¹⁴ Sobre o tema, entende-se que a instituição de uma agência reguladora destina-se a viabilizar o exercício, por entidade autônoma, de competência de titularidade do próprio Poder Executivo, não lhe sendo dado o exercício de competências mais amplas que as do próprio Poder Executivo em relação ao poder regulamentar, na linha defendida Justen Filho (2002, p. 541).

¹¹⁵ Assim tem sido praticado, por exemplo, pela ANEEL no setor de distribuição de energia. O compartilhamento de ganhos de eficiência no setor de distribuição é regulamentado pelos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, cuja estrutura foi aprovada pela Resolução Normativa nº 435/2011 pela ANEEL. O PRORET, nesse sentido, é composto de módulos e submódulos, que correspondem a atos normativos independentes aprovados por meio de resolução. O tema relativo ao ganho de produtividade está tratado, especialmente, no submódulo 2.5, atualmente aprovado pela Resolução Normativa nº 8.77/2020 da ANEEL.

contrato deve conter previsão que caracterize a exceção à alocação de riscos, com o intuito de viabilizar o compartilhamento de ganhos de eficiência.

Se as Leis de Concessão e PPP definem o contrato como o instrumento no qual devem ser estabelecidas as bases objetivas equilíbrio econômico-financeiro, essa matéria não poderá ser alheia à disciplina contratual, ainda que remeta a procedimentos e/ou parâmetros complementares que possam ser detalhados em regulamento extracontratual.

Essa conclusão é ratificada ao se considerar também que, na licitação, o edital e os documentos que o integram (incluindo a minuta do contrato) devem conter informações suficientes e necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas. Em se tratando de aspecto que está diretamente relacionado à alocação de riscos e à conformação da equação econômico-financeira do contrato, a previsão de que ganhos de eficiência obtidos por quaisquer das partes durante a execução contratual serão compartilhados deve estar clara para que os licitantes possam considerá-la em suas propostas no momento do aperfeiçoamento da equação econômico-financeira do contrato.

4.7 Procedimentalização e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Para que seja efetiva e condizente com o próprio equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs, é fundamental que a regulamentação do compartilhamento dos ganhos de eficiência conte com grau suficiente de detalhamento do procedimento e parâmetros a serem utilizados. Em outras palavras, é imprescindível que haja a procedimentalização adequada do compartilhamento dos ganhos de eficiência.

É que a complexidade das análises que devem ser realizadas concretamente para identificação, apuração, cálculo e efetiva implementação do compartilhamento de ganhos de eficiência torna difícil sua aplicação prática. Por tais motivos, pode haver grande insegurança, seja por parte do poder concedente, seja por parte da concessionária, da entidade reguladora ou mesmo dos usuários, no momento de apuração e implementação do compartilhamento, caso não existam regras definindo as responsabilidades de cada parte no procedimento, os atos a serem praticados e seu encadeamento, além das diretrizes para os parâmetros e metodologias de cálculo a serem utilizadas.

Isto porque a apuração e aplicação do compartilhamento de ganhos de eficiência requer, necessariamente, grande interação entre os agentes envolvidos na contratação, sobretudo a concessionária, o Concedente e o ente regulador, caso exista entidade reguladora independente. Essa interação se faz imprescindível para que haja troca de informações relativas às condições de execução contratual, informações econômico-financeiras, dados técnicos sobre a execução do objeto e projeções quando necessárias.

Contudo, mais do que isso, a procedimentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência visa assegurar que a apuração dos ganhos e a implementação do compartilhamento sejam compatíveis com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A rigor, como já destacado, a obtenção de ganhos de eficiência no âmbito contratual traduz-se, financeiramente, na redução de custos ou incremento de receitas para a parte beneficiada pelo ganho.

Isso quer dizer, na prática, que a parte beneficiada é a que provavelmente terá maior controle sobre as informações necessárias à apuração do ganho, seja para a definição de um parâmetro inicial de comparação, seja para a verificação da variação dos custos ou receitas. Esse controle de informações pode incrementar o risco de assimetrias de informação, uma vez que a parte que detém maior controle sobre as informações pode ser induzida a distorcer a apuração ou implementação do compartilhamento dos ganhos de eficiência, dando causa a consequências incoerentes com as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato.

Nesse passo, a definição do procedimento visa assegurar que os agentes envolvidos tenham conhecimento prévio dos parâmetros, finalidades e fases do caminho a ser percorrido para a apuração e implementação do compartilhamento dos ganhos de eficiência.

Mais uma vez, recorre-se a um exemplo hipotético para ilustrar o argumento.

Suponha-se a celebração de um contrato de concessão comum de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. De acordo com a alocação de riscos prevista no contrato, a variação dos custos com consumo de energia elétrica foi prevista como risco alocado à concessionária. Por sua vez, seguindo as normas da Lei Federal nº 11.445/2007, o contrato prevê que a concessionária será remunerada mediante a cobrança de tarifas de água e esgoto cobradas dos usuários atendidos pela concessão. Ainda de acordo com Lei Federal nº 11.445/2007, o contrato prevê cláusula estabelecendo que as tarifas serão objeto de revisão periódica, com o objetivo de distribuir os ganhos de eficiência com os usuários, repetindo a

redação legal. Todavia, o contrato não estabelece o procedimento a ser seguido para que seja realizada essa distribuição dos ganhos e tampouco a agência reguladora responsável possui normas que tenham previamente estabelecido o referido procedimento.

Logo de início, poderão surgir diversas dúvidas sobre como essa cláusula poderá ser aplicada. Por exemplo, com qual periodicidade os ganhos deverão ser compartilhados? Qual o agente responsável pela apuração dos ganhos? A quem cabe a iniciativa para dar início ao procedimento de revisão periódica para distribuição dos ganhos? Qual metodologia deverá ser utilizada para o cálculo do compartilhamento? E quais informações serão utilizadas para compor o parâmetro inicial de comparação com o momento em que os ganhos serão apurados para se verificar a variação ocorrida? Caso a concessionária tenha implementado técnicas que tenham reduzido seu consumo de energia, gerando uma redução de custos em comparação com seu plano de negócios original, integrante da proposta apresentada na licitação, como a informação acerca da redução de custos será revelada ao poder concedente? A concessionária será objeto de auditoria ou terá que apresentar documentos para instrução do procedimento? O plano de negócios poderá ser utilizado, no caso concreto, como parâmetro para aferição de ganhos de eficiência ou deverão ser utilizados dados obtidos a partir de pesquisas de mercado e comparações com outras concessionárias do mesmo setor? Os usuários dos serviços poderão exercer controle social sobre o compartilhamento de ganhos de eficiência ou sobre o processo de revisão tarifária, nos termos do artigo 47 da Lei Federal nº 11.445/2007?

No exemplo acima citado, não havendo procedimento previamente definido, as partes ou deixarão de aplicar a cláusula contratual, de modo que não haverá o compartilhamento dos ganhos de eficiência, ou as partes deverão definir um procedimento a ser adotado no curso da execução contratual.

E, no momento da definição, os riscos de assimetrias de informação poderão permitir eventuais distorções no equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo ao se definirem os critérios e parâmetros para a aferição dos ganhos de eficiência. Além disso, em face da ausência de normas procedimentais, abre-se espaço para que a Administração Pública ultrapasse os limites legais e imponha decisões unilaterais, de caráter autoritário, para se definirem os parâmetros e metodologias que entender mais convenientes a ela, o que caracteriza utilização totalmente indevida do caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro.

A rigor, é na falta ou no baixo grau de procedimentalização da apuração e implementação do compartilhamento dos ganhos de eficiência que os agentes interessados podem se aproveitar de oportunidades para omitir informações ou mesmo incentivar a adoção

de metodologias e parâmetros que não sejam adequados à realidade do contrato ou à própria matriz de riscos. Isto é, na ausência de parâmetros e regras de instrução pré-estabelecidas, uma parte prejudicada pela concretização de eventos alocados como riscos de sua responsabilidade pode sugerir a adoção de parâmetro financeiro para apuração dos ganhos de eficiência que lhe permita compensar eventuais prejuízos que deveriam ser por ela suportados.

Em última instância, reafirma-se a procedimentalização como ferramenta capaz de dar corpo e instrumentalizar as disposições legais e contratuais, concretizando a função diretiva para viabilizar o efetivo compartilhamento de ganhos de eficiência em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro. O procedimento é a ferramenta que permite a ação institucionalizada (BITENCOURT NETO, 2017, p. 126), propiciando condições de transparência e a obtenção de informações por parte da Administração Pública no âmbito dos contratos de concessão comum e PPPs, concretizando a conjunção de interesses públicos e privados na execução contratual, em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

5 INSTRUMENTALIZAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA

Este capítulo tem como objetivo expor as formas pelas quais o compartilhamento de ganhos de eficiência pode ser instrumentalizado e aplicado em conformidade com o regime jurídico dos contratos de concessão comum e PPP.

De início, cumpre ressaltar que as formas de instrumentalização exploradas neste capítulo não poderiam nunca ser exaustivas. Como demonstrado, a legislação aplicável às PPPs e à concessão comum, que autoriza o compartilhamento de ganhos de eficiência, é ampla e concede margem de atuação para que a Administração Pública regulamente e defina de forma específica, para cada contrato, se e como esses ganhos devem ser compartilhados.

Logo, sempre haverá a possibilidade, a depender da natureza do objeto do contrato, para que sejam definidas novas formas de instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência, respeitadas as disposições legais, e, sobretudo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Diante desse cenário, analisam-se a seguir três formas de se instrumentalizar o compartilhamento dos ganhos de eficiência verificados no curso da execução contratual, considerando as previsões legais relacionadas a: (i) modelos tarifários em contratos de delegação de serviço público; (ii) pagamento de remuneração variável à concessionária; e (iii) hipótese específica da Lei de PPPs acerca do compartilhamento de ganhos decorrentes da redução do risco de crédito.

Para além de expor essas formas de instrumentalização, busca-se analisar criticamente seus fundamentos a partir das premissas desenvolvidas neste trabalho sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

5.1 Compartilhamento de ganhos de eficiência e modelos tarifários

A partir da exposição feita no capítulo 4, fica claro que muitos dispositivos legais relacionam o compartilhamento de ganhos de eficiência à regulação de tarifas na prestação de serviços públicos, em especial por meio de procedimentos de revisão tarifária.

Essa relação pode ser explicada pelo fato de que os direitos e deveres da concessionária, na hipótese de delegação de serviços públicos passíveis de remuneração por tarifa, estão diretamente relacionados ao modelo tarifário utilizado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 365). O modelo tarifário, por sua vez, decorre da estruturação de uma política tarifária, nos termos do artigo 175, III, da Constituição (BRASIL, 1988). Nesse sentido, é importante levar em consideração o que se entende por política tarifária antes de se adentrar nas especificadas de possíveis modelos tarifários.

5.1.1 Modelos tarifários e política tarifária

De acordo com Justen Filho (2003, p. 351), a definição de um modelo tarifário diz respeito à definição dos parâmetros econômicos utilizados para fixação do valor das tarifas cobradas dos usuários pela prestação de serviços públicos¹¹⁶. Nesse sentido, fala-se em modelos tarifários “pelo custo do serviço” ou em modelos tarifários “pelo preço do serviço”, como será detalhado mais adiante neste capítulo. Seguindo essa linha, o conceito de modelo tarifário não se confunde com o conceito de política tarifária, cuja noção, tal como empregada pelo mesmo Justen Filho (2003, p. 374), extrapola parâmetros meramente econômicos.

A distinção mostra-se relevante, pois a fixação do valor da tarifa para remuneração de serviços públicos não se restringe a quantificar um volume de receita suficiente para cobrir os custos operacionais e de investimentos incorridos na execução contratual. Trata-se de matéria relacionada a “políticas públicas superiores, previstas na Constituição e exercitadas ao nível legal e administrativo” (MOREIRA, 2010, p. 322), que levam em considerações não apenas aspectos econômicos, mas ainda aspectos políticos e sociais.

Essa constatação decorre do fato de que, na hipótese de determinada atividade ser definida como serviço público pelo ordenamento jurídico, estabelece-se um pressuposto de que essa atividade merece tratamento específico pelo Estado (FORTINI, 2004, p. 80; MARQUES NETO, 2015, p. 185), diverso daquele concedido às demais atividades.

¹¹⁶ Importante ressaltar que não há necessariamente uniformidade na terminologia empregada pela doutrina acerca dos modelos tarifários. Wallbach Schwind (2010, p. 71), por exemplo, prefere utilizar a expressão “métodos de fixação de tarifas” para explicitar o mesmo sentido ora adotado para “modelo tarifário”. Ainda assim, o referido autor também reconhece que a fixação do valor das tarifas corresponde a tarefa contemplada no âmbito de uma política tarifária com objetivos que extrapolem os meros aspectos econômicos da prestação do serviço.

Esse tratamento exige avaliação conjunta a partir de dois tipos de racionalidade: uma racionalidade política preponderante; e uma racionalidade econômica instrumental (MARQUES NETO, 2015, p. 185). Dessa forma, a estruturação da política tarifária tem como objetivo assegurar o atendimento aos fins sociais relacionados à prestação da atividade classificada como serviço público e, ainda, por meio da definição do modelo tarifário, viabilizar a sustentabilidade econômico-financeira necessária à continuidade dos serviços e à manutenção da modicidade tarifária.

Sob o ponto de vista da racionalidade política, cabe ao poder concedente determinar os fins sociais a serem atingidos por meio da prestação do serviço público. Esses fins podem estar relacionadas à disponibilização de condições materiais necessárias à concretização de direitos fundamentais (como a universalização de sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário para assegurar condições materiais de concretização do direito à saúde), ou mesmo para a distribuição de riquezas na sociedade, utilizando a cobrança tarifária progressiva como forma de transferência de recursos entre as camadas sociais (MARQUES NETO, 2015, p. 186; JUSTEN FILHO, pp. 374-375).

A definição dos fins sociais a serem atendidos pela prestação do serviço público envolve, assim, a definição de limites nos quais deverá ser realizada a análise econômica para a definição do modelo tarifário. Em outras palavras, a racionalidade econômica para a fixação dos valores tarifários possui caráter instrumental e mediato. Trata-se de ferramenta que objetiva viabilizar o atendimento ao interesse público, considerando os aspectos econômico-financeiros relacionados à prestação do serviço.

Neste particular, torna-se indispensável a atuação estatal em relação às condições econômicas da prestação dos serviços, sobretudo ao se considerar a existência ou não de ambiente competitivo para sua execução.

Caso haja efetiva concorrência na prestação do serviço público, condições econômicas do ambiente competitivo podem ser capazes de aplicar pressão sobre os prestadores, impactando a fixação do valor cobrado dos usuários sem que, eventualmente, haja necessidade de o Estado intervir de forma mais incisiva na fixação da tarifa com o intuito de regular parâmetros para sua definição e assegurar que o valor seja condizente com os fins da política tarifária e com a sustentabilidade econômico-financeira da concessão.

Por outro lado, caso haja prestação do serviço em caráter de monopólio, natural ou não, o prestador pode se ver em posição que o permita exercer efetivo “poder de mercado”

(CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 259). Isto é, no contexto monopolístico, o prestador do serviço pode encontrar meios de impor a prática de preços muito acima dos custos necessários à prestação do serviço sem que essa prática represente perda significativa de demanda.

Por esse motivo, justamente em contextos de monopólio, o regime jurídico de direito público implica a possibilidade de regulação estatal acentuada do serviço, incluindo a possibilidade de o Estado fixar os critérios para definição do valor da tarifa a fim de corrigir eventuais “falhas de mercado” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 351) mediante a definição de um modelo tarifário adequado à realidade da prestação do serviço público.

A definição do modelo tarifário pelo Estado faz-se ainda mais importante ao se considerar que a prestação de parcela significativa de serviços públicos se dá exatamente em ambiente de monopólio, em caráter de exclusividade por parte da concessionária (CAMPOS FILHO; PIRES, 2002, p. 282). Nessas hipóteses, a intervenção estatal é decisiva, tanto na determinação do valor original da tarifa, quanto nas variações verificadas nesse valor ao longo do tempo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 351).

Partindo desse pano de fundo, o modelo tarifário deve ser adequado sob o ponto de vista da racionalidade econômica, objetivando a concretização da racionalidade política a ele vinculado. Para tanto, a definição do modelo dependerá da avaliação e implementação de incentivos econômicos adequados, capazes influenciar práticas econômicas condizentes pela concessionária, pelos usuários e pelo próprio poder concedente, ratificando a compreensão das normas do direito administrativo a partir da função diretiva.

Um dos incentivos a ser considerado é justamente a obtenção de ganhos de eficiência e o compartilhamento desses ganhos, que pode ser instrumentalizado, por exemplo, por meio de revisões tarifárias periódicas.

A fim de permitir a compreensão da instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência nessa hipótese, é necessário expor, preliminarmente, as premissas de modelos tarifários que podem vir a ser empregados com esse objetivo.

5.1.2 Modelos tarifários em contexto de monopólio

A literatura contempla diversas formas de sistematização de modelos tarifários que podem ser utilizados para a definição de valores de tarifas na prestação de serviços públicos em contexto de monopólio.

Ainda assim, é usual que esses modelos sejam classificados em dois grandes grupos, considerando os modelos que levam em consideração o custo do serviço para a composição do valor da tarifa e os modelos que são baseados na definição de um preço para a fixação desse valor¹¹⁷. Sistematizações baseadas nesse tipo de classificação são empregadas, ilustrativamente,

¹¹⁷ Partindo de outra forma de sistematização, alguns autores como Camacho e Rodrigues (2014, p. 261) e Gamell e Navarro Prado (2019, p. 253) agrupam os modelos tarifários pelo custo do serviço e pelo preço do serviço na categoria mais ampla de “modelos de regulação discricionária”, em oposição a outro tipo de modelo de regulação chamado de “regulação contratual”. De acordo com esses autores, a diferença básica entre modelos de regulação discricionária e modelos de regulação contratual seria o fato de que, na regulação discricionária existe revisão periódica da tarifa (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 270). Esses autores explicam, assim, que os modelos de regulação discricionária seriam aqueles utilizados nas hipóteses em que não há “competição pelo mercado”, de modo que, não havendo a fixação de um valor eficiente da tarifa no início da prestação do serviço, o regulador deve periodicamente revisar o valor tarifário a fim de simular um ambiente de “competição no mercado”. O modelo de regulação discricionária, assim, dispensaria a elaboração de contratos mais completos, com alocação precisa e detalhada de riscos entre as partes e seria mais utilizado nas hipóteses em que não se verifica procedimento competitivo para a definição do prestador do serviço. Em contraposição, o modelo de regulação contratual seria empregado na hipótese em que há “competição pelo mercado” (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 271), de modo que os agentes econômicos competem para fixar o preço inicial do serviço em algum tipo de procedimento competitivo, como um leilão. A fim de viabilizar a competição no leilão, o modelo de regulação contratual pressuporia a elaboração de contratos que fossem o mais completo possível, alocando o máximo de riscos de forma objetiva no contrato, a fim de permitir maior previsibilidade aos agentes econômicos e, conseqüentemente, maior competitividade no leilão (CAMACHO; RODRIGUES, p. 270; PRADO, 2019, pp. 260-261). Na regulação contratual, como a tarifa seria fixada no início da prestação do serviço, a partir da “competição pelo mercado”, ela já teria incorporado ganhos de eficiência desde o início, não sendo necessária a utilização de revisões periódicas. Todavia, o uso dessa sistematização teórica que opõe, de um lado, um modelo de “regulação discricionária” e, de outro, um modelo de “regulação contratual”, parece ser pouco adequado ao contexto brasileiro, em especial no âmbito jurídico. Ao menos três críticas podem ser feitas quanto ao uso dessa sistematização. Em primeiro lugar, a própria nomenclatura “regulação discricionária” e “regulação contratual” é imprecisa juridicamente, por induzir a possíveis conclusões de que, no primeiro modelo, o regulador disporia de ampla margem de discricionariedade nas revisões tarifárias e, no segundo modelo, que o contrato limitaria por completo o exercício de discricionariedade pelo regulador. E nenhum dos autores ora mencionados, de fato, chega a trabalhar os limites e as condições do exercício da discricionariedade administrativa em cada um desses modelos. Na realidade, é possível afirmar que essa nomenclatura decorre de expressões utilizadas na literatura de língua inglesa, em especial no trabalho de Gómez-Ibañez (2003, p. 11), que é expressamente citado pelos autores brasileiros. Gómez-Ibañez utiliza essas nomenclaturas para identificar formas amplas de regulação em um contexto de *public utilities* que, por si só, não possui correspondente jurídico preciso no Brasil e apresenta muitas diferenças em relação ao conceito tradicional de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstra Karcher Loureiro (2020, pp. 52-53). A rigor, os próprios termos “*regulation*” e “*deregulation*” podem ter sentido muito diverso em países como os Estados Unidos do que os supostos correspondentes “regulação” e “desregulação” no Brasil, como esclarece Menezes de Almeida (2005, pp. 72-74). Em segundo lugar, os referidos modelos de regulação contratual e regulação discricionária podem incutir a ideia de que seriam modelos totalmente opostos ou intransponíveis, em uma espécie de raciocínio binário, “oito ou oitenta”. No entanto, o próprio Gómez-Ibañez (2003, pp. 32-33) é claro ao afirmar que modelos regulatórios, na prática, são frequentemente híbridos, englobando aspectos mais ou menos característicos de um ou outro modelo teórico, de modo que seria mais preciso, na realidade, falar-se em um espectro de modelos efetivamente aplicados em diferentes localidades como Estados Unidos, França e Reino Unido, que são objeto de análise pelo autor, ora se aproximando mais do suposto modelo de “regulação discricionária”, ora dele se afastando para se aproximar do suposto modelo de “regulação contratual”. Em terceiro lugar, a sistematização de “modelos de regulação” (contratual ou discricionária) parece demandar a definição de aspectos muito mais amplos do que os parâmetros

por Justen Filho (2003, pp. 352-366), Bockmann Moreira (2010, p. 362) e Wallbach Schwind (2010, p. 72).

Além dos mencionados autores, Azevedo Marques Neto (2015, pp. 186-188) segue divisão semelhante ao mencionar critérios baseados, de um lado, nos custos do serviço e, de outro lado, “critérios por arbitragem tarifária”. A rigor, essa nomenclatura faz referência ao fato de que os critérios do segundo grupo se destinam a fixar valores sem levar em consideração os custos efetivos do serviço. O próprio Marques Neto esclarece que os critérios por arbitragem “genericamente são critérios tipo *bottom up*, aqueles que não se aferram aos custos efetivos do concessionário, mas se apoiam em modelos teóricos de custos, buscando impor padrões de eficiência” (MARQUES NETO, 2015, p. 186). Dessa forma, a despeito de utilizar nomenclatura diversa¹¹⁸, entende-se que a sistematização apresentada por Marques Neto, na realidade, também se baseia no agrupamento de modelos tarifários que levam em consideração os custos dos serviços de um lado e, de outro lado, modelos que levam em consideração a definição de um preço para as tarifas.

Em acepção diversa, Arruda Câmara não sistematiza os modelos tarifários a partir de grupos que levam em consideração custos do serviço ou a estipulação de um preço. Ao analisar o modelo tarifário baseado na fixação de preço, em especial de um preço teto, o autor compreende esse tipo de regulação como instrumento de “flexibilidade na política tarifária” com o objetivo de “aproveitar a iniciativa do concessionário em extrair a máxima eficiência e lucratividade do empreendimento também em matéria de fixação de tarifas” (CÂMARA, 2009, p. 87). De acordo como Arruda Câmara, este seria apenas um dos instrumentos, assim como o

econômicos utilizados para a fixação do valor de tarifas, como se pretende fazer ao se discutir, neste trabalho, ao se falar em “modelos tarifários”. A rigor, a discussão de “modelos regulatórios”, para que seja realizada de forma técnica e precisa, dependeria de desenvolvimento mais aprofundado de temas como a competência das agências reguladoras e os limites e condições para o exercício da discricionariedade na função regulatória pelo Estado. Sendo assim, para que fosse proveitosa a utilização mais precisa dessa sistematização, organizada em “regulação discricionária” e “regulação contratual”, entende-se que seria necessário o amadurecimento e a reflexão em relação a aspectos relevantes da dogmática do direito administrativo brasileiro, os quais escapam ao escopo limitado deste trabalho.

¹¹⁸ É importante ressaltar que a nomenclatura que faz referência a “critérios por arbitragem” pode ser problemática em razão da pluralidade de sentidos que o termo “arbitragem” possui no contexto jurídico brasileiro. De fato, o termo pode tanto significar “arbitragem” enquanto método alternativo de solução de controvérsias, no sentido empregado pela Lei Federal nº 9.307/1996, quanto remeter a outro campo semântico, por exemplo, em referência a arbítrio ou livre exercício de vontade. Em relação aos modelos tarifários, entende-se que o termo não se refere a nenhum desses significados, mas sim ao fato de que os “critérios por arbitragem” referenciados por Marques Neto seriam aqueles que se utilizam de “modelos econômicos de engenharia sobre os quais se estabelecem os custos eficientes de cada parte” (MARTINEZ, 1999, p. 269), ou seja, projeções de preços sobre o valor tarifário. Assim, a fim de evitar imprecisões linguísticas, a nomenclatura empregada por Marques Neto não será utilizada neste trabalho.

regime de liberdade tarifária e a cesta tarifária, que se destinam a “flexibilizar” o regime tarifário (CÂMARA, 2009, p. 93).

De fato, como detalhado mais adiante, o modelo tarifário pelo preço do serviço busca incentivar a obtenção de ganhos de eficiência pela concessionária e seu compartilhamento em benefício dos usuários. Todavia, entende-se que a sistematização teórica do modelo tarifário por preço teto como “instrumento de flexibilização tarifária” pode dificultar a sua compreensão.

É que os modelos tarifários pelo preço do serviço surgiram historicamente como alternativa a deficiências verificadas no modelo tarifário pelo custo do serviço (JUSTEN FILHO, 2003, p. 357). Por esse motivo, tem-se que a sistematização e exposição metodológica de ambos os grupos facilita a compreensão das características de cada modelo. Sendo assim, os tópicos a seguir adotam essa classificação para expor as principais características de cada modelo, com enfoque sobre o tema dos ganhos de eficiência¹¹⁹.

5.1.2.1 O modelo tarifário pelo custo do serviço

O modelo tarifário de custo pelo serviço¹²⁰ se caracteriza por levar em consideração os custos diretos e indiretos, incluindo investimentos, necessários à execução do objeto contratual (JUSTEN FILHO, 2003, pp. 352-353), acrescidos de uma determinada taxa de remuneração relativa ao retorno esperado pela concessionária na exploração do objeto concedido.

O objetivo principal do modelo tarifário de custo pelo serviço é impedir eventual abusividade na exploração do serviço pelo seu prestador em caráter de monopólio (SCHWIND, 2020, p. 73). Cuida-se de modelo que induz a estipulação de receitas auferidas pela concessionária em patamares próximos aos patamares dos custos por ela incorridos, mitigando os poderes de mercado da concessionária que explora o serviço em ambiente não competitivo.

¹¹⁹ Os modelos pelo custo do serviço e pelo preço do serviço não foram as primeiras técnicas utilizadas historicamente para a fixação de valores tarifários. Tal como descrevem Justen Filho (2003, p. 352) e Wallbach Shewind (2010, p. 72), nos “primórdios do serviço público” era comum a adoção de soluções de caráter aleatório e pouco técnico para a fixação dos valores tarifários, decorrentes da incipiência de estudos sobre gestão de empreendimentos complexos, tais como os contratos de concessão de serviço público.

¹²⁰ O modelo de regulação pelo custo do serviço é comumente identificado na doutrina também por nomenclaturas anglo-saxônicas, dada sua forte ligação com a regulação de *public utilities* em países como os Estados Unidos e os países integrantes do Reino Unido. Assim, é comum verificar, mesmo na doutrina brasileira, a referência a esse modelo de regulação por diversas nomenclaturas como “*cost plus*”, “*cost of service*”, “*rate of return*” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 353), “*ROR-Rate of Return Regulation*”, “*FRR-FairRate of Return*” (MOREIRA, 2010, p. 362).

Ao aproximar receitas e custos em patamares semelhantes, o modelo tarifário de custo pelo serviço concede maior segurança e previsibilidade à concessionária. Essa segurança decorre do fato de que, uma vez empregada metodologia adequada para a avaliação dos custos incorridos na prestação dos serviços, a remuneração percebida pela concessionária nunca será inferior aos custos por ela suportados. Nesse passo, há claro incentivo à concessionária para a realização segura de investimentos, viabilizando a universalização da disponibilidade do serviço, por exemplo. O referido incentivo se traduz na mitigação ou quase eliminação do risco de variação de custos incorridos pela concessionária.

Por essa razão, o modelo de custo pelo serviço tende a adotar uma perspectiva retrospectiva para a fixação do valor da tarifa, como se olhasse mais para o passado do que para o futuro. Analisam-se custos já incorridos (seja pela concessionária regulada, seja por outras concessionárias utilizadas como parâmetro de comparação), somados da taxa de retorno definida, para que sejam fixados os valores a serem cobrados, visando à amortização dos custos e à remuneração por determinada taxa de retorno. As revisões tarifárias que podem ser realizadas no curso da execução do contrato de concessão se destinam, assim, a recompor o valor da tarifa a partir dos custos já previamente incorridos no momento em que é iniciada a revisão tarifária.

E se de um lado a perspectiva retroativa desse modelo confere grande segurança jurídica à concessionária e a mitigação de determinados riscos, de outro o estabelecimento do valor da tarifa após os custos terem sido incorridos pode gerar algumas dificuldades.

A primeira dificuldade está na efetiva definição de o que podem ser considerados como “custos” para a fixação da tarifa. Para a definição do valor tarifário, nos modelos de custo pelo serviço, deve ser estabelecida uma metodologia para a definição dos custos e investimentos que serão efetivamente levados em consideração. Como afirma Justen Filho (2003, p. 353), a própria expressão “custo pelo serviço” compreende diversas alternativas metodológicas de implementação¹²¹. Isso significa que a entidade reguladora responsável pela fixação da tarifa

¹²¹ Sem que seja necessário discutir em detalhes para os fins deste trabalho as alternativas metodológicas que podem ser utilizadas no modelo de custos do serviço, Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, pp. 186-187) apresenta uma síntese dessas metodologias que é ilustrativa da sua complexidade: “Dentro dessa família há várias metodologias: custo médio (soma dos custos tanto do investimento inicial quanto do incremental – operacional –, dividida pelo número de unidades de serviço oferecidas, também aplicado na modalidade de custos completamente distribuídos – fully allocated costs); custo histórico (baseado nos custos efetivamente contabilizados inicial quanto do incremental – operacional –, dividida pelo número de unidades de serviço oferecidas, também aplicado na modalidade de custos completamente distribuídos – fully allocated costs); custo histórico (baseado nos custos efetivamente contabilizados pela concessionária); custo de reposição (que considera a cada instante da concessão quais seriam os custos para investir e produzir naquele momento,

deve desenvolver e metodologia precisa para que seja possível a determinação do valor tarifário.

A segunda dificuldade, por sua vez, relaciona-se com a aplicação da metodologia para aferição dos custos. Além de discussões teóricas sobre o que pode ser definido como custo ou como investimento para a utilização desse modelo tarifário, na prática pode ser difícil aferir esses valores. A constante apuração e constatação de custos reais efetivamente incorridos pela concessionária depende de intervenção e controle intensivos pelo Estado, o que torna custosa a aplicação desse modelo.

A dificuldade relatada acima denuncia ainda um risco elevado de assimetrias de informação na aplicação do modelo pelo custo do serviço. A concessionária normalmente dispõe de informações mais precisas e completas sobre os custos nos quais ela incorre do que o Estado.

Por mais intensa que possa ser a regulação e a fiscalização do Estado sobre a concessionária, esta sempre terá acesso a fontes mais diretas e imediatas de informações. Essa situação cria um cenário que pode ser adverso: o Estado depende de informações a serem fornecidas pela própria concessionária, que tem interesse em receber tarifas no maior valor possível. Assim, existe risco de que a concessionária tenha um elevado grau de influência nas bases de informações que serão utilizadas para a fixação da tarifa.

Outro risco de assimetrias de informação pode ser ainda mais impactante. Trata-se do que a literatura econômica qualifica como risco moral (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 265). O risco moral se refere à assimetria de informações existente entre a concessionária e

divididos pelo número de unidades produzidas); custo da oferta de uma só unidade do serviço (stand alone costs – modelo que isolava os custos aplicados ao objeto concedido e se justificava quando as concessionárias eram atuantes em vários segmentos, mas hoje, com a previsão de sociedades de propósito específico admitidas pelo artigo 20 da Lei nº 8.987/1995, não tem grande utilidade nas concessões comuns); custo marginal (montante necessário a produzir uma unidade de serviço a mais do que aquelas atualmente produzidas por força dos investimentos e custos já incorridos); custos incrementais de longo prazo (uma variante dos custos marginais, pois considera o custo para produção de uma nova unidade mas leva em conta também a estimativa de custos necessários a ampliar a oferta de serviços no longo prazo em virtude da demanda crescente por serviços); custos prospectivos (forward looking costs – custos projetados para a continuidade da prestação, desconsiderando os custos históricos); ou, ainda, custos referenciados por uma empresa hipotética (construção de um modelo de empresa de referência, sob um prisma de eficiência econômica e cálculo da tarifa ideal, com base nessa estrutura eficiente de custos). Sobre esses custos identificados pelos diferentes critérios, aplica-se uma margem (taxa de retorno, ou rate of return, para os americanos) fixa ou variável, a depender do ajuste, margem essa que corresponde ao resultado (lucro bruto) do concessionário.”

entidade reguladora em relação ao esforço da concessionária para ser mais eficiente: o regulador não sabe se os custos incorridos pela concessionária são eficientes ou não¹²².

E, em realidade, o modelo pelo custo do serviço tende a incentivar o incremento dos custos, em especial daqueles relacionados aos investimentos, pois a expansão da base de capital da concessionária proporciona maiores lucros em termos absolutos, ainda que em termos relativos o retorno seja adequado à rentabilidade esperada pela concessionária (SCHWIND, 2010, p. 92). Dessa forma, a concessionária tem incentivo a realizar investimentos ou incorrer em custos operacionais desnecessários, apenas com o objetivo de obter maior retorno absoluto, sem que esses custos adicionais se reflitam em benefícios aos usuários dos serviços¹²³.

Com a finalidade de viabilizar outros modelos tarifários em que esse tipo de risco de assimetria de informação fosse mitigado, foi desenvolvido o modelo pelo preço do serviço.

5.1.2.2 O modelo tarifário pelo preço do serviço

O modelo tarifário pelo preço do serviço leva em consideração que o valor da tarifa deve ser fixado a partir da definição de um preço teto pelo agente regulador¹²⁴. Em contraposição ao modelo tarifário pelo custo do serviço, o modelo pelo preço assume a existência de assimetria de informação relativa aos custos da concessionária como uma premissa estruturante da relação entre a concessionária e o regulador, e, por isso, busca incentivar um comportamento econômico eficiente por parte da concessionária (LOUREIRO, 2014, p. 434).

¹²² Sobre o tema, confira-se o entendimento de Kaercher Loureiro (2014, p. 432): “Não se tratava tanto de falta de informação sobre os custos incorridos (o que se obtinha com o exame de sua contabilidade e auditorias), mas de dificuldade de interpretar e de bem usar os dados fornecidos: o regulador não saberia determinar a eficiência/necessidade dos custos que lhe eram apresentados, por não conhecer perfeitamente o negócio do regulado. Em síntese, o primeiro seria capaz de justificar para o segundo custos não adequados a serem repassados aos consumidores. Haveria um problema crônico de assimetria de informações. De consequência, não apenas a empresa não possuía estímulo para ser eficiente como não temia a ação do regulador na eliminação de custos ineficientes. E mais: relativamente aos custos com bens e instalações aplicados ao serviço, a tendência seria a de imputação de custos excessivos (sobreinvestimento), uma vez que quanto maior o investimento, maior seria a respectiva remuneração do agente (calculada pela aplicação de um percentual que não deveria variar, sobre o valor dos bens).”

¹²³ A doutrina é praticamente unânime ao apontar essa crítica, como se depreende das afirmações de Marçal Justen Filho (2003, p. 357), Marques Neto (2015, p. 187) e Bockmann Moreira (2010, pp. 262-363).

¹²⁴ Por isso, o modelo também é costumeiramente chamado, mesmo na doutrina brasileira, pelo seu correspondente em inglês “*price cap*”.

De forma geral, no modelo pelo preço do serviço é pressuposto necessário que as tarifas serão revisadas em determinado período de tempo previamente estabelecido, de modo que sejam considerados ciclos tarifários, normalmente com duração de quatro ou cinco anos. Assim, a regulação por preço define que, a cada ciclo tarifário, deverá ser fixado um novo valor para a tarifa a ser cobrada.

Neste particular, não se faz necessário analisar os custos efetivamente incorridos pela concessionária para a fixação do preço, que pode partir de parâmetros de mercado ou de comparação com outras concessionárias que prestem serviços semelhantes¹²⁵.

Por conseguinte, o enfoque deste modelo tarifário, ao contrário do modelo pelo custo do serviço, é prospectivo. A sua finalidade primordial é definir o valor da tarifa, na forma de projeção, antes de a concessionária incorrer nos custos a serem remunerados. Trata-se, assim, de um modelo de regulação *ex ante* (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 266), que reduz a necessidade de o regulador fiscalizar os custos reais incorridos pela concessionária.

A partir da estipulação do preço teto da tarifa, o modelo pelo preço do serviço permite a instrumentalização de mecanismos que incentivem a eficiência na execução contratual. Tais mecanismos são instrumentalizados na forma de fatores de desconto¹²⁶, aplicados sobre o valor das tarifas nas revisões periódicas e são, usualmente, referenciados a partir das siglas RPI-X e RPI-X+Y. Na prática, a teorização do modelo, como se vê, é relativamente simples. A complexidade da aplicação, na verdade, está na sua implementação, já que a definição dos parâmetros técnicos e econômicos que deverão compor as fórmulas de aplicação do modelo exigem amplo conhecimento, por parte do regulador, do serviço prestado e sujeito à sua regulação.

A fórmula RPI-X corresponde à nomenclatura de *Retail Price Index Minus X*. Esse modelo foi bastante difundido na experiência britânica de regulação dos serviços de

¹²⁵ O método por comparação constitui o que costuma se denominar de modelo de regulação pela comparação, ou “*yardstick regulation*”. Nesse sentido, Wallbach Schwind (2010, p. 86) define esse tipo de regulação como o modelo baseado “na eleição de um prestador que tenha o melhor desempenho na prestação do serviço, subordinando-se os demais aos mesmos critérios, de modo que sejam constrangidos a aumentar a qualidade da prestação”. Em realidade, trata-se de técnica complementar, que parte da mesma premissa do modelo pelo preço do serviço “uma vez que são fixadas metas de eficiência e criados mecanismos de incentivo a que os prestadores atinjam tais metas. Isso pode se refletir em redução de tarifas quando se utiliza essa técnica em conjunto com o método do price cap” (SCHWIND, 2010, p. 87).

¹²⁶ Trata-se de aplicação de forma artificial, pelo regulador, de um fator econômico que simula a existência de competitividade, como afirma Kaercher Loureiro (2014, p. 434): “Daí ser o vetor econômico do ganho de produtividade introduzido artificialmente, isto é, por via da regulação: elimina-se a obrigação jurídica que o agente tem de repassar toda a redução de custos para o usuário, permitindo-se a ele retê-la por certo período. Daí o “incentivo”. Tal como ocorre com sujeitos submetidos à competição, o monopolista deve desejar ser eficiente.”

telecomunicações a partir da década de 1980 (SCHWIND, 2010, p. 79). Como já mencionado, a aplicação do modelo está diretamente relacionada com a revisão periódica das tarifas. A cada revisão, o preço teto da tarifa é atualizado, mas sofre, também, a incidência de um desconto por meio da aplicação de um deflator chamado de “fator x”¹²⁷.

Por consequência, a tarifa é periodicamente ajustada por um determinado índice ou fórmula previamente ajustada e, em seguida, é reduzida a partir de um deflator também calculado previamente. O resultado é que a revisão tarifária final implica um preço teto menor do que o valor ajustado pelo índice ou fórmula fixada. Essa redução corresponde, efetivamente, ao incentivo à eficiência da concessionária.

Nesse sentido, duas consequências fundamentais para o tema dos ganhos de eficiência decorrem da adoção do modelo tarifário pelo preço teto, considerando a fórmula RPI-X.

A primeira consequência é que o enfoque prospectivo da regulação visa informar à concessionária que ela tem ciência da necessidade de executar os serviços de forma eficiente, pois já se espera, que no próximo ciclo tarifário, será descontado o fator x na definição do novo valor da tarifa. Ou seja, o valor real da tarifa já será descontado pelo deflator que pressupõe a eficiência da concessionária.

Ao seu turno, a segunda consequência está diretamente relacionada ao tema dos ganhos de eficiência. Até que haja a incidência programada do fator x, no modelo regulatório pelo preço teto, a concessionária poderá se apropriar da integralidade dos ganhos de eficiência eventualmente por ela obtidos, caso esses ganhos sejam em valores superiores ao desconto aplicado na forma do fator x. Isso quer dizer que a incidência do fator x é o que, em termos práticos, permite o compartilhamento dos ganhos de eficiência, partindo de um parâmetro definido previamente para a regulação prospectiva da tarifa.

Os usuários são beneficiados pela incorporação dos ganhos de eficiência correspondentes à variação entre o valor projetado pelo regulador para a tarifa e esse mesmo valor subtraído pelo fator x. Por sua vez, a concessionária poderá incorporar em seu benefício, aumentando seu potencial de retorno esperado, os ganhos de eficiência correspondentes à

¹²⁷ Para estudo mais aprofundado sobre as metodologias para definição do fator x, sugere-se a leitura de trabalho elaborado por Bragança e Camacho (2012, pp. 8-13). Para uma abordagem prática de como o fator x é calculado, por exemplo, no setor de distribuição de energia elétrica brasileiro, sugere-se a leitura do Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 8/2019-SEM/ANEEL, anexo à Nota Técnica nº 94/2019-SEM/ANEEL: (BRASIL, 2019, p. 6)

variação entre os custos por ela incorridos e o valor da tarifa subtraído do fator x. Trata-se, portanto, de modelo que visa permitir o compartilhamento de ganhos de eficiência.

Isso não significa que o modelo tarifário pelo preço do serviço não apresente possíveis dificuldades ou desvantagens na sua implementação.

Uma desvantagem é que a incidência do fator x sobre todos os componentes do preço teto da tarifa deixa de considerar que certos custos do serviço não são gerenciáveis pela concessionária, dependendo de fatores externos ou impossíveis de serem controlados ou influenciados pela concessionária. Por isso, o fator x pode pressionar a redução do valor da tarifa para além dos esforços de eficiência da concessionária. Sob o ponto de vista econômico, essa forma de incidência do fator x pode reduzir a atratividade do projeto para potenciais interessados.

Foi deste contexto que a formulação RPI-X+Y (*Retail Price Index Minus X Plus Y*) foi criada. De acordo com essa fórmula, o deflator de eficiência incide apenas em uma parcela dos valores que compõem a tarifa e que se refere a custos potencialmente gerenciáveis pelas concessionárias. A outra parcela, correspondente ao Y, e que equivale aos custos não gerenciáveis, não sofre a incidência do fator x. Em tese, essa fórmula mitiga os riscos de pressão indevida de eficiência sobre as concessionárias.

Ainda assim, um dos principais problemas na aplicação do modelo tarifário pelo preço do serviço diz respeito ao potencial de redução da qualidade do serviço (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 267). Embora o modelo tarifário pelo preço do serviço incentive a eficiência por meio da otimização de custos, esse mesmo modelo pode também incentivar a redução da qualidade do serviço prestado e/ou a redução dos investimentos necessários à manutenção da sua qualidade, em prejuízo dos próprios usuários. Com o intuito de ser mais eficiente e aumentar sua rentabilidade por meio da redução dos custos, a concessionária pode se ver induzida a realizar investimentos de qualidade menor, ou reduzir os níveis de serviço.

Por isso, em paralelo ao sistema de revisão tarifária e aplicação do fator de eficiência, é necessário que o poder concedente ou o ente regulador ofereça incentivos para que a otimização dos custos não prejudique a qualidade dos serviços. Uma das formas de lidar com esse tipo de problema é a fixação de investimentos mínimos a serem realizados pela concessionária (reduzindo, portanto, sua margem de autonomia e as oportunidades que ela teria de obter ganhos de eficiência) e ainda a definição de parâmetros de desempenho da concessionária que sejam perceptíveis na qualidade dos serviços prestados.

Desse aspecto, observa-se desdobramento que também exige maior comprometimento do regulador. Embora não seja necessária a custosa regulação com base nos custos efetivamente incorridos pela concessionária, ainda assim exige-se do poder concedente e da entidade reguladora comprometimento e investimento para a adequada fiscalização da qualidade do serviço, de modo que, em qualquer um dos modelos, o papel e a capacidade técnica do poder concedente e da entidade reguladora se mostram indispensáveis.

De mais a mais, o incentivo para que a concessionária seja eficiente implica alocação de um risco maior à concessionária, já que ela não terá a garantia de que seus custos serão efetivamente cobertos pela revisão tarifária. A consequência disso é que o modelo tarifário pelo preço do serviço pode gerar um aumento do custo do capital investido, ao menos na fase inicial da execução do contrato, enquanto a concessionária não teve ainda a oportunidade de testar na prática a sua eficiência.

5.1.3 A tradução do modelo tarifário na alocação de riscos contratual

Da exposição feita nos tópicos anteriores, verifica-se que cada um dos modelos tarifários aplicáveis para a fixação do valor da tarifa envolve determinados riscos assumidos pelo poder concedente e pelos usuários de um lado e pela concessionária de outro. Essa constatação deve ser levada a sério e considerada no momento da elaboração das matrizes de risco contratuais

A adoção do modelo pelo custo do serviço limita consideravelmente os riscos de variação de custos por parte da concessionária. Se a cada revisão tarifária, o valor cobrado pela concessionária é revisto para incorporar os custos efetivamente incorridos, de nada adiantará uma cláusula contratual que estabeleça formalmente a alocação de risco de variação de custos ordinários à concessionária. Em um caso como esse o contrato refletirá uma incongruência interna, gerando dificuldades na sua aplicação.

Da mesma forma, a adoção do modelo tarifário pelo preço do serviço dá causa à transferência de um risco para a concessionária de que a revisão tarifária pode não ser suficiente para contemplar os custos por ela incorridos.

Isso quer dizer que a adoção de um ou outro modelo tarifário resulta na predefinição de determinada alocação de riscos que deverá ser reproduzida de forma coerente e compatível com

o modelo de alocação de riscos nas cláusulas contratuais. Como já visto, a Lei de Concessão e a Lei de PPPs estabelecem que o contrato deverá definir os riscos alocados a cada parte.

Dessa constatação decorrem ao menos duas conclusões importantes.

A primeira é a de que, implicando alocação de riscos entre as partes, a adoção de um determinado modelo tarifário compõe as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Logo, a adoção do referido modelo deve ser bem refletida nas normas do contrato e estabelecida de antemão para que a concessionária tenha ciência, de forma adequada e objetiva, acerca da efetiva alocação de riscos de cada projeto concessório. Tal previsão se faz absolutamente necessária para que a adoção de modelos tarifários seja compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, refletindo-se na alocação de riscos que compõem as bases desse equilíbrio.

A segunda constatação é de que a revisão tarifária deve contar com normas procedimentais também claras e objetivas, que assegurem a adequada instrução processual, a transparência e ainda condições de participação da concessionária e, no caso de concessões que têm por objeto a prestação de serviços públicos, dos próprios usuários.

Como qualquer um dos modelos pressupõem a adoção de mecanismos de revisão periódica, a implementação desses modelos acentua o caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro contratual. É impossível pensar na manutenção de uma equação originária e estática em contratos que contam com esses tipos de modelos tarifários, nos quais a cada ciclo tarifário a tarifa é revista, seja para contemplar os custos incorridos pela concessionária, seja para contemplar novo preço teto e novo índice deflator de eficiência. Consequentemente, as normas de caráter procedimental se mostram indispensáveis à garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pois serão essas normas que permitirão traçar os limites e a extensão dos riscos assumidos pelas partes, no âmbito de um contrato com aspectos marcadamente dinâmicos, concedendo algum grau de previsibilidade.

Já se ressaltou neste trabalho a importância das normas de caráter procedimental, tanto para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro quanto para a aferição e instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência. Mediante a adoção de modelos tarifários como instrumentos para compartilhamento de ganhos de eficiência fica clara a importância das normas procedimentais.

Nesse sentido, Kaercher Loureiro (2014, p. 459) destaca que a realização de revisões tarifárias periódicas, com o objetivo de viabilizar o compartilhamento de ganhos de eficiência,

depende do cumprimento de alguns requisitos de concretização inclusive na definição de regras gerais e abstratas, no âmbito de regulamentos, que tratem do tema, sem prejuízo das normas contratuais.

O principal desses requisitos é, justamente, de caráter processual e consiste na necessidade de que as regras gerais e abstratas que apresentam os parâmetros regulatórios e escolhas metodológicas para implementação das revisões tarifárias sejam resultado de um procedimento administrativo que garanta transparência, a possibilidade de participação dos interessados a fim de mitigar eventuais assimetrias de informação, e a manifestação do regulador em face de contribuições eventualmente oferecidas pelos interessados¹²⁸.

5.1.4 Dificuldades na aplicação de modelos tarifários: análise de decisões do Tribunal de Contas da União referentes aos contratos de concessão comum no setor rodoviário

Os modelos regulatórios descritos no tópico acima constituem modelos abstratos teóricos. Todavia, a aplicação prática dos referidos modelos suscita dificuldades em especial no que se refere ao regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPP.

A fim de ilustrar tais dificuldades e permitir análise mais aprofundada do tema, foi realizado estudo a partir de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União relacionadas ao tema no âmbito de contratos de concessão rodoviária.

A decisão metodológica de se analisarem decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União leva em consideração que, desde o final da década de 1990 e início dos anos 2000, o TCU tem desempenhado papel cada vez mais relevante no controle de contratos de concessão celebrados pela Administração Pública federal.

¹²⁸ Ao tratar do papel das agências reguladoras na definição de regras sobre a realização de revisões tarifárias periódicas, Kaercher Loureiro (2014, p. 466) afirma que essas regras “são atos administrativos normativos, via de regra de caráter discricionário. Daí se segue que possuem eficácia formal e estão submetidas a mecanismos de controle e impugnação próprios desse tipo de manifestação da vontade estatal. De consequência, um guia seguro para avaliar o estudo desses mecanismos é dado pela clássica análise dos pressupostos e elementos do ato administrativo. Uma exigência fundamental feita em face das manifestações da Administração é que tenham elas pressupostos adequados e venham à luz de modo perfeito, seja sob o ponto de vista da maneira de sua exteriorização (forma), seja sob a perspectiva de seu conteúdo (vontade e respectivo objeto).”

O exercício do controle externo tem sido realizado tanto na fase interna na licitação, no momento em que o poder concedente decide pela caracterização do objeto a ser licitado e pela modelagem contratual mais adequada¹²⁹, quanto na sua fase externa e durante a própria execução contratual, sobretudo quando iniciados procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro¹³⁰.

Não faz parte do escopo deste trabalho investigar a competência do TCU para fiscalizar a licitação e a execução de contratos de concessão comum e PPP, embora este seja tema de relevante interesse no momento atual. A análise das decisões do TCU para os fins ora propostos justifica-se a partir de duas constatações mais restritas. A primeira é de que, pelo perfil de atuação do Tribunal, suas decisões aprofundam aspectos relevantes para o tema ora pesquisado, tendo em vista especialmente os relatórios das equipes técnicas que acompanham os acórdãos proferidos. A segunda constatação é a de que as decisões do TCU configuram atos cujo conteúdo representa, em um dado momento, a concretização do entendimento adotado pela Administração Pública na aplicação prática de institutos jurídicos objeto deste trabalho.

Por sua vez, a decisão pela análise de decisões referentes a contratos de concessão do setor rodoviário também se justifica sob o aspecto metodológico. O setor rodoviário tem interessante apelo neste caso, pois as primeiras concessões de rodovias federais datam justamente de meados da década de 1990, época em que todo o arcabouço jurídico atualmente vigente, no que se refere aos contratos de concessão, constituía recente novidade.

E o Programa de Concessão de Rodovias Federais – Procofe, que sistematiza as concessões de rodovias no âmbito federal, já tem larga vigência ao longo dos anos. Datado de 1993, o Procofe foi instituído pelo Governo Federal para se estabelecerem os procedimentos de licitação e delegação de rodovias federais à iniciativa privada. O Procofe foi dividido em etapas ao longo dos anos, de modo que em cada uma delas foram selecionados diferentes trechos rodoviários para que fossem realizados estudos e, na sequência, as licitações dos respectivos contratos de concessão. Como se verá adiante, ao longo do sequenciamento das diferentes etapas do Procofe, houve o amadurecimento das concepções dos modelos contratuais e tarifários para a delegação no setor, o que se refletiu nas decisões do TCU.

¹²⁹ Em relação à atividade de controle, é bastante ilustrativa a seguida edição de Instruções Normativas (Instruções Normativas 27/1998, 46/2004, 52/2007 e, mais recentemente, a 81/2018) pelo Tribunal de Contas da União, as quais dispõem sobre a fiscalização, pelo TCU, dos processos de desestatização no âmbito federal.

¹³⁰ Nesse sentido, é sintomático o alerta de Pedro Dutra e Thiago Reis, que, ao realizar amplo trabalho de pesquisa empírica afirmam que (2020, p. 250): “assim é que inexiste hoje questão de direito no setor de infraestrutura e na regulação dos serviços públicos concedidos, que não se ache exposta a uma eventual intervenção do Tribunal.”

Sendo assim, a análise realizada visa sobretudo verificar a aplicação do já mencionado artigo 35, §1º, alínea “b”, da Lei Federal nº 10.233/2001. Segundo o referido dispositivo legal, os critérios para revisão das tarifas deverão considerar “a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário”. As disposições do referido dispositivo legal, como se vê, estão diretamente relacionadas aos modelos de regulamentação tarifária que podem ser empregados nas concessões¹³¹.

5.1.4.1 Classificação e análise quantitativa das decisões pesquisadas

¹³¹ A rigor, há controvérsia na própria doutrina atual sobre a interpretação do referido dispositivo. De um lado, verifica-se entendimento de que os ganhos de eficiência (assim como as perdas) que poderiam ser transferidos aos usuários seriam apenas e tão somente aqueles “que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário”, ou seja, seriam aqueles referentes a custos ou receitas não gerenciáveis pela concessionária, decorrentes de variações externas das condições de mercado. Este é o entendimento adotado por Alexandre dos Santos de Aragão em análise de concessões ferroviárias, mas que pode ser aplicado também às concessões rodoviárias, já que a lei reproduz o mesmo dispositivo para ambos os casos: “Esse dispositivo nada mais é do que a opção clara do legislador por um modelo tarifário no qual o desempenho do concessionário, para melhor ou para pior, não deve interferir no valor das tarifas aplicáveis ao contrato de concessão. A política tarifária escolhida pelo legislador para os contratos do setor, portanto, expressamente afasta a possibilidade de transferência dos ganhos de eficiência aos usuários, atribuindo todos os benefícios da redução de custos decorrentes do seu desempenho exclusivamente ao concessionário, da mesma forma que sua eventual ineficiência não poderia servir de fundamento para aumentar as tarifas. Esses ganhos compõem a sua expectativa de remuneração e, dessa forma, integram a equação econômico-financeira do contrato” (ARAGÃO, 2019, p. 43). Em aprofundado estudo sobre o tema, analisando as diferenças de modelos tarifários e concepções do equilíbrio econômico-financeiro nas diversas etapas do Procofe, Rafael Vêras de Freitas adota entendimento contrário: “Nos contratos de rodovia da 3ª etapa do Procofe, foi estabelecida, para simplificar o processo de reequilíbrio e torná-lo automático, a aplicação da seguinte fórmula: $Tarifa \times (1 - D - Q) \times (IRT - X) + C$. Nela, o ‘fator C’ diz respeito a um percentual incidente sobre a recuperação por arredondamento (ISS, verbas, etc); o ‘fator D’ é atrelado a um parâmetro de desconto ou acréscimo pelo atraso ou pela antecipação da realização de investimentos; o ‘fator Q’ está atrelado a parâmetros de qualidade de serviço/indicadores de desempenho e obras; e o ‘fator X’ tem por objetivo levar a efeito o compartilhamento de ganho de produtividade com os usuários. Trata-se de metodologia que tem previsão no artigo 35, VIII, § 1º, alínea b, da Lei nº 10.233/2001, dispositivo que determina que os critérios de reajuste e revisão devem seguir a diretriz de garantir a ‘transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário’” (FREITAS, 2018, p. 153). A redação do dispositivo de fato não é de todo clara e pode suscitar divergências. Entretanto, a norma parece prever a necessidade de a política tarifária considerar na equação econômico-financeira e, portanto, também na alocação de riscos das partes, fatores que não dependam da responsabilidade da concessionária. Por outro lado, não parece que o dispositivo veda que eventuais ganhos decorrentes de posturas adotadas pela concessionária possam ser compartilhados em benefício a modicidade tarifária. Embora a disposição não seja incisiva como aquela prevista na Lei Federal nº 9.427/2000, aplicável ao setor de energia elétrica, que prevê “apropriação de ganho de eficiência empresarial” (artigo 14, IV), a interpretação que parece se adequar a sua redação é a de que não há vedação ao compartilhamento de ganhos de eficiência, desde que essa disposição tenha sido prevista nas regras incidentes sobre a concessão, de forma coerente com a alocação de riscos do contrato.

Na pesquisa realizada, foram identificadas dezoito decisões proferidas pelo TCU, que tenham tratado do tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias¹³². A fim de viabilizar a análise proposta foram especificados três critérios para classificar as referidas decisões:

- a) Critério 1: concessões que foram objeto dos acórdãos, considerando as etapas do Procofe: (i) concessões da primeira etapa do Procofe; (ii) concessões da segunda etapa do Procofe; (iii) concessões da terceira etapa do Procofe; e (iv) concessões da quarta etapa do Procofe;
- b) Critério 2: momento do exercício do controle: (i) previamente à celebração do contrato; e (ii) após a celebração do contrato;
- c) Critério 3: menção sobre o compartilhamento de ganhos de eficiência: (i) no relatório da equipe técnica; (ii) no voto do Ministro relator; e (iii) no acórdão.

Considerando o Critério 1, foram identificadas cinco decisões que tiveram como objeto concessões da primeira etapa do Procofe¹³³; cinco decisões que tiveram como objeto concessões da segunda etapa do Procofe¹³⁴; e nove decisões que tiveram como objeto concessões relativas à terceira etapa do Procofe¹³⁵. Não foram identificadas decisões que tratassem de concessões da quarta etapa do Procofe¹³⁶.

O gráfico abaixo consolida as referidas informações:

¹³² A pesquisa foi realizada a partir da ferramenta de busca de acórdãos disponível no portal do Tribunal de Contas da União (disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>). Para a realização do levantamento, foram utilizadas as seguintes palavras-chaves: “ganho de eficiência”; “ganho de produtividade”; “contrato”; “concessão”; “compartilhamento”; e “fator x”. Inicialmente, foram identificadas 68 decisões tratando do tema pesquisado, porém para contratos de concessão de diversos setores (rodoviário, ferroviário, aeroportuário, portuário, de energia elétrica, de telecomunicações e de transporte coletivo rodoviário). Ao final, foram selecionadas as decisões que tratavam especificamente de contratos de concessão do setor rodoviário, tendo sido identificadas 18 decisões que foram objeto de análise.

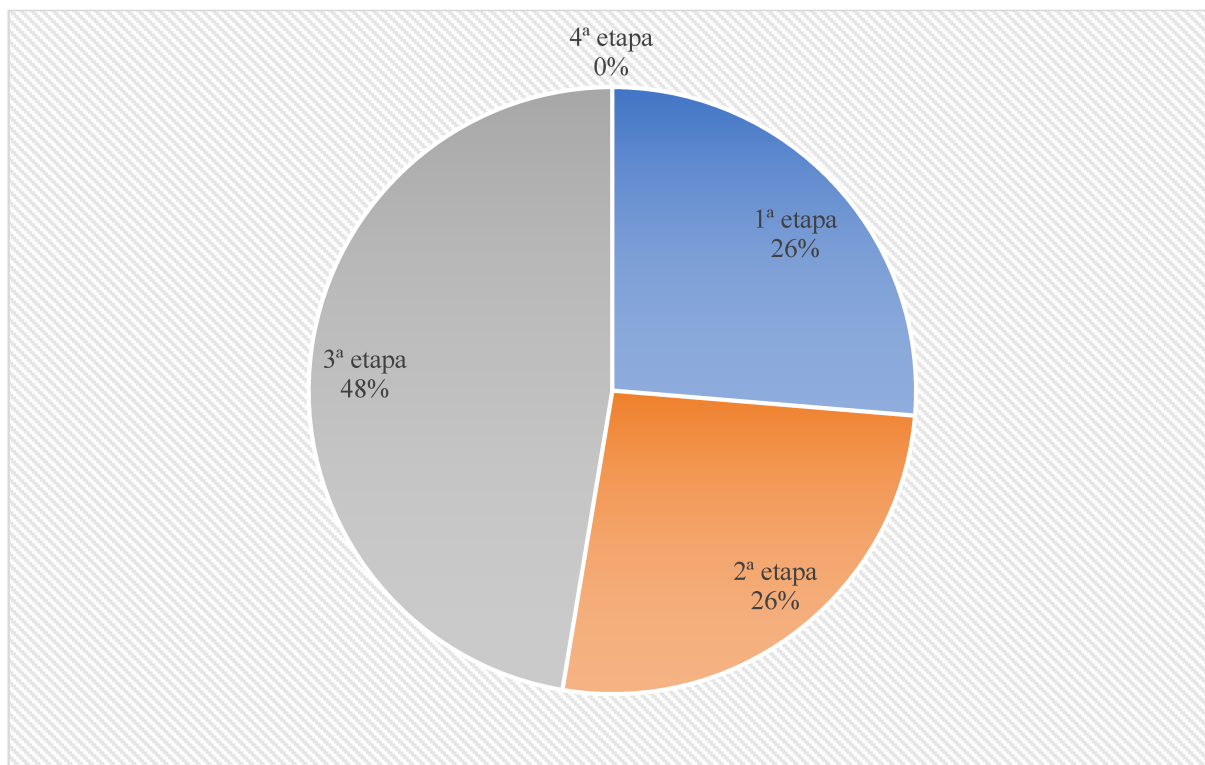
¹³³ Acórdãos 2.154/2007-P; 1.055/2011-P; 2.927/2011-P; 2.247/2018-P; e 174/2019-P.

¹³⁴ Acórdãos 586/2001-P; 1.366/2003-P; 2.047/2006-P; 2.104/2008-P; e 174/2019-P.

¹³⁵ Acórdãos 2.302/2012-P; 2.573/2012-P; 1.974/2013-P; 86/2015-P; 290/2015-P; 283/2016-P; 943/2016-P; 1.096/2019-P; e 2.611/2020-P.

¹³⁶ Decisões que tenham se referido a contratos pertencentes a mais de uma fase do Procofe foram consideradas em cada faixa específica do critério utilizado, como é o caso do acórdão 174/2019-P, referente a contratos pertencentes à 1ª e à 2ª etapas do Procofe.

Gráfico 1 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando as etapas do Procofe (Critério 1)



Fonte: elaborado pelo autor (2020)¹³⁷.

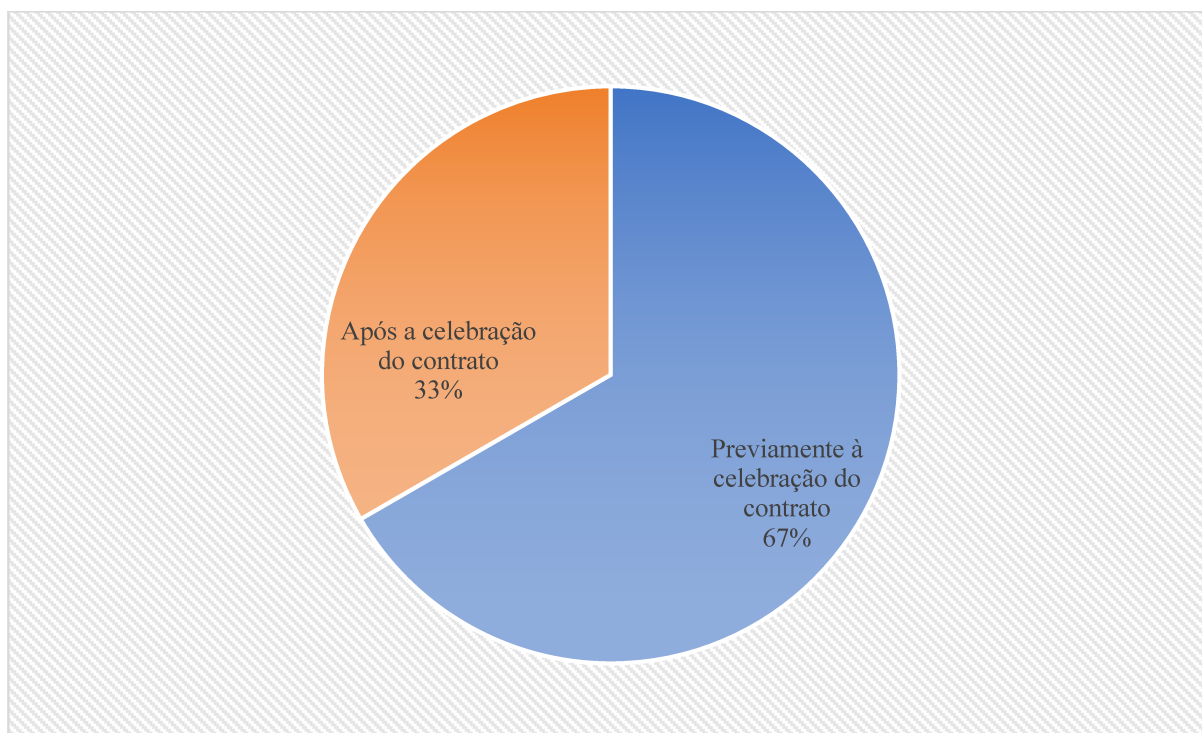
Por sua vez, considerado o Critério 2, foram identificadas doze decisões que trataram de concessões cujos contratos ainda não haviam sido celebrados¹³⁸ e seis decisões que trataram de concessões cujos contratos já haviam sido celebrados¹³⁹, conforme explicitado no gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando o momento do exercício do controle (Critério 2)

¹³⁷ A partir dos acórdãos pesquisados na plataforma de acórdãos do TCU disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

¹³⁸ Acórdãos 586/2001-P; 1.366/2003-P; 2.047/2006-P; 2.104/2008-P; 2.302/2012-P; 2.573/2012-P; 1.974/2013-P; 86/2015-P; 290/2015-P; 283/2016-P; 943/2016-P; e 1.096/2019-P.

¹³⁹ Acórdãos 2.154/2007-P; 1.055/2011-P; 2.927/2011-P; 2.247/2018-P; 1.74/2019-P; e 2.611/2020-P.



Fonte: elaborado pelo autor (2020)¹⁴⁰.

Por fim, quanto ao Critério 3, foram localizadas dezessete decisões que fazem menção ao tema do compartilhamento de ganhos de eficiência no relatório da equipe técnica¹⁴¹; cinco decisões que fazem menção ao tema no voto do Ministro relator¹⁴²; e cinco decisões que fazem menção ao tema no acórdão propriamente dito¹⁴³.

É o que sintetiza o gráfico a seguir¹⁴⁴:

Gráfico 3 – Decisões do TCU que abordaram o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões rodoviárias, considerando as menções no relatório da equipe técnica, no voto do Ministro Relator e no acórdão (Critério 3)

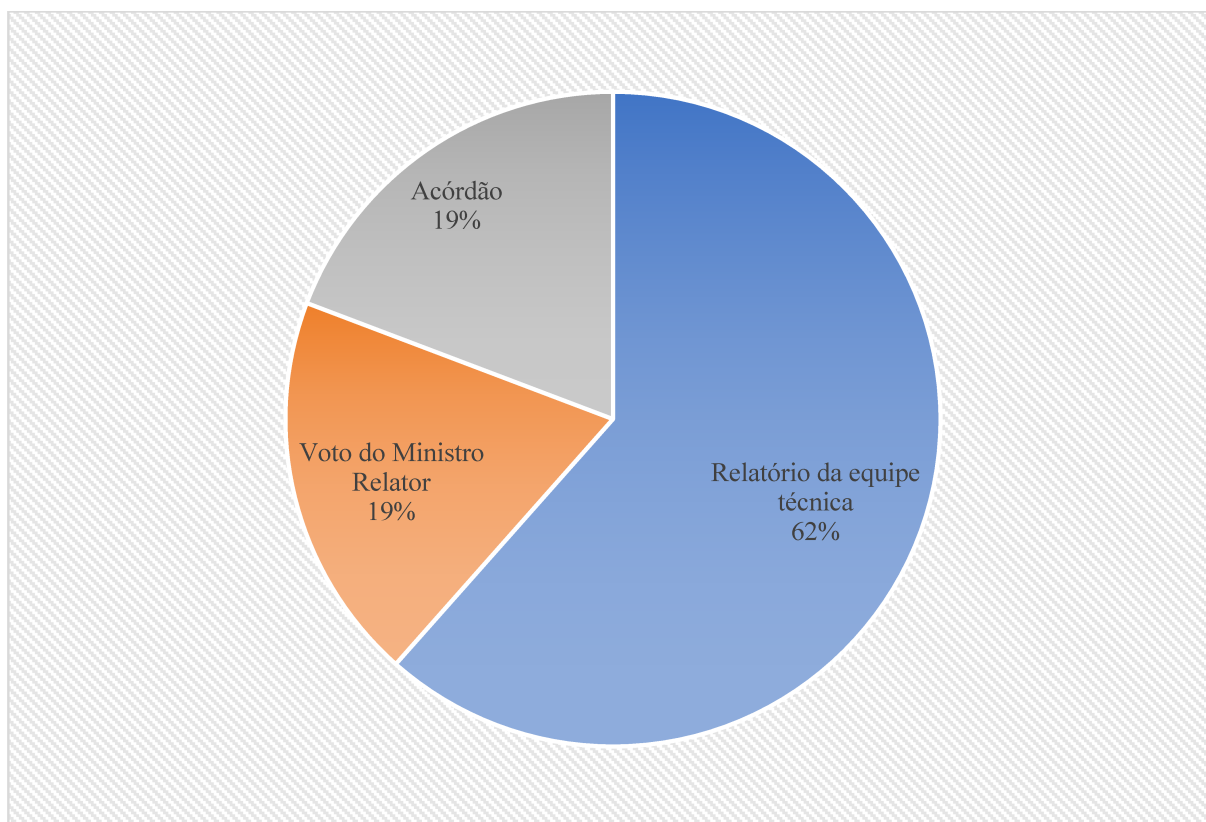
¹⁴⁰ A partir dos acórdãos pesquisados na plataforma de acórdãos do TCU disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

¹⁴¹ Acórdãos 586/2001-P; 2.047/2006-P; 2.154/2007-P; 2.104/2008-P; 1.055/2011-P; 2.927/2011-P; 2.302/2012-P; 2.573/2012-P; 1.974/2013-P; 86/2015-P; 290/2015-P; 283/2016-P; 943/2016-P; 2.247/2018-P; 174/2019-P; 1.096/2019-P; e 2.611/2020-P.

¹⁴² Acórdãos 1.366/2003-P; 2.104/2008-P; 2.927/2011-P; 2.573/2012-P; e 86/2015-P.

¹⁴³ Acórdãos: 586/2001-P; 2104/2008-P; 2.927/2011-P; 2573/2012-P; e 86/2015-P.

¹⁴⁴ Acórdãos que tenham menções ao tema em mais de um tópico considerado no critério (relatório, voto e acórdão) foram considerados de forma sobreposta em cada faixa específica do critério.



Fonte: elaborado pelo autor (2020)¹⁴⁵.

Feita a classificação dos acórdãos em conformidade com os critérios acima, passa-se à análise crítica, a partir do desenvolvimento do tema nos tópicos anteriores e considerando os objetivos deste trabalho.

5.1.4.2 Análise qualitativa das decisões pesquisadas

Como é possível perceber, o controle exercido pelo TCU acerca das concessões rodoviárias, nas decisões analisadas, não se limitou à fase da licitação ou previamente à celebração dos contratos. Do total de decisões levantadas, seis tinham como objeto do controle contratos de concessão já celebrados, o que corresponde a um terço das decisões pesquisadas.

Em relação ao tema do compartilhamento dos ganhos de eficiência, os acórdãos mais relevantes nesse sentido se referem aos contratos de concessão celebrados na 1ª etapa do

¹⁴⁵ A partir dos acórdãos pesquisados na plataforma de acórdãos do TCU disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

Procofe. Os referidos contratos, considerados pioneiros por terem sido celebrados ainda na década de 1990, previamente ao amadurecimento da interpretação da legislação de concessões, são frequentemente citados na doutrina ao se analisar a relação entre a alocação de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns.

De fato, tais contratos continham disposições que relacionavam a fixação das tarifas aos custos dos serviços, além de terem fixado alocação genérica de riscos, o que resultou em ineficiência contratual na medida em que eventual má gestão das concessionárias sobre os custos da concessão podem ser refletidas nos valores tarifários. Nesse sentido é a análise realizada por Vêras de Freitas:

“A primeira etapa do Procofe, implementada entre os anos de 1995 e 1997, que teve por objeto a delegação de rodovias preexistentes, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), definiu que ‘a CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário resulte do contrato’. Nos termos do referido instrumento, os serviços de recuperação e de manutenção da rodovia estão especificados no respectivo PER, de modo que as propostas apresentadas pelos concessionários (então licitantes) foram realizadas com base numa sistemática de custos previamente estabelecidas pelo poder público. Sucede que, malgrado a minuta de contrato tenha atribuído todos os riscos para o concessionário, ela possibilitou que, a cada alteração nos valores dos insumos por ele utilizados para sua execução (uma espécie de risco atrelado ao contrato de concessão), fosse levada a efeito a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Trata-se de uma contradição entre premissas que gerava ineficiências contratuais.” (FREITAS, 2019, p. 144).

Essa “contradição entre premissas” foi identificada pelo TCU nos acórdãos analisados. A pesquisa revela que o TCU considerou que os referidos contratos estariam desequilibrados, o que acarretava sérios prejuízos aos usuários e ao Concedente, com a cobrança de tarifas de pedágio “sobrevalorizadas”¹⁴⁶. O referido desequilíbrio, de acordo com o TCU, estaria relacionado a uma série de fatores¹⁴⁷, que, considerados sobre a modelagem adotada nesses contratos, resultaria na ineficiência contratual.

E no contexto dessa análise, o TCU, que desde a celebração desses contratos já havia acompanhado outros procedimentos de desestatização e privatização, inclusive aqueles relacionados à 2ª etapa do Procofe, avaliou que a ausência de previsão de cláusulas que

¹⁴⁶ É o que se depreende dos acórdãos 2.154/2007-P; 1.055/2011-P; 2.927/2011-P; e 2.247/2016-P.

¹⁴⁷ O detalhamento desses fatores escapa ao objeto desta pesquisa e mereceria análise específica. Nesse sentido, sugere-se a leitura do trabalho de Adalberto dos Santos Vasconcelos (2004), que contém detalhada análise sobre o tema.

previssem a revisão periódica das tarifas seria um dos fatores responsáveis por gerar desequilíbrio contratual.

A fundamentação utilizada pela equipe técnica no acórdão 2.927/2011-P acerca da necessidade de inclusão das revisões periódicas se baseou em metodologia analisada nos contratos da 2ª etapa do Procofe, mencionando expressamente a aplicação do fator x e o compartilhamento de ganhos de eficiência:

“O hodierno entendimento deste Tribunal de Contas determina a consideração, além de outros fatores, dos ganhos por mudanças impactantes do cenário econômico na recomposição do equilíbrio contratual. O Acórdão nº 2.104/2008–TCU–Plenário, que tratou da proposta de concessão das BRs 324/BA e 116/BA, determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que: [...] No Relatório e Voto condutores desse decisum, foram discutidos pontos essenciais para o reequilíbrio contratual nessas novas concessões de rodovias. Ganhos de produtividade ou decorrentes da eficiência tecnológica, redução dos custos, diminuição das despesas operacionais, etc., foram apontados como causas de aumento extraordinário da receita e/ou a redução dos custos. No mesmo contexto, grande importância foi dada ao fato de ocorrer, ao longo de qualquer contrato, a redução do custo de oportunidade do negócio devido à melhoria das variáveis macroeconômicas que afetam o empreendimento, caso em que a lucratividade do concessionário se torna maior do que aquela considerada justa: ‘Assim, a apropriação por parte da Concessionária de todo o lucro adicional não condiz com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Somente parte desse lucro caberia à Concessionária, como incentivo à eficiência. A outra parte deveria ser revertida para a modicidade tarifária, em conformidade com os preceitos da regulação por incentivos.’ (Relatório do Acórdão nº 2.104/2008–TCU–Plenário). O Relatório trouxe uma análise paralela ao setor elétrico, no qual a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) estabeleceu o chamado "Fator X", que é representado por um índice mensurado no momento da revisão periódica da tarifa. Sua função é compartilhar com o usuário parte dos ganhos de produtividade auferidos pelo concessionário entre uma revisão ordinária e outra, geralmente funcionando como um redutor do índice utilizado no reajuste anual das tarifas. Ele serve, pois, à modicidade tarifária. Foi discutida a possibilidades das variações imprevisíveis ocorrerem em prejuízo da concessionária, o aumento extraordinário dos custos e/ou das despesas da Concessionária também foi considerado. Nesse caso, não seria justo que o contratado arque com um aumento desproporcional de seus custos. O investidor deve ter a segurança quanto à remuneração adequada. Destacou o amparo legal à revisão periódica da tarifa no § 2º do artigo 9º e no inciso V do artigo 29, ambos da Lei nº 8.987, de 1995” (BRASIL, 2011).

Dessa maneira, verifica-se que o TCU entendeu pela necessária alteração dos referidos contratos para que fosse previsto, de forma superveniente, mecanismo de compartilhamento de ganhos de eficiência nas concessões por meio da adoção de revisões periódicas.

Tal conclusão decorre dos fundamentos utilizados pela equipe técnica, considerados no voto do relator, e que se refletiram na determinação do TCU para que a ANTT incluísse cláusulas de revisão periódica nos contratos da 1ª etapa do Procofe, como se depreende do

Acórdão 2.927/2011-P, que pode ser considerado paradigmático para o tema objeto desta pesquisa:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fulcro no artigo 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, referente aos *contratos de concessão* celebrados com a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (NovaDutra), Companhia de *Concessão* Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Terezópolis S.A. (CRT), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (Ponte) e Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa), que: [...] 9.1.2. adote, no prazo de cento e vinte dias, as medidas necessárias para inserir cláusula de revisão periódica da tarifa de pedágio nos *contratos de concessão* em vigor, assegurando a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas;” (BRASIL, 2011).

Igualmente, a determinação do TCU considera que tais alterações, assim como a alteração da TIR dos referidos contratos, até então utilizada como parâmetro de reequilíbrio, poderiam ser realizadas pela ANTT de forma unilateral, ainda que fosse preferível que fosse obtida a concordância das concessionárias¹⁴⁸. Entretanto, a referida alteração corresponde a modificação significativa das bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro, já que, indiretamente, representaria modificação nas consequências jurídicas da alocação de riscos dos referidos contratos.

Além disso, é possível questionar se a inclusão de cláusula de revisão periódica, com a previsão de incidência de fator deflator para o compartilhamento de ganhos de eficiência, alterando com isso os efeitos jurídicos da matriz de riscos contratual, de fato pode ser considerada medida de reequilíbrio econômico-financeiro. Como se trata de alteração das bases objetivas do contrato, parece ser mais adequado interpretá-la como alteração do próprio contrato para prever novas bases que definirão o equilíbrio econômico-financeiro para o futuro e não uma forma de recomposição de suposto desequilíbrio anterior. Neste ponto há que se concordar com a crítica feita por Santos de Aragão à introdução de mecanismos de revisão periódica para compartilhamento de ganhos de eficiência nos contratos de concessão de forma superveniente:

¹⁴⁸ Tal ponderação vem expressa também no relatório da equipe técnica do Acórdão nº 2.927/2011-P.

Como vimos, a proposta de revisão tarifária em questão busca criar um inteiramente novo parâmetro tarifário, ao invés de meramente proceder à revisão das tarifas já existentes.

Essa assertiva independe até mesmo do que analisamos acima, de a revisão das concessões ferroviárias contemplar ou não apenas as áleas econômicas extraordinárias, de seguirem o modelo tradicional ou dinâmico de alocação de riscos. Qualquer que seja a sua espécie, a revisão tem que sempre partir dos dados e do valor da tarifa que anteriormente se colocava. Uma nova modelagem tarifária não tem como tecnicamente ser considerada uma revisão (ARAGÃO, 2019, p. 45).

É possível afirmar, assim, que há nessa determinação do TCU uma confusão entre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e a alteração das bases objetivas dos contratos de concessão, o que não se confunde com mero reequilíbrio contratual e deve ser considerado a partir dos limites ao poder de alteração unilateral dos contratos pela Administração Pública¹⁴⁹.

Ainda assim, a análise dos acórdãos demonstra que houve amadurecimento do TCU nas discussões em relação ao tema do compartilhamento dos ganhos de eficiência, que passou a ocupar discussões mais preponderantes durante as licitações dos contratos das 2ª e 3ª etapa do Procofe, tendo em vista experiências anteriores do Tribunal com concessões de outros setores. Esse amadurecimento contribuiu para a alteração da concepção do TCU em relação ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Basta ver que, nos acórdãos analisados, o mais antigo (Acórdão nº 586/2001-P), de 2001, contém entendimento da equipe técnica discordando sobre a inclusão de revisões periódicas, sob o argumento de que o Concedente teria prerrogativa de realizar revisões sempre que necessário. Não havia à época, a discussão sobre compartilhamento de ganhos de eficiência por meio de revisões periódicas, sendo que os contratos da 1ª etapa do Procofe sequer previam a realização de revisão periódica. Os acórdãos seguintes, sobretudo a partir do acórdão nº 2.104/2008-P, que analisou concessões da 2ª etapa do Procofe, se dedicaram com maior detalhamento de estudos sobre o tema e suas implicações para o equilíbrio econômico-

¹⁴⁹ Não caberia neste trabalho investigar de forma aprofundada os limites de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, haja vista sua complexidade e o risco de se escapar do objeto ora pesquisado. Sobre o tema, sugere-se a leitura da obra de Alexandre Santos de Aragão já citada, que considera de forma fundamentada que a alteração das bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro para se aplicar novo modelo regulatório não previsto originariamente seria equivalente a criar materialmente um novo contrato: “a revisão pretendida constitui materialmente, independentemente do nome adotado – que em Direito é sempre o que menos importa –, não uma revisão, seja de que espécie fosse, mas sim uma nova modelagem tarifária, *ab ovo*, que, sem a encampação do serviço, só pode ser adotada em futuras licitações inclusive por fora dos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório” (ARAGÃO, 2019, p. 56).

financeiro das concessões, ainda que, como demonstrado acima, parte das determinações feitas pelo TCU sejam passíveis de críticas.

Ao se analisar a jurisprudência do TCU, conclui-se que houve amadurecimento da compreensão do próprio Tribunal acerca do caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, considerando determinações feitas à ANTT, nas licitações da 2ª e 3ª etapas do Procofe, para a inserção de revisões periódicas e parâmetros para o compartilhamento de ganhos de eficiência. No entanto, em relação aos contratos já celebrados, referentes à 1ª etapa do Procofe, verifica-se atuação do TCU para a inserção de cláusulas no mesmo sentido, sob a justificativa de que os contratos estariam desequilibrados, em prejuízo da modicidade tarifária. Tais determinações são questionáveis, considerando que a inserção superveniente de mecanismos de compartilhamento de ganhos de eficiência altera as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro, sendo discutível sua imposição de forma unilateral, e não se caracterizando efetivamente como medidas para reequilibrar os contratos em decorrência de fatos ocorridos anteriormente.

Partindo dos modelos teóricos de regulação apresentados anteriormente e considerando as decisões proferidas pelo TCU é possível afirmar que: (i) os contratos da 1ª etapa do Procofe continham alocação de riscos, ainda que genérica e pouco detalhada¹⁵⁰, e não tinham qualquer previsão de realização de revisões periódicas; (ii) por outro lado, as decisões do TCU demonstram que a ocorrência de eventos supervenientes motivou as concessionárias a apresentar pleitos de reequilíbrio para recompor seus preços, sendo que a metodologia empregada no reequilíbrio acabava, na prática, neutralizando a alocação de riscos prevista no contrato e tornando sua execução pouco eficiente, deixando clara a “contradição entre premissas” mencionada anteriormente; e (iii) esse resultado fez com que o TCU considerasse que o poder concedente estivesse sendo prejudicado, travando divergências sobre o equilíbrio contratual. O principal ponto neste aspecto é que, partindo de análises realizadas para outros contratos (da 2ª etapa do Procofe), o TCU proferiu decisões que visavam alterar o modelo regulatório dos referidos contratos de forma superveniente, transfigurando-o para um modelo

¹⁵⁰ Um dos pontos mais criticáveis sobre a referida alocação de riscos é que, embora o contrato alocasse à concessionária a “integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário resulte do contrato de concessão” (GARCIA, 2011, pp. 13-14), o próprio contrato ressaltava o direito da concessionária à revisão extraordinária (não periódica) da tarifa quando constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou de modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados no valor da tarifa (GARCIA, 2011, pp. 13-14).

que se aproxima mais do modelo tarifário pelo preço do serviço, com a introdução de revisões periódicas e um fator de eficiência que permitisse o compartilhamento de ganhos de eficiência.

5.1.5 Conclusões acerca dos modelos tarifários em relação ao compartilhamento de ganhos de eficiência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

A rigor, a legislação brasileira não estabelece a obrigatoriedade de aplicação de um ou outro modelo tarifário, de modo que a Administração Pública pode desenvolver modelos específicos para cada contrato a ser celebrado, inclusive visando aprimorar modelos já previamente utilizados.

No entanto, independentemente do modelo adotado, reafirma-se que o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado a partir das bases objetivas do contrato, em especial a alocação de riscos contratual. Como demonstrado, tal premissa decorre das disposições legais sobre o regime do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum ou PPP. Além disso, é fundamental que tais bases estejam previamente definidas no momento em que a concessionária apresenta sua proposta. No momento da apresentação da proposta, devem estar claros os riscos a serem assumidos pelas partes do contrato.

Na prática, as próprias metodologias de composição dos valores tarifários (seja no modelo pelo custo do serviço, seja no modelo pelo preço do serviço) envolvem alocação de riscos.

Daí a necessidade, tal como já afirmado, de o contrato estabelecer as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em especial por meio da alocação de riscos entre as partes e a metodologia para a avaliação do equilíbrio e sua recomposição ao longo do contrato, ainda que remeta a procedimentos e/ou parâmetros complementares que possam ser detalhados em regulamento.

5.2 Compartilhamento de ganhos de eficiência e remuneração variável

Este tópico tem como objetivo analisar a viabilidade de se estabelecer a previsão de compartilhamento de ganhos de eficiência, em contratos de concessão comum e PPPs, por meio de mecanismos de remuneração variável.

5.2.1 Fundamento legal da previsão de remuneração variável

Ao se falar em remuneração variável no âmbito de contratos de concessão, o fundamento legal mais expresso e lembrado consta da Lei de PPPs. Trata-se do artigo 6º, §1º, em conjunto com as disposições do artigo 5º, IV e VII, da referida Lei.

O artigo 6º, §1º, prevê a possibilidade de que a remuneração paga à concessionária seja variável, a depender do seu desempenho na execução do contrato. O dispositivo legal estabelece, em outras palavras, que o contrato pode estipular previsão de pagamento de remuneração que varie a depender do desempenho da concessionária na execução do objeto contratual. A norma é complementada pelo artigo 5º, IV e VII, segundo o qual contratos de PPPs devem prever cláusulas que estipulem as formas de remuneração e ainda estabelecer critérios objetivos de avaliação do desempenho da concessionária na execução do contrato, como metas, parâmetros ou padrões de qualidade e disponibilidade esperados na prestação dos serviços.

A possibilidade de se vincular a remuneração da concessionária a níveis mínimos de disponibilidade e qualidade do serviço em contratos de concessão, no entanto, não foi de todo inaugurada pela Lei de PPPs (PRADO; RIBEIRO 2007, p. 193).

Essa prática já havia sido prevista em contratos de concessão comum, sob o fundamento de se transferir determinados riscos à concessionária na prestação dos serviços, sobretudo os riscos de disponibilidade dos serviços aos usuários. A norma do artigo 2º, II e III, da Lei de Concessões, ao dar ensejo à transferência de riscos ao particular, em conjunto com as previsões do artigo 18, I, e do artigo 23, III, da mesma Lei, que dispõem sobre a previsão contratual de metas e critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, configuram fundamento legal para condicionar a cobrança de tarifas à efetiva disponibilização dos serviços em conformidade com metas a serem cumpridas pela concessionária. Partindo desse fundamento, entende-se que atende o ordenamento jurídico a previsão contratual que condiciona o risco de a concessionária receber ou não determinada remuneração tarifária à sua capacidade de cumprir metas previamente impostas pelo poder concedente.

Assim já havia sido feito, por exemplo, em concessões de telefonia, condicionando vantagens à concessionária ao atingimento de metas de universalização¹⁵¹. Técnica semelhante foi utilizada em concessões do setor rodoviário em que a cobrança tarifária somente foi autorizada após a efetiva recuperação da rodovia, caracterizando a disponibilidade do serviço¹⁵². Na mesma linha, há decisões judiciais que avaliam a possibilidade de cobrança de tarifa pelos serviços de esgotamento sanitário a depender do nível de disponibilidade do serviço, que pode ser segregado nas atividades de coleta, afastamento e efetivo tratamento. De acordo com entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é possível cobrar as tarifas em caso de disponibilização dos serviços de coleta e afastamento, ainda que não haja efetivo tratamento dos efluentes pela concessionária¹⁵³.

Em paralelo, já há algum tempo, verificam-se contratos de concessão comum que não apenas estabeleciam a vinculação da remuneração tarifária à disponibilidade dos serviços pela concessionária, tal qual nos exemplos citados acima, como ainda previam mecanismos de remuneração variável a depender da qualidade dos serviços prestados.

Mais uma vez, pode ser citado o exemplo das concessões rodoviárias no âmbito federal. Os contratos de concessão licitados a partir da fase II da 2ª etapa do Procofe passaram a prever mecanismo denominado de “desconto de reequilíbrio”. No Edital 001/2008, referente à concessão da BR-116/324 BA, por exemplo, previu-se a realização de avaliação periódica de desempenho das concessionárias, a cada intervalo de doze meses. Ao final da avaliação, feita com base em nove indicadores de desempenho amparados no Programa de Exploração da Rodovia (PER), documento técnico integrante do Edital, os resultados dos indicadores seriam refletidos no cálculo do reajuste da tarifa, podendo ser aplicado desconto no valor tarifário vigente para o próximo ciclo¹⁵⁴.

¹⁵¹ Wallbach Schwind (2010, p. 259) dá o exemplo constante do já revogado Decreto Federal nº 2.592/1998, que no artigo 4º, 1º, do seu anexo estabelecia que “A Concessionária que, a qualquer tempo, até 31 de dezembro de 2001, demonstre estar atendendo a todas as solicitações de acesso individual, no prazo máximo estabelecido na alínea “a” do inciso III deste artigo, estará desobrigada das metas constantes dos seus respectivos contratos de concessão, correspondentes àquelas estabelecidas no inciso I deste artigo.”

¹⁵² Wallbach Schwind (2010, p. 259) também dá exemplo nesse sentido ao citar concessões de rodovias no Estado do Paraná e concessões federais de rodovias no ano de 2007, nas quais a concessionária só poderia iniciar a cobrança de pedágio após período de recuperação inicial do pavimento asfáltico.

¹⁵³ Neste particular, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a os artigos 3º da Lei Federal n. 11.445/2007 e 9º do Decreto Federal n. 7.217/2020 autorizam a cobrança de tarifa de esgoto na hipótese em que a concessionária realiza as etapas de coleta, transporte e escoamento dos efluentes, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário (REsp 1339313 RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 21/10/201)

¹⁵⁴ Para detalhamento dos mecanismos de desconto de desequilíbrio utilizados até a 3ª etapa do Procofe, nos contratos de concessão rodoviária, recomenda-se a leitura de estudo elaborado por Souza de Sá, Medeiros Santos

Posteriormente, outros editais publicados na fase III da 3ª etapa do Procofe (Editais 001/2013, 002/2013, 003/2013, 004/2013 e 005/2013) também previram mecanismo semelhante, mas, além de permitirem a aplicação de descontos no valor da tarifa, tais modelagens estabeleceram a possibilidade de que fosse realizado acréscimo tarifário, em caso de antecipação de investimentos em obras rodoviárias, a serem apurados a partir de indicadores de desempenho previstos no PER¹⁵⁵. Ou seja, embora inicialmente previsto como mecanismo para redução da receita tarifária em caso de não cumprimento de determinado indicador de desempenho, o chamado “desconto de reequilíbrio” utilizado nas concessões de rodovias federais passou a ser posteriormente utilizado para prever acréscimos de receitas por resultados não necessariamente exigidos de forma cogente da concessionária, mas que eram desejáveis e que poderiam ser por ela alcançados.

Portanto, assim como no tema referente à alocação contratual de riscos, parece mais acertado afirmar que a Lei de PPPs não necessariamente inaugurou, mas apenas aprofundou a concepção acerca da possibilidade de se prever remuneração variável em contratos de concessão, vinculada ao desempenho da concessionária a partir de padrões de qualidade e disponibilidade dos serviços.

Para além de aprofundar essa concepção, ao tratar expressamente da previsão de remuneração variável, a Lei de PPPs incentivou o desenvolvimento de técnicas e modelagens contratuais mais sofisticadas para a vinculação entre remuneração e desempenho da concessionária, além de consolidar formas de relação contratual que tenham maior enfoque na definição do resultado almejado pelo poder concedente do que nos meios necessários à efetivação desse resultado (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 139), promovendo tanto a efetiva disponibilização do serviço ou sua prestação de acordo com o mínimo da qualidade contratada ou quanto eventual atingimento de qualidade ainda mais vantajosa.

Não por acaso, outras Leis aplicáveis aos contratos administrativos, publicadas após a Lei de PPPs, passaram a dispor sobre a possibilidade de os contratos estabelecerem mecanismos de remuneração variável.

e Anísio Brasileiro (2014, pp. 8-14). Portugal Ribeiro (2011, p. 77) também aborda esse exemplo para esclarecer a aplicação de mecanismos de remuneração variável em contrato de concessão comum.

¹⁵⁵ Nesses editais, o mecanismo de “desconto” ou de “acrécimo” de reequilíbrio foi introduzido na fórmula de composição da tarifa sob a denominação de “fator d”. Souza de Sá, Medeiros Santos e Anísio Brasileiro (2014, p. 11) esclarecem as condições de aplicação do referido fator d e os indicadores de desempenho a ele vinculados nos referidos editais.

A já mencionada Lei do RDC, por exemplo, em seu artigo 10, estabeleceu expressamente que na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, pode ser estabelecida remuneração vinculada ao desempenho da contratada, tendo em vista metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. A redação do artigo 10 da Lei do RDC foi praticamente replicada no artigo 45 da Lei das Estatais, permitindo a previsão de remuneração variável em contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Mais recentemente, idêntica previsão constante das Leis do RDC e das Estatais foi replicada no artigo 144 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, expandindo expressamente a possibilidade de previsão de remuneração variável para contratos administrativos celebrados pelos demais entes da Administração Pública.

Não obstante, a Nova Lei de Licitações previu expressamente, no art. 144, §1º, a possibilidade de que a remuneração variável possa ser estabelecida a partir de percentual sobre valor economizado pela Administração Pública em determinada despesa, na hipótese em que o contrato visar à implantação de processo de racionalização na gestão dos recursos públicos. A disposição aproxima o mecanismo da remuneração variável, que pode ser prevista em contratos de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, da lógica de remuneração típica dos chamados contratos de eficiência, que já haviam sido previstos na Lei do RDC e também contam com previsão na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 6º, LIII, e 39).

Portanto, mesmo que se trate de contrato que não tenha objeto necessariamente relacionado à necessária redução de despesas correntes ou de custeio por parte da Administração Pública, como é o caso do contrato de eficiência, a Administração Pública pode estipular remuneração variável baseada em economia de despesa proporcionada pelo contratado. Da mesma forma, diferentemente do contrato de eficiência, a mera previsão de remuneração variável não implica hipótese de aplicação de penalidade ao particular. Analisando a figura do contrato de eficiência na Lei do RDC, Wallbach Schwind (2012, p. 193) já traçou distinção entre contratos com mecanismo de remuneração variável e contratos de eficiência. A rigor, os contratos de eficiência possuem um tipo específico de remuneração variável, que é exatamente a remuneração calculada com base em percentual de economia gerada à Administração Pública. No entanto, no contrato de eficiência, há um dever assumido pelo particular de alcançar a economia prometida na proposta, sendo que sua remuneração corresponderá a percentual dessa economia. O não atingimento da economia prometida, nos

contratos de eficiência, não apenas provoca redução da remuneração do contratado, como ainda o sujeita à aplicação de sanções.

5.2.2 Diferenciação entre remuneração variável e aplicação de sanções

A previsão de remuneração variável a ser paga à concessionária tende a ser comparada com hipótese de aplicação de sanção pecuniária. Essa comparação parte da premissa de que mecanismos de remuneração variável podem ser utilizados como formas de se aplicarem supostas penalidades à concessionária, em especial nas hipóteses em que a remuneração variável é prevista como espécie de desconto na remuneração a ser recebida pela concessionária. Ao se referir ao já mencionado desconto de reequilíbrio, por exemplo, Cintra do Amaral afirma que:

O desconto de reequilíbrio parte da premissa de que, se o concessionário presta serviço inadequado, sua remuneração (tarifa) pode ser proporcionalmente reduzida. Isso é ilegal. Se o serviço público prestado pelo concessionário não é adequado, o concessionário deve ser sancionado com as penas legais e contratuais, podendo chegar-se, até, à caducidade da concessão, nos termos do § 1º do art. 38 da mesma Lei 8.987/95, especialmente seu inciso I (AMARAL, 2013)

Todavia, considerando a previsão legal para a definição de mecanismos de remuneração variável, caberá ao poder concedente estabelecer, em cada contrato, a definição dos mecanismos que sejam utilizados como pressupostos para remuneração variável e/ou das condutas tipicamente previstas como inadimplemento contratual e que autorizem a aplicação de penalidade. Neste particular, parece acertada a crítica feita por Vêras de Freitas (2019, p. 155) ao posicionamento de Cintra do Amaral acima exposto, ao afirmar que a vinculação da concessionária a parâmetros de desempenho não configura penalidade administrativa, mas modelagem que tem por objetivo criar incentivos à prestação dos serviços de acordo com determinados parâmetros de disponibilidade ou de qualidade previamente estipulados.

Em realidade, o que se quer dizer é que a legislação cede espaço às normas contratuais para prever determinadas hipóteses vinculadas a parâmetros de desempenho que não serão consideradas como inadimplemento contratual e/ou ilícito administrativo, mas autorizam o não pagamento de determinada parcela da remuneração esperada pela concessionária. Assim, o contrato poderá definir uma ou outra situação como hipótese de não atingimento a parâmetros

de qualidade ou disponibilidade de serviço, que terá como consequência o acionamento do mecanismo de remuneração variável, ou como conduta típica que configure inadimplemento contratual e autorize a aplicação de sanção.

Essa diferenciação a ser estabelecida no âmbito contratual não é desprovida de limites. A rigor, os limites dessa diferenciação devem ser observados à luz do objeto contratual e a partir da definição de parâmetros mínimos de execução contratual que sejam caracterizadores do próprio objeto. Na definição do objeto a ser concedido, é possível que a Administração Pública identifique um contraste em relação ao que se espera da concessionária: sempre haverá um mínimo de qualidade e/ou disponibilidade do serviço que necessariamente deverá ser atendido pela concessionária, mas é possível que haja ainda um determinado nível de qualidade e/ou disponibilidade do serviço que não seja considerado essencial ou indispensável pela Administração Pública para que a delegação do objeto atinja as finalidades do interesse público, mas que seja ao menos desejável que seja alcançado e ao menos potencialmente factível pela concessionária.

É que a definição de mecanismos de remuneração variável não pode significar subterfúgio para que a Administração Pública realize contratações que não persigam a prestação adequada do serviço. Ainda assim, é plenamente possível que a Administração Pública entenda que a contratação permita a obtenção de um benefício adicional que, embora não essencial, contribua ainda mais para as finalidades da contratação¹⁵⁶. Além disso, nada impede que o poder concedente defina o reiterado descumprimento de determinado parâmetro de qualidade que, caso não atendido uma vez implique apenas variação na remuneração da concessionária, como inadimplemento contratual, tornando-o, assim, sujeito à aplicação de sanção administrativa.

Essa diferenciação não é de todo teórica e tem importantes consequências práticas no âmbito contratual. Tais consequências se referem à diferenciação entre ambos os procedimentos (remuneração variável ou aplicação de penalidade) e, enfim, ao próprio incentivo que é dado à concessionária para a execução contratual.

¹⁵⁶ Nesse sentido, afirma Wallbach Schwind (2012, p. 181) que “seria um equívoco afirmar que a remuneração variável proporcionaria um agravamento da posição jurídica da Administração Pública. Não se trata de um agravamento nem da situação da Administração, nem da situação do particular. Trata-se, isso sim, de encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado pela Administração e o montante da remuneração a ser paga ao contratado. O impacto das reais vantagens deve ser estipulado e avaliado em cada caso, a fim de que a remuneração devida seja dimensionada de modo justo.”

No caso de parcela considerada essencial do objeto da concessão, o seu não cumprimento pela concessionária deve ser caracterizado como inadimplemento contratual. O inadimplemento, a ser previamente definido de forma típica no contrato, sujeita a concessionária a aplicação de sanções, previamente antecedidas da conclusão de devido processo administrativo sancionador. Nesse passo, no caso de aplicação de penalidade, devem ser observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da legalidade estrita (FREITAS, 2019, p. 155; SCHWIND, 2012, p. 198). E como consequência do inadimplemento, o poder concedente deverá aplicar sanção previamente estipulada e adequada ao ilícito em questão, a qual pode ter ou não natureza pecuniária. Dessa forma, podem ser aplicadas sanções de advertência, multa, a própria decretação de caducidade da concessão (seguindo seu procedimento específico definido em Lei) e ainda outras sanções mais graves, como a suspensão do direito de contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade da concessionária e/ou de seus controladores.

Já no caso de mecanismo de remuneração variável, também deverá ser observado o procedimento definido no contrato para apuração do desempenho da concessionária e cálculo do impacto no valor da remuneração, com observância do contraditório e da ampla defesa (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 194)¹⁵⁷. Entretanto, as consequências advindas da conclusão do procedimento serão limitadas a impactos pecuniários, não configurando hipótese de aplicação de sanção que autorize, por exemplo, advertência, declaração de caducidade, de suspensão do direito de contratar ou declaração de inidoneidade.

Em paralelo, a diferença acerca dos incentivos concedidos à concessionária na execução contratual, em cada procedimento, também é bastante relevante.

Engler Pinto afirma que o poder concedente pode estabelecer “o emprego de mecanismos de incentivo para premiar a boa prestação do serviço contratado, que, na verdade, são muito mais eficientes para alinhar interesses, do que a clássica imposição de multas pecuniárias” (ENGLER PINTO, 2003, p. 184). A perspectiva de se premiar a concessionária pelo atingimento de objetivos desejados no âmbito do contrato, de fato, privilegia uma postura mais cooperativa entre Administração Pública e particular do que a sempre presente

¹⁵⁷ Entende-se pela necessária observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, também no processo de definição da remuneração variável, por se tratar de processo administrativo que, embora não tenha natureza sancionadora, pode caracterizar evidentes “situações de litígio”, nos termos do art. 2º, parágrafo único, X, da Lei Federal n. 9.784/1999.

possibilidade de o poder concedente, na posição de contratante e fiscalizador, aplicar penalidades à concessionária.

Sob a perspectiva financeira, inverte-se o ponto de partida do incentivo concedido à concessionária: eventual redução no valor da remuneração a ser percebida, em decorrência de desempenho insatisfatório por parte da concessionária, reflete na receita esperada pela concessionária, e não na imposição de custos adicionais, como ocorreria com a aplicação de sanções pecuniárias (PRADO; RIBEIRO, 2007, p. 193). Essa inversão do incentivo pode gerar reflexos na própria procedimentalização da fiscalização contratual. Pensando, por exemplo, a partir do ponto de vista da comprovação ou instrução probatória do processo, mecanismos de remuneração variável tendem a incentivar a concessionária a demonstrar a boa execução do serviço, enquanto aplicação de sanções pecuniárias tendem a incentivar a concessionária a demonstrar que não cometeu alguma irregularidade caracterizada como inadimplemento contratual ou a procrastinar ao máximo a conclusão do processo que viabilize a aplicação da multa¹⁵⁸.

Ademais, embora haja necessidade de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração do desempenho e cálculo da remuneração variável, até que haja impugnação da concessionária, o mecanismo já autoriza a produção de efeitos imediatos, com pagamento da parcela incontroversa à concessionária, enquanto ainda se discute eventual direito da concessionária ao recebimento de bônus adicional, por exemplo. Essa sistemática, possível de ser aplicada no âmbito de mecanismo de remuneração variável, é diversa daquela a ser observada no caso de aplicação de penalidade, uma vez que a sanção somente poderá ter efeitos práticos após o efetivo exercício do direito de defesa da concessionária.

Assim, há uma lógica bastante diversa em relação ao ônus procedimental que pode ser vantajosa ao interesse público, tendo em vista o incremento do caráter cooperativo da relação

¹⁵⁸ Wallbach Schwind (2012, p. 186) caracteriza a remuneração variável em contratos administrativos como mecanismo de sanção premial que concretiza a “função promocional do direito”. Essa caracterização é inspirada diretamente em concepção desenvolvida por Norberto Bobbio (2007, p. 68), relacionando aspectos econômicos à possibilidade de o Estado direcionar ou promover determinados comportamentos, na medida em que o Estado deixa de ser mero organizador da coação para estender suas atividades à produção de bens e prestação de serviços: “se é verdade, de fato, que a recompensa é o meio usado para determinar o comportamento alheio por aqueles que dispõem das reservas econômicas, a isto segue que o Estado à medida que dispõe de recursos econômicos cada vez mais vastos, venha a se encontrar em condição de determinar o comportamento dos indivíduos, não apenas com o exercício da coação, mas também com o de vantagens de ordem econômica, isto é, desenvolvendo uma função não apenas dissuasiva, mas também, como já foi dito, promocional. Em poucas palavras, essa função é exercida com a promessa de uma vantagem (de natureza econômica) a uma ação desejada, e não com uma ameaça de uma mal a uma ação indesejada. É exercida, pois, pelo uso cada vez mais frequente do expediente das sanções positivas.”

entre as partes. A aplicação de sanção implica ônus à concessionária em momento posterior ao desenvolvimento e conclusão de regular processo administrativo (SCHWIND, 2010, p. 261), enquanto a definição da remuneração a ser paga à contratada pode gerar efeitos imediatos, ainda que se admita a impugnação e o exercício do contraditório por parte da concessionária.

5.2.3 A definição concreta de parâmetros de desempenho para a remuneração variável

Em qualquer caso, a mera autorização legal para previsão da remuneração variável não é suficiente para que o mecanismo seja diretamente aplicável. A legislação não define os critérios e parâmetros que deverão ser utilizados para apurar o desempenho da concessionária na execução contratual. Os motivos para tanto é que tais parâmetros dependerão do próprio objeto do contrato, devendo ser definidos concretamente caso a caso, levando-se em conta as peculiaridades e características específicas de cada concessão. De fato, não é possível prever, de forma abstrata e em caráter prévio, toda e qualquer hipótese que justifique a utilização de determinada meta ou parâmetro (SCHWIND, 2012, p. 187).

Nem mesmo objetos de natureza semelhante autorizariam o emprego de critérios ou parâmetros idênticos. Ilustrativamente, eventuais parâmetros de desempenho estipulados para uma concessionária de serviços de esgotamento sanitário, em relação ao nível da qualidade do tratamento dos efluentes, em um Município específico, não necessariamente (e improvavelmente) serão os mais adequados para outra concessionária que preste o mesmo serviço em outro Município. É plenamente possível que as características químicas dos efluentes, por exemplo, demandem soluções de tratamento mais ou menos onerosas, que possam justificar maior ou menor tolerância em relação aos níveis de tratamento considerados adequados. Mesmo que as características químicas dos efluentes fossem as mesmas, é possível que as instalações de tratamento de um dos Municípios demandem investimentos muito mais vultosos para alcançar o mesmo nível e qualidade de tratamento, o que pode eventualmente justificar a previsão de metas ou parâmetros com maior grau de escalonamento ao longo do tempo a fim de viabilizar a realização dos investimentos e, ao mesmo tempo, manter parâmetro adequado à modicidade tarifária.

Por esse motivo, é de todo imperioso que o contrato de concessão comum ou PPP estabeleça de forma objetiva as metas e parâmetros que serão utilizados para aferição do

desempenho da concessionária, em obediência ao disposto no artigo 5º, IV e VII, da Lei de PPPs e no artigo 18, I, e artigo 23, III, da Lei de Concessões.

E não basta que as metas e parâmetros sejam objetivamente previstos. A rigor, é necessário que as metas e parâmetros sejam definidos de forma que possam ser objetivamente verificáveis, a partir de indicadores claros e precisos e que sejam alinhados a técnicas e metodologias já disponíveis e conhecidas pela Administração Pública para sua apuração. De nada adianta a estipulação de determinado resultado ou nível de serviço a ser alcançado, caso ele não possa ser quantitativa ou qualitativamente apurado.

Logo, o contrato deve estipular não apenas os parâmetros a serem utilizados para a verificação do desempenho da concessionária. O próprio procedimento para apuração desse desempenho, considerando os indicadores a serem utilizados, os agentes responsáveis por essa avaliação, a periodicidade de acordo com a qual a apuração será realizada, bem como a fórmula de cálculo dos indicadores e a forma como os resultados dos indicadores afetarão a remuneração da concessionária deverão ser expressamente previstos.

5.2.4 Remuneração variável e alocação de riscos

A vinculação da remuneração ao desempenho da concessionária possui estreita vinculação com a alocação de riscos entre as partes.

A definição dos parâmetros e critérios que serão utilizados para avaliar os resultados esperados exige ponderação dos riscos e benefícios envolvidos a ambas as partes. Reputa-se indesejável a previsão de metas ou parâmetros que sejam exagerados ou impossíveis de serem alcançados, tornando inócua a previsão de remuneração adicional no caso de cumprimento desses parâmetros.

Por outro lado, tampouco é desejável que os resultados esperados sejam facilmente alcançáveis a ponto de justificar a premiação daquele que os atingir. Nesse último caso, a variabilidade da remuneração acabaria sendo extinta, tornando a remuneração, em realidade, em evento não variável.

Assim, a vinculação da remuneração da concessionária ao cumprimento de parâmetros de qualidade ou disponibilidade que contenham relativo grau de incerteza deriva da ponderação de custos de transação envolvidos para ambas as partes do contrato (SCHWIND, 2012, p. 180).

Nesse sentido, a previsão de remuneração variável configura, em última instância, também uma forma de alocação de riscos entre as partes. Tal previsão necessariamente pressupõe a prévia definição, no âmbito do contrato, da parte que será responsável por assumir os riscos relacionados à obtenção de determinados parâmetros de qualidade ou disponibilidade enquanto resultado da execução contratual.

Como já ressaltado nos tópicos anteriores, a previsão de remuneração variável não se presta ao abandono de parâmetros de qualidade mínima esperados pela Administração Pública na celebração de contratos administrativos. É plenamente possível que a parcela variável da remuneração da concessionária seja limitada a determinados parâmetros de qualidade ou disponibilidade que superam parâmetros mínimos que deverão ser obrigatoriamente cumpridos. Na realidade, somente se justifica estipular remuneração variável adicional para determinada parcela do objeto que não seja essencial à contratação.

Por esse motivo é que a previsão da remuneração variável deve levar em conta a avaliação dos riscos alocados entre as partes. Somente faz sentido, em termos de ponderação entre incentivos a serem concedidos ao particular e a necessidade da Administração Pública de obter a conclusão do objeto contratual, que seja prevista remuneração variável em compatibilidade com a elevação do risco que o particular poderá ou não assumir no caso concreto.

5.2.5 Remuneração variável e ganhos de eficiência

A partir da direta relação entre a definição de remuneração variável e a alocação de riscos nos contratos de concessão comum e PPP, verifica-se que a estipulação de remuneração variável se caracteriza como mecanismo apto a instrumentalizar o compartilhamento de ganhos de eficiência entre o poder concedente (ou os usuários) e a concessionária. Essa instrumentalização diz respeito ao fato de que a previsão de remuneração variável resulta na definição de incentivo ao particular a buscar atender a determinados níveis de qualidade e disponibilidade dos serviços.

Já foi discutido neste trabalho que a característica essencial dos contratos de concessão comum e PPP que mais permite a obtenção de ganhos de eficiência está relacionada às especificações do objeto contratual e o nível de autonomia dado à concessionária para a execução desse objeto. A rigor, a especificação adequada das obrigações da concessionária e o

modo como a concessionária será avaliada no desempenho dessas obrigações, assim, constitui condição essencial para a obtenção de maior eficiência na execução do contrato (NAVARRO; PRADO, 2007, p. 138). A previsão de mecanismos de remuneração variável representa, neste particular, a tradução da busca por essa eficiência em incentivos econômicos para que a concessionária viabilize os referidos ganhos.

Considerando a definição de ganhos de eficiência ora utilizada, a perspectiva de obtenção de ganhos de eficiência, em relação aos mecanismos de remuneração variável, está fortemente atrelada à perspectiva da maximização dos resultados em benefício do poder concedente ou dos usuários e não tanto à perspectiva da otimização ou redução de custos.

Sob o ponto de vista dos usuários ou do poder concedente, o ganho de eficiência será traduzido pela obtenção do resultado esperado para o cumprimento do indicador de desempenho. O compartilhamento do ganho, desse modo, é efetivado pelo pagamento de uma remuneração que seja proporcional ao risco assumido pela concessionária em relação à possibilidade de cumprir ou não o referido indicador de desempenho, de modo que essa parcela da remuneração variável seja suficiente para remunerar os custos necessários ao atendimento da obrigação, mas em patamar condizente com o resultado esperado. Em outras palavras, o poder concedente obtém o ganho de eficiência em decorrência do atingimento dos parâmetros de qualidade e o compartilha com a concessionária na forma de remuneração adicional.

A constatação objetiva desse equilíbrio, para que a remuneração variável não se torne um prêmio fácil e desproporcionalmente vantajoso à concessionária, ou configure remuneração insuficiente para custear os esforços necessários à sua obtenção nem sempre será fácil. Quanto mais complexo o objeto ou mais suscetível a avanços tecnológicos, mais dificuldade haverá na definição de parâmetros que sejam adequados para compartilhar os ganhos de eficiência esperados.

Ainda assim, há hipóteses em que esse compartilhamento pode ser mais facilmente identificado, em especial caso a remuneração variável esteja atrelada à economia de custos por parte do poder concedente, em lógica semelhante à remuneração do já mencionado contrato de eficiência. Isto é, é possível que o contrato de concessão preveja uma determinada remuneração à concessionária, que será paga independentemente da avaliação de desempenho, condicionada, por exemplo, à disponibilidade da infraestrutura concedida e dos serviços prestados ou à qualidade dos referidos serviços. Em paralelo, o contrato pode prever que, a partir da disponibilidade da infraestrutura e dos serviços, caso tal disponibilidade implique economia à Administração Pública, gerando, portanto, ganhos de eficiência ao poder concedente, a

Administração Pública premie a concessionária com o compartilhamento dos ganhos advindos dessa economia.

Um exemplo nessa linha pode ser extraído de contratos de concessão administrativa cujo objeto seja a expansão e modernização da rede de iluminação pública de um Município. Suponha-se que determinado ente municipal constate a demanda pela instalação de novas unidades de iluminação pública para prover iluminação adequada nas regiões urbanas e, paralelamente, identifique a demanda pela modernização da rede, relacionada à substituição das lâmpadas atualmente instaladas por novas lâmpadas com tecnologia mais atual, como lâmpadas de LED. Essa nova tecnologia, além de viabilizar a melhoria da qualidade da iluminação e maior durabilidade da lâmpada, tem potencial para reduzir o consumo de energia elétrica do Município, refletindo eventualmente na redução do valor pago pela própria Administração Pública municipal pela energia consumida pelas instalações de iluminação pública. Em um cenário como esse, o contrato de PPP pode prever que, uma vez apurada economia do consumo de energia, a concessionária receberá remuneração adicional, somada à contraprestação paga pela Administração Pública, correspondente a determinado percentual da economia gerada.

Essa metodologia foi adotada, ilustrativamente, no contrato de PPP celebrado pelo Município de Belo Horizonte em 2016¹⁵⁹, referente a serviços de iluminação pública. Sem prejuízo do pagamento de contraprestação mensal à concessionária (que inclusive é composta por uma parcela variável calculada a partir de indicadores de desempenho e disponibilidade dos serviços e instalações de iluminação pública) o contrato prevê o pagamento de um “bônus sobre a conta de energia”. O referido bônus, a ser pago anualmente, pode ser recebido pela concessionária na hipótese de o Município se beneficiar com redução nos gastos de energia elétrica superior a 49%, conforme parâmetros previstos no anexo 9 do contrato¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Trata-se do Contrato de Concessão n. AJ016/2016, celebrado em 13 de julho de 2016, tendo por objeto a delegação, por meio de concessão administrativa, dos serviços de desenvolvimento, ampliação, modernização, eficientização energética e operação e manutenção da rede de iluminação pública do Município de Belo Horizonte.

¹⁶⁰ Assim dispõe o referido anexo 9: “decorridos 13 (treze) meses da data de cumprimento ao 5º MARCO, caso seja comprovada redução superior a 49% (quarenta e nove por cento) do valor relacionado ao consumo de energia elétrica da ILUMINAÇÃO PÚBLICA do município, tendo como base o quociente da carga média instalada (kW) e o quantitativo de UNIDADES DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA no mês subsequente ao mês de cumprimento ao 5º MARCO, 90% (noventa por cento) do valor economizado pelo PODER CONCEDENTE, ao longo destes 12 (doze) meses decorridos do mês subsequente ao mês de cumprimento do 5º MARCO, será compartilhado com a CONCESSIONÁRIA, desde que a média aritmética dos valores do FATOR DE DESEMPENHO calculados no período seja maior do que 95% (noventa e cinco por cento) e desde que nenhum dos valores do ÍNDICE DE DESEMPENHO calculados no período seja inferior a 0,80 (oitenta centésimos).

Percebe-se, nesse caso, que o contrato estipulou previamente o pagamento do bônus à concessionária, e inclusive o procedimento para cálculo do valor do bônus e sua periodicidade.

Além disso, o contrato trata o compartilhamento dos ganhos de forma sistemática e coerente com a alocação de riscos entre as partes, com o intuito de incentivar a concessionária a reduzir o consumo de energia do Município, restando pouco espaço para dúvidas no que se refere à relação do compartilhamento desses ganhos de eficiência com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão administrativa.

É que a cláusula 9.2.1 do contrato prevê que os contratos de fornecimento de energia elétrica para iluminação pública, celebrados entre o poder concedente e a empresa distribuidora de energia elétrica, bem como a responsabilidade pelo pagamento das contas de energia correspondentes, permanecem sob a titularidade do poder concedente. Ou seja, a cláusula 9.2.1 aloca para o próprio poder concedente o risco relacionado à variação do consumo de energia elétrica e o respectivo pagamento das tarifas de energia cobradas pela distribuidora. Assim, caso não existissem disposições do anexo 9 do contrato, que estabelecessem expressamente o direito da concessionária ao recebimento do bônus sobre a conta de energia, o poder concedente, responsável pelo risco em questão, se beneficiaria integralmente de quaisquer ganhos relacionados à redução do consumo de energia elétrica. As disposições do anexo 9, neste particular, atuam para excepcionar a consequência da concretização do risco em hipótese específica: caso haja redução do consumo de energia, em determinado período, superior a 49%, a concessionária será beneficiada com um percentual da economia gerada. E a fim de viabilizar essa economia, a cláusula 9.2.2 do contrato prevê que o poder concedente dá poderes à concessionária (sem lhe transferir o risco de variação do consumo de energia) para atuar nos contratos de fornecimento de energia, estando autorizada a adotar medidas como: solicitação de alterações cadastrais da rede de iluminação pública; providências para instalação e homologação de equipamentos de medição de consumo na rede de iluminação pública; e providências para alteração da carga instalada e potencial de perda dos equipamentos, que, além da modernização das lâmpadas, também podem propiciar a redução do consumo de energia.

Vê-se, assim, que, caso a concessionária não atenda à meta de redução necessária para receber o bônus sobre a conta de energia, ela não terá direito a recebê-la e o contrato não será considerado desequilibrado. Da mesma forma, o atingimento da meta, que implique o

Após este período o procedimento se repetirá a cada 12 (doze) meses, sempre tendo como base o valor teórico da conta de energia para aquele período considerando a efficientização de 49% (quarenta e nove por cento), até o final da CONCESSÃO.”

pagamento do bônus pelo Município tampouco representará evento de desequilíbrio contratual, já que o contrato disciplinou a alocação de riscos da variação de energia, alocando-o para o poder concedente, mas excepcionou uma de suas consequências para remeter ao compartilhamento do ganho de eficiência, na hipótese específica de atingimento de economia superior a 49% no período de apuração.

Verifica-se, pois, que a modelagem de mecanismos de remuneração variável pode instrumentalizar o compartilhamento de ganhos de eficiência, de forma coerente com a alocação de riscos contratual, e em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPP. Essa modelagem dependerá de previsão objetiva dos parâmetros contratuais a serem utilizados para o cálculo da remuneração variável e a aferição do desempenho da concessionária, os quais devem ser definidos à luz das características e peculiaridades de cada objeto contratual.

5.3 O compartilhamento de ganhos de eficiência em decorrência da redução do risco de crédito

A Lei de PPPs prevê que os contratos de concessão administrativa e concessão patrocinada devem conter cláusula que preveja o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos da concessionária que sejam decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos contratados pela concessionária. Tal disposição consta do art. 5º, IX, da Lei de PPPs (BRASIL, 2004).

A norma está intrinsecamente ligada aos aspectos financeiros das contratações de PPPs. Enquanto contratos instrumentalizados para a realização de grandes investimentos, a contratação de financiamento, a avaliação e as variações do risco de crédito assumido pela concessionária podem ter grande relevância na execução do projeto concessório.

5.3.1 Definição dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito

Inicialmente, cumpre explorar as condições que caracterizam a obtenção de ganhos econômicos em contratos de PPP, em decorrência da redução do risco de crédito.

Ao mencionar a redução do risco de crédito, a hipótese concreta que o dispositivo da Lei de PPPs visa abarcar está relacionada principalmente ao refinanciamento do projeto, incluindo a renegociação e/ou a possibilidade da contratação de novo financiamento pela concessionária durante a execução do contrato de PPP em condições diversas do financiamento original, que impliquem melhores condições para a concessionária que contrata o financiamento.

Como já explorado neste trabalho, em contratos de longo prazo para a disponibilização e infraestrutura, como são as PPPs, a lógica comum é que a concessionária seja responsável pela realização de grandes investimentos nos primeiros anos do contrato. Tais investimentos são necessários especialmente para garantir a disponibilidade da infraestrutura e viabilizar sua exploração, o que inclusive autoriza o recebimento da contraprestação pública pela concessionária.

Isso quer dizer que as etapas iniciais de uma PPP são caracterizadas por um momento no qual a concessionária suporta riscos mais elevados. Há um grau muito menor de previsibilidade sobre o sucesso da PPP nos seus estágios iniciais do que no período que sucede a realização das obras. A própria previsão da Lei de PPPs que condiciona o pagamento da contraprestação à disponibilização da infraestrutura e início da prestação dos serviços contribui para esse cenário. Nos momentos iniciais da PPP, a concessionária se encarrega de realizar dispêndios vultosos que, via de regra, somente serão remunerados no futuro. Há, necessariamente, um componente de risco muito elevado nesse momento da execução do contrato.

Por isso, uma das consequências da conclusão dos investimentos, que permita o início da exploração da infraestrutura e o recebimento da contraprestação, é justamente a redução dos riscos assumidos pela concessionária. Riscos de atrasos na execução das obras, de obtenção de licenças ambientais e de elaboração de projetos, por exemplo, passam a ser muito menores após a conclusão dos investimentos pela concessionária. O recebimento de receitas por meio do início do pagamento da contraprestação também contribui para a redução dos riscos da concessionária, que passa a contar com maior conforto em seu fluxo de caixa.

Todas essas condições fáticas podem então ser apresentadas ao financiador contratado pela concessionária. Como regra, ao financiar o projeto, o financiador compartilha de uma parcela significativa dos riscos alocados pela PPP à concessionária, já que o pagamento dos juros do financiamento acaba dependendo do próprio sucesso da concessionária em realizar os investimentos e receber a receita correspondente. Esse risco assumido pelo financiador é que

pode ser chamado de “risco de crédito”. E dados esses motivos, na contratação do financiamento inicial, o financiador tende a exigir condições mais onerosas pela concessão do empréstimo, como garantias e juros em patamares mais elevados, em proporção ao mais elevado risco de crédito por ele assumido. Tais condições, no entanto, podem ser alteradas caso o cenário fático se modifique e os riscos da concessionária sejam reduzidos.

Consequentemente, a mitigação ou redução dos riscos da concessionária, no âmbito da PPP, permite a reavaliação e a redução do risco de crédito assumido pelo financiador. Essa reavaliação pode ser tal que o financiador se sinta disposto a renegociar a dívida assumida pela concessionária, reduzindo juros ou garantias a patamares mais confortáveis à concessionária. Como decorrência dessa redução a concessionária experimenta uma margem maior de rentabilidade, já que há a liberação de receitas antes comprometidas com o pagamento da dívida contraída junto ao investidor.

Diante deste panorama seria possível questionar se os ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito poderiam de fato ser caracterizados como ganhos de eficiência da concessionária. De fato, é possível sustentar que a redução do risco de crédito não decorre de postura mais ou menos eficiente da concessionária, mas de consequência lógica e natural da estrutura dos contratos de PPP, de modo que o regular cumprimento do contrato implica a toda e qualquer concessionária a redução dos riscos assumidos ao longo do tempo.

Para os fins deste trabalho, porém, entende-se que eventual questionamento nesse sentido não se sustenta. De acordo com a definição de ganhos de eficiência ora adotada, ganhos decorrentes da redução de risco de crédito se enquadram no conceito analisado: trata-se de uma variação entre custos e produtos que permite ao agente econômico (a concessionária) responsável pelo processo produtivo (o contrato de PPP) produzir o resultado final (disponibilização das infraestruturas e dos serviços objeto da PPP) com um quantitativo menor de recursos iniciais, maximizando seu resultado.

A própria análise da origem de um determinado ganho (se decorrente de esforço da concessionária ou de fatores alheios) pode se revelar problemática. Em casos concretos, pode ser quase impossível determinar se um ganho ou outro decorre efetivamente de esforço adicional da concessionária para ser mais eficiente ou se decorre de terceiros, de fatos naturais ou de qualquer outro fator externo. Tal raciocínio, levado ao extremo, conduziria a uma análise em que a concessionária deve ser considerada em uma espécie de bolha, capaz de isolá-la da influência de fatores de terceiros, o que é efetivamente impossível.

A este respeito, vale trazer à tona crítica expressa por Portugal Ribeiro e Navarro Prado (2007, p. 149) acerca da própria redação do artigo 5º, IX, da Lei de PPPs. O dispositivo se preocupa em identificar a “causa” do ganho econômico, como sendo a redução do risco de crédito. No entanto, como afirmam os autores, na prática é verdadeiramente difícil de se definir as causas do ganho, que pode decorrer de uma mudança macroeconômica do mercado financeiro, alterações de políticas públicas acerca da contratação de PPPs ou mesmo da própria progressão regular e cumprimento normal do contrato de PPP pela concessionária

Com isso não se quer dizer que não seja necessariamente útil avaliar o esforço da concessionária para a geração de determinado ganho, a fim de classificá-lo como ganho de eficiência. Em determinados casos, é possível sustentar que a concessionária possui grau de influência maior ou menor para proporcionar o ganho, o que inclusive motivou o desenvolvimento do modelo tarifário RPI-X+Y, como já analisado anteriormente. Para esses casos, porém, é preciso definir um critério objetivo, que permita esse tipo de avaliação, que dependerá do caso concreto e que possui finalidade puramente pragmática.

Para os fins deste trabalho, no entanto, entende-se que o conceito adotado de ganho de eficiência comporta ganhos decorrentes da redução do risco de crédito, independentemente da origem do referido ganho.

Como já analisado, mesmo a literatura econômica reconhece diversas espécies de ganhos de eficiência, entre elas algumas que, diferentemente dos ganhos de eficiência técnica, não necessariamente decorrem de um esforço ativo da concessionária (como os ganhos de escala, por exemplo, e de um componente dos ganhos de evolução técnica, que se refere à disponibilização de novas tecnologias). E mesmo que fosse este o caso, na hipótese da redução do risco de crédito é cabível sustentar que o esforço da concessionária é componente indispensável dessa redução. Com efeito, sem a efetiva execução do contrato de PPP, e sobretudo com o cumprimento dos marcos contratuais de investimento que dependem da execução efetiva do contrato pela concessionária, não haverá necessariamente uma redução do risco de crédito. Pelo contrário, caso a concessionária não se empenhe em executar o contrato, e dê azo a descumprimentos de obrigações contratuais, é possível que os riscos por ela assumidos sejam majorados.

Por esses motivos, compreende-se que ganhos decorrentes da redução de risco de crédito, independentemente de sua origem, podem ser considerados como ganhos de eficiência passíveis de compartilhamento.

5.3.2 A inspiração no modelo britânico dos contratos de *Private Finance Initiative*

A previsão da Lei de PPPs para o compartilhamento de ganhos decorrentes da redução do risco de crédito não foi novidade criada no direito brasileiro. A Lei de PPPs se inspirou diretamente na experiência britânica de contratação de parcerias público-privadas, caracterizada pelo programa de PFI.

No Reino Unido, o termo “*public-private partnership*”, também chamado pela sigla “PPP”, faz referência a parcerias em geral, celebradas entre a Administração Pública e particulares, para prover serviços relacionados a atividades estatais, nas quais normalmente há um grau elevado de compartilhamento de riscos entre o parceiro público e parceiro privado. Nesse sentido, Boussabaine (2006, p. 3) aponta que qualquer colaboração entre os setores públicos e privados costuma ser referenciada, no Reino Unido, como uma “parceria”. Dessa forma, as PPPs, no contexto britânico, configuram uma forma de relação de longo prazo entre os setores públicos e privados, que pode envolver uma série de modelos mais específicos de contratações, como *joint ventures*, concessões, venda de ativos e participações acionárias detidas por entes públicos em sociedades empresárias, além de modelos baseados em franquias e contratos de terceirização.

Vê-se, assim, que o termo PFI, que na realidade se refere a um programa de governo¹⁶¹, é empregado como uma forma específica de parceria público-privada na Grã-Bretanha, aproximando-se do sentido em que o termo PPP é empregado no Brasil. De acordo com a definição adotada pelo *House of Common Select Committee on Treasury*, os contratos que integram a PFI seguem o princípio de que uma entidade pública contrata determinado serviço, e não apenas o fornecimento de um bem ou a execução de uma empreitada, cabendo ao parceiro privado contratado financiar os investimentos necessários para disponibilizar o referido serviço. Nos contratos de PFI, o parceiro privado pode ser remunerado tanto diretamente pela Administração Pública contratante, quanto pelos usuários privados do serviço, a depender do serviço contratado, assumindo uma parcela de riscos pela execução do objeto do contrato.

¹⁶¹ Como aponta Cossalter (2004, p. 2), a PFI, enquanto programa de governo, possui triplo objetivo: aumentar a capacidade de financiamento do setor público; elevar a qualidade dos serviços objeto do contrato, ao impor critérios de qualidade a serem atendidos pela concessionária; e diminuir a despesa pública.

Embora não haja identidade total entre os contratos de PFI e as PPPs no regime brasileiro, a doutrina costuma apontar semelhanças entre as duas formas de contratação (MODESTO, 2005, p. 46; PRADO; RIBEIRO, 2007, PP. 30-32).

Neste particular, costumam ser apontadas as seguintes aproximações entre ambas as modalidades, sobretudo em relação aos objetivos a serem alcançados: (i) os contratos de PFI e as PPPs brasileiras possuem estrutura econômica semelhante, calcada na exigência de investimento considerável, a cargo da concessionária, para o provimento de infraestrutura relacionada a interesse público, e na amortização desse investimento e remuneração sobre o capital investido por meio da exploração da referida infraestrutura pela própria concessionária; (ii) os contratos de PFI e as PPPs brasileiras buscam transferir riscos relevantes para as concessionárias privadas, com o objetivo de viabilizar ganhos de eficiência, por meio de economia de escala e de escopo, já que a concessionária é responsável não apenas pelo financiamento da infraestrutura, mas ainda pela sua instalação, operação e manutenção; e (iii) os contratos de PFI e as PPPs brasileiras possuem, como uma de suas finalidades básicas a redução de despesas assumidas pela Administração Pública, já que o investimento é contratado e realizado pela própria concessionária.

Feito este breve panorama, cumpre ressaltar que os contratos de PFI seguem um padrão determinado pelas diretrizes constantes da *Standardisation of PFI Contracts* (SoPC), um guia editado pelo Tesouro Britânico, que atualmente encontra-se na sua quarta versão, datada de 2007. Essas diretrizes visam abordar, de forma padronizada, pontos chave usualmente enfrentados na contratação de PFIs, com o objetivo de viabilizar a elaboração de contratos padronizados e coerentes para o atingimento das finalidades públicas (REINO UNIDO, 2007, p. 1).

A SoPC contém, entre diversas outras disposições, um capítulo dedicado ao tema do refinanciamento (REINO UNIDO, 2007, p. 268). O capítulo estabelece princípios básicos a serem observados, a definição de refinanciamento, além de diretrizes para as medidas a serem adotadas na concretização de hipótese de refinanciamento e metodologias de cálculo, tendo em vista os impactos do refinanciamento para a execução do contrato de PFI¹⁶².

¹⁶² Portugal Ribeiro e Navarro Prado (2007, p. 146), assim como Fonseca Martins e Magalhães da Rocha (2019, pp.4-5) descrevem a origem das discussões sobre os ganhos advindos de refinanciamento no contexto britânico. Tais origens remontam ao refinanciamento do *Fazakerley PFI Prison Contract*, o qual foi celebrado antes das diretrizes da SoPC sobre refinanciamento serem formalizadas e que permitiu aos investidores ganhos que foram catorze vezes maiores do que os ganhos auferidos pelo parceiro público quando da conclusão do refinanciamento.

O princípio básico sob o qual deve ser encarado o refinanciamento nos contratos de PFI é o de que o refinanciamento realizado em conformidade com as diretrizes da SoPC pode beneficiar tanto o parceiro público quanto o parceiro privado, de modo que propostas de refinanciamento devem ser incentivadas e consideradas positivas pelo parceiro público (REINO UNIDO, 2007, p. 268).

Por outro lado, como o refinanciamento normalmente dá causa a impactos significativos para a estrutura econômica e financeira do contrato de PFI, a SoPC estabelece que o parceiro público deve ter o direito de ser detalhadamente informado sobre as hipóteses de financiamento pretendidas pelo parceiro privado, além da prerrogativa de autorizar e fiscalizar as condições do refinanciamento (REINO UNIDO, 2007, p. 268).

Dentre essas prerrogativas verifica-se especialmente o direito estatal de se beneficiar com a redução de ônus financeiros suportados pelo parceiro privado que seja resultante do refinanciamento. Dessa forma, a SoPC estabelece que uma divisão pela qual o parceiro privado se beneficia com 50% dos ganhos, enquanto o parceiro público se beneficia dos outros 50%, pode ser considerada razoável.

Ressalta-se que a SoPC ressalva a diretriz de que os referidos ganhos não devem ser compartilhados, caso o desempenho do parceiro privado, no momento do compartilhamento, seja insatisfatório e esteja comprometendo a rentabilidade por ele esperada no projeto. A ideia é que o ganho advindo do refinanciamento seja utilizado, até o valor necessário, para compensar a rentabilidade do parceiro privado.

O ponto de maior sensibilidade em termos práticos, no entanto, está na definição das hipóteses em que se pode considerar que houve refinanciamento para fins do cálculo do compartilhamento do ganho experimentado pela concessionária.

A SoPC possui uma definição genérica, segundo a qual substituições, modificações ou alterações na estrutura, na natureza ou nos termos do financiamento contratado, que aumentem ou acelerem a distribuição para investidores ou redução de seus compromissos em relação contrato de PFI, podem ser consideradas como refinanciamento. Uma lista não exaustiva consta da SoPC para exemplificar operações que podem ser caracterizadas enquanto tal: redução de taxas de juros; redução ou liberação de contas-reserva; aumento do prazo de carência da dívida; aumento do montante da dívida ou outras operações de refinanciamento sem a direta participação do parceiro privado, realizadas, por exemplo por sociedades de propósito específico (REINO UNIDO, 2007, p. 269).

Justamente em razão das diferentes formas que podem ser adotadas para o refinanciamento dos contratos de PFI, a SoPC não estabelece uma metodologia fixa e detalhada para o cálculo dos ganhos e seu compartilhamento. Há apenas diretrizes para que a metodologia possa ser adotada caso a caso (REINO UNIDO, 2007, p. 272). Em síntese, a SoPC fixa diretriz para que a apuração dos ganhos corresponda à diferença, em valor presente, entre as distribuições para os investidores antes e depois da operação de refinanciamento. A taxa de desconto a ser utilizada para o cálculo do valor presente é a própria taxa de retorno do investidor, definida no caso base do projeto.

Dessa forma, uma vez calculado o ganho, a SoPC prevê possibilidade que o compartilhamento seja feito tanto por pagamento direto ao parceiro público, quanto por redução na contraprestação do parceiro privado, assim como por uma combinação dessas duas formas de compartilhamento. Mais uma vez, a SoPC (REINO UNIDO, 2007, p. 274) preza pela flexibilidade e concede margem para que a solução mais adequada seja adotada de forma casuística, a depender das características do contrato de PFI.

5.3.3 Procedimentalização para compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito

A Lei de PPPs se limita a estabelecer que os contratos de PPP devem prever cláusula que estabeleça o compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução de riscos de crédito. Não há qualquer disposição sobre como esse compartilhamento deve ser realizado, em quais patamares e em quais hipóteses.

Por esse motivo, é bastante comum encontrar contratos de PPP celebrados com cláusula que meramente repetem as disposições legais, sem procedimentalizar ou regulamentar o cálculo e a efetivação do compartilhamento desses ganhos. Como consequência, as disposições legais que tratam do tema costumam ter sua eficácia bastante reduzida, já que os contratos deixam de prever a regulamentação necessária para a aplicação da norma legal.

Este cenário é agravado pela já destacada tendência que se verificou na última década de não se prever ou exigir a apresentação de planos de negócio vinculantes por parte da concessionária. A ausência de um caso base, representado pelo plano de negócios da concessionária ou por estudos elaborados pelo próprio poder concedente na fase interna da

licitação, dificulta a identificação de parâmetros que podem ser utilizados para embasar o cálculo dos ganhos com refinanciamentos eventualmente obtidos pelas concessionárias.

Diante deste cenário, e como já repetidamente afirmado neste trabalho, o compartilhamento dos ganhos depende da previsão de normas de caráter procedimental a serem detalhadas no contrato. Somente a previsão de normas dessa natureza é capaz de conceder real eficácia à disposição legal e de viabilizar o compartilhamento em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro. É que a previsão de compartilhamento desse ganho configura uma exceção à matriz de risco, na linha do que já se analisou em momento anterior neste trabalho. Via de regra, o risco de financiamento é alocado à concessionária, que é o agente que tem maior capacidade de gerenciar esse risco, uma vez que ela é a própria contratante do financiamento. Logo, não havendo disposição em contrário, a regra seria de que quaisquer variações decorrentes do risco de crédito deveriam ser suportadas pela concessionária, sendo essas variações positivas ou negativas.

Para que haja o compartilhamento dos ganhos, portanto, é necessário que o contrato excepcione a alocação de riscos, determinando que as consequências da concretização do risco sejam compartilhadas em uma ou outra hipótese entre as partes, não havendo vedação à previsão do compartilhamento apenas na hipótese em que a concretização do risco dê origem a benefícios.

Observando o cenário descrito, de que os contratos de PPP no Brasil não costumam trazer o regramento procedimentalizado do compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito, Fonseca Martins e Magalhães da Rocha (2019, p. 11) sugeriram modelo de cláusula contratual que foi utilizada no contrato de PPP para operação das instalações de iluminação pública do Município de Porto Alegre. A exposição do modelo proposto pode ser enriquecedora para os fins deste trabalho, tendo em vista a possibilidade de análise crítica que vise ampliar os debates sobre o tema que são particularmente escassos na doutrina brasileira.

Ao elaborar o modelo de cláusula procedimental, Fonseca Martins e Magalhães da Rocha (2019, p. 11) identificaram três pontos a serem tratados no âmbito contratual para que fosse concedida eficácia à disposição legal de compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito: (i) a identificação do procedimento para cálculo do ganho econômico no refinanciamento; (ii) a caracterização da conduta do poder concedente que constitui contribuição para a redução do risco de crédito da concessionária e que justifica o

compartilhamento do ganho; (iii) a definição do percentual do ganho atribuído a cada parte; e (iv) a forma de transferência dos valores devidos ao poder concedente.

Em relação ao procedimento, os autores (MARTINS; ROCHA, 2019, p. 12) buscam limitar o compartilhamento dos ganhos verificados em “financiamento de longo prazo”, assim entendido como operação contratada pela concessionária, enquanto devedora, para a obtenção de recursos de terceiros para a execução do contrato de PPP e cuja obrigação de pagamento do principal pela concessionária tenha prazo médio de vencimento superior a cinco anos. Por consequência lógica o refinanciamento constitui operação que altere ou substitua as condições do “financiamento de longo prazo” inicialmente contratado que reduza os juros, as taxas e os encargos devidos pela concessionária. A previsão de que os financiamentos considerados tenham prazo superior a cinco anos é relevante, pois, sob o ponto de vista estritamente contábil, qualquer dívida a ser liquidada após o final do exercício subsequente já é contabilizada como passivo exigível a longo prazo, de modo que esse critério poderia fazer com que muitas operações que não fossem propriamente de financiamento fossem englobadas pela cláusula de compartilhamento de ganhos.

Assim, os autores (MARTINS; ROCHA, 2019, p. 12) propõem que a concessionária elabore o cálculo dos ganhos decorrentes do refinanciamento, tomando por parâmetro o custo total do refinanciamento e do financiamento original, considerando os juros, as taxas e encargos devidos aos financiadores, considerando que o contrato prevê, também, a obrigação da concessionária de apresentar os contratos de financiamento ao poder concedente no momento da sua celebração. Para o cálculo, devem ser considerados os juros, taxas e encargos devidos aos financiadores, sendo que o poder concedente deve ser beneficiado com 20% dos ganhos apurados. Uma vez concluída a apuração pela concessionária, as informações devem ser enviadas à aprovação do poder concedente, que deve se manifestar no prazo de até trinta dias, sob pena de se considerar válido e eficaz o cálculo realizado pela Concessionária. Caso o poder concedente discorde do cálculo, as partes devem buscar um acordo que, não alcançado, resultará na sujeição do tema à arbitragem.

Em relação aos parâmetros para o cálculo (custo total do financiamento e do refinanciamento), a proposição dos autores é coerente com a ausência de previsão de um plano de negócios vinculante, que vem sendo evitada na maioria dos contratos de PPP. Assim, diferentemente do que ocorre nos contratos de PFI, nos quais o cálculo é feito a partir dos impactos positivos do refinanciamento e não do seu custo, já que existe um plano de negócios

que permite esse cálculo, a sugestão de Fonseca Martins e Magalhães da Rocha (2019, p. 11) se baseia nos custos totais.

Por outro lado, observa-se que cláusula proposta pelos autores não explicita uma fórmula de cálculo objetiva a ser seguida, dando apenas diretrizes para que a própria concessionária defina a metodologia a ser adotada. Particularmente, entende-se para os fins deste trabalho que a ausência de metodologia pré-definida pode incrementar o nível de desacordo entre as partes e dificultar a aplicação da cláusula. Assim, é possível se pensar em uma fórmula previamente estabelecida com maiores detalhes que seja aplicada, por exemplo, pelo verificador independente (ou por agência reguladora, se for o caso) quando da celebração do novo financiamento. Esta seria uma proposição com um grau mais elevado de procedimentalização, previsibilidade e transparência para o compartilhamento do ganho.

Em relação à divisão do percentual de compartilhamento, certamente pode haver justificativas para o patamar de 20% definido para o poder concedente. Tal definição deve ser embasada nos estudos de viabilidade econômica realizada para cada caso concreto, já que a Lei de PPPs acertadamente não estabelece um parâmetro fixo.

Um ponto particularmente sensível no modelo proposto por Fonseca Martins e Magalhães da Rocha se refere à previsão de que o poder concedente deve concorrer para os ganhos obtidos pela concessionária. Nesse sentido, a cláusula proposta (MARTINS; ROCHA, 2019, p. 10) prevê que, para que o poder concedente tenha direito ao compartilhamento do ganho, o poder concedente deve: estar adimplente com suas obrigações de pagamento; não ter estado inadimplente por prazo superior a trinta dias e que o saldo da conta de garantia não tenha sido descumprido por mais do que noventa dias; e estar adimplente em relação à observância dos prazos para análise de pleitos de reequilíbrio. Além disso, é necessário que as condições mais favoráveis do refinanciamento não decorram da prestação e garantias adicionais pela concessionária ou seus acionistas.

A rigor, a previsão de condições para o poder concedente não é ilegal e pode servir de incentivo para o cumprimento de obrigações contratuais. Por outro lado, é importante deixar claro que não há qualquer necessidade de que o poder concedente tenha concorrido para a obtenção do ganho pela concessionária. A Lei de PPPs não prevê essa obrigatoriedade, sendo que cada contrato pode ou não prever tais condições. O fato de que a concessionária será beneficiada com a obtenção dos ganhos, ainda que não tão beneficiada caso não houvesse o dever de compartilhamento, já serve de incentivo para que a concessionária intente obter condições mais vantajosas de financiamento ao longo da execução contratual.

Por fim, a cláusula proposta pelos autores prevê que o compartilhamento deve ser formalizado, taxativamente, pela redução do valor da contraprestação a ser paga nos meses faltantes para a amortização do refinanciamento (MARTINS; ROCHA, 2019, p. 13). O objetivo dessa previsão é permitir que o compartilhamento se concretize à medida que o ganho é efetivamente realizado, em alternativa à solução de submeter a concessionária à obrigação de obter o ganho de forma “parcelada” enquanto o poder concedente seria beneficiado pelo ganho de forma “à vista”. Nesse sentido, trata-se de solução isonômica e coerente com a lógica financeira do refinanciamento.

6 CONCLUSÃO

O aprofundamento dos estudos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs é essencial em vista da sua complexidade e da relevância que esses contratos assumiram nas últimas décadas no contexto jurídico e político brasileiro.

Por isso, o tema do compartilhamento de ganhos de eficiência e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro se mostra particularmente sensível, haja vista os aspectos econômico-financeiros típicos dos contratos de concessão comum e PPPs e a própria busca pela eficiência como um dos principais fundamentos para a delegação de atividades estatais à iniciativa privada por meio desses instrumentos contratuais.

Neste contexto, partindo da investigação do tema-problema deste trabalho, conclui-se que:

1. A cooperação no âmbito da Administração Pública possui fundamentos sólidos, tanto na perspectiva teórico-dogmática, a partir da função diretiva do direito administrativo, quanto na perspectiva jurídica, em face das exigências de legitimação democrática e de eficiência impostas à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, o que se reflete diretamente na celebração dos contratos de concessão comum e PPPs.

2. Assim, as concessões comuns e PPPs podem ser caracterizadas como instrumentos da administração cooperativa, pois são invariavelmente marcadas pela composição de interesses públicos e privados no âmbito contratual, que convergem ainda que parcialmente para a realização de investimentos relevantes em infraestrutura pública e para a provisão de serviços à Administração Pública ou aos cidadãos, na condição de usuários diretos ou indiretos, com vistas a atender finalidade de interesse público.

3. Neste cenário, o equilíbrio econômico-financeiro representa aspecto jurídico fundamental para assegurar a adequada composição dos interesses dos diferentes agentes envolvidos na contratação de concessões comuns e PPPs.

4. A fim de viabilizar o adequado tratamento a cada caso concreto, o ordenamento jurídico brasileiro eleva o contrato à condição de instrumento normativo principal para a definição das bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro, sendo que a alocação de riscos constitui elemento primordial dessas bases, especialmente para a caracterização do caráter dinâmico que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs pode assumir em cada caso concreto.

5. Partindo dessa premissa, a alocação de riscos configura a base normativa que permite a avaliação da obtenção de ganhos de eficiência, no decorrer da execução contratual, em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPP.

6. Não havendo regra específica em sentido contrário, a parte responsável assume todas as consequências econômico-financeiras decorrentes da concretização de um evento classificado como risco a ela alocado pelas normas contratuais, sejam essas consequências negativas, sejam essas consequências positivas, como a própria obtenção de ganhos de eficiência.

7. A regra, portanto, é que ganhos que decorram de fatores alocados como riscos a uma determinada parte do contrato não implicam o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, de modo que aquela parte pode se beneficiar integralmente dos referidos ganhos.

8. Por outro lado, a legislação aplicável às concessões comuns e PPPs contém previsões que autorizam o compartilhamento dos ganhos de eficiência entre as partes, configurando hipótese que excepciona uma das consequências normativas da alocação dos riscos pelo contrato: a de que a parte responsável pode auferir a integralidade dos ganhos obtidos.

9. Justamente por se tratar de exceção às normas que compreendem as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro, entende-se que a previsão do compartilhamento de ganhos de eficiência deve ter sede contratual, ainda que remeta a procedimentos e/ou parâmetros complementares que possam ser detalhados em regulamento extracontratual.

10. Contudo, a alocação contratual de riscos isoladamente não é capaz de assegurar o compartilhamento de ganhos de eficiência de forma condizente com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, é necessária a instrumentalização do procedimento de apuração e compartilhamento dos ganhos, assim entendida a previsão de normas de caráter procedimental que determinem os sujeitos, os parâmetros, as finalidades, as fases processuais e os meios de instrução do procedimento para apuração e compartilhamento dos ganhos de eficiência em cada contrato.

11. Assim, verifica-se que a alocação de riscos e a previsão de normas procedimentais coerentes, que mantenham a eficácia da alocação de riscos sem distorcê-la de forma indevida, representa aplicação efetiva das regras de direito administrativo enquanto normas de direção, que podem induzir comportamentos para o atingimento de finalidades previstas no ordenamento jurídico em atendimento ao interesse público.

12. Em contrapartida, a ausência de normas procedimentais não apenas inviabiliza o compartilhamento efetivo dos ganhos de eficiência entre as partes como dá margem à distorção da alocação de riscos ou ao emprego indevido e ilimitado do caráter dinâmico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum e PPPs como fundamento para condutas autoritárias ou unilaterais das partes para se beneficiar, indevidamente, dos ganhos de eficiência verificados no decorrer do contrato.

13. Nesse sentido, existem diversas formas de instrumentalização do compartilhamento de ganhos de eficiência em conformidade com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão comum e PPPs, de modo que a legislação não limita a utilização de uma ou outra forma e nem proíbe o desenvolvimento de novos mecanismos aplicáveis para cada caso concreto. Ilustrativamente, foram analisadas neste estudos três delas: o compartilhamento por meio da previsão de modelos tarifários pelo preço do serviço, que incentivem e viabilizem o compartilhamento dos ganhos de eficiência; o compartilhamento mediante mecanismos de remuneração variável; e o compartilhamento dos ganhos decorrentes da redução do risco de crédito, nos termos previstos na Lei de PPPs. Em todos esses casos, a instrumentalização do compartilhamento dos ganhos de eficiência deve ser coerente com a alocação de riscos contratual, além de ser embasada em normas de caráter procedimental.

14. Enfim, entende-se que a hipótese levantada nesta pesquisa restou parcialmente confirmada, de modo que, para além da necessária coerência com a alocação de riscos contratual, o compartilhamento de ganhos de eficiência em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão comum e PPPs depende essencialmente da previsão de normas de caráter procedimental no contrato, que definam o processo a ser observado pelas partes para apuração e compartilhamento dos ganhos de eficiência.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, L. L. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, F. D. M. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, F. D. M. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. In.: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3, n. 12, out/dez, 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 69-94.

AMARAL, A. C. *A cláusula de “desconto de reequilíbrio” nos editais de licitação para concessão de rodovias federais*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2013/c191.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

ARAGÃO, A. S. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In.: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte, 2019, pp. 35-56.

ARAGÃO, C. V. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. In.: *Revista do Serviço Público*. s. 1, v. 48, n. 3, pp. 104-132, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391>. Acesso em: 3 jul. 2020.

ARAÚJO, F. D. Repactuação e equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. In.: BICALHO, A. P. N.; DIAS, M. T. F. (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 73-87.

AUBY, J. B. *Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere*. Public law, n 1, p. 40-57, Spring: 2007.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro. In. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 21-29, jan/mar, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47123/45700>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Melhoramentos, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. Natureza jurídica da concessão do serviço público. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. V. 2, n. 3, Porto Alegre, 1951. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/65847/37829>>. Acesso em 12 dez. 2020.

BARBOZA, J. C. M.; SCHIRATO, V. R. Levando a sério a remuneração nos contratos públicos de longo prazo. In: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte, 2019, pp. 605-620.

BARNES, J. La perspectiva de los modelos y de las estrategias regulatorias como criterio de análisis, sistematización y diseño legal de los procedimientos administrativos. In.: BARNES, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Derecho Global-Global Law Process, 2008, pp. 31-62.

BATISTA JÚNIOR, O. A. O Estado Democrático de Direito Pós-Providência Brasileiro em busca da Eficiência Pública e de uma Administração Pública mais Democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 119-158, 1 jul. 2008. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/71>>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BATISTA JÚNIOR, O. A. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, E. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, E. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In.: BITENCOURT NETO, E; MARRARA, T. *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 45-73.

BRAGANÇA, G. G. F.; CAMACHO, F; T. Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (fator x). In.: IPEA. *Radar – Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*. n. 22, nov. 2012. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/121114_radar22_cap1.pdf. Acesso em: 22 mai. 2021, pp. 8-15.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Relatório de Análise de Impacto Regulatório n. 8/2019-SEM/ANEEL. Anexo da Nota Técnica nº 94/2019-SRM/ANEEL. *Processo no 48500.000396/2019-07*. 23 ago. 2019. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38514&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseR>

euniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. 4 de set. de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.731, de 20 de março de 2006. Dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e aprova o seu regulamento. *Diário Oficial da União*. 20 de mar. de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5731.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 8.031 de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 13 de abr. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8031.htm> . Acesso em 22 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 21 de jun. de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 13 de fev. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 9.491 de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 9 de set. de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm> . Acesso em 22 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 26 de dez. de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 10.233, de 5 junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras

providências. *Diário Oficial da União*. 5 de jun. de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 26 de abr. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 17 de jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*. 30 de dez. de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. *Diário Oficial da União*. 5 de jan. de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11445compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. *Diário Oficial da União*. 4 de ago. de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de

setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 3 de jan. de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 1º de ago. 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*. 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm> . Acesso em 22 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.334 de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 13 de setembro de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm> . Acesso em 22 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. *Diário Oficial da União*. 15 de jul. de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*. 1º de abril de 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 586 /2001*. Plenário Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2001. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A586%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.366 /2003*. Plenário Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1366%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.047 /2006*. Plenário Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2047%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.154 /2007*. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar.. Brasília, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2154%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.104/2008*. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2104%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520> Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.055 /2011*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues Brasília, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1055%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520> Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.927/2011*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1193182%22>>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.302/2012*. Plenário Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2032%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.573/2012*. Plenário Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em: <

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2573%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 1.974 /2013*. Plenário Relator: Min. Augusto Sherman. Brasília, 2013. Disponível em: <>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 86/2015*. Plenário Relator: Min. Brasília, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1974%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 290 /2015*. Plenário Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A290%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 283 /2016*. Plenário Relator: Min. Brasília, 2016. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A283%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 943 /2016*. Plenário Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 2016. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2247%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 2.247 /2018*. Plenário Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2247%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 174 /2019*. Plenário Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A174%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 1.096 /2019*. Plenário Relator: Min. Bruno Dantas. Brasília, 2019. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1096%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.611/2020*. Plenário Relator: Min. Ana Arraes. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2611%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 26 jan. 2021.

CASSESE, S. New paths for administrative law: a manifesto. In.: *International Journal of Constitutional Law*. V. 10, n. 3. Jul. 2012, pp. 603-613. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

CAMACHO, F.T; RODRIGUES, B. C. L. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado. In.: BNDES, *Revista do BNDES*, v. 41, jun. 2014. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014, p. 257-287.

CÂMARA, J. A. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: melhoramentos, 2004.9

CAMPOS FILHO, L.; PIRES, A. Investimentos em setores de infra-estrutura, a questão da regulação do monopólio natural e a defesa da concorrência. In: CASTRO, A. C. (Org.). *Desenvolvimento em debate*. v. 2. Rio de Janeiro: Mauad, 2002, pp. 281-303.

CORREIA, J. M. S. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC*, v. 16, n 63, 2016. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/42>>. Acesso em: 15 set. 2019.

COSTA, F. D. C. A nova lei de concessões de serviços públicos. In.: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 97-110, out. 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46623/46358>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CRETELLA NETO, J. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

DAL POZZO, A. N.; JATENE, P. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In.: JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. Transformações do Direito Administrativo. In.: *Revista de Direito da Administração Pública*. v. 1, n. 2, jun/dez. Rio de Janeiro, 2016, pp. 185-211.

DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DUTRA, P.; REIS, T. *O soberano da regulação*. São Paulo: Singular, 2020. Livro eletrônico.

EUROPA. *Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014*. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

FRANÇA. Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178. *Recueil Lebon*. 11 de mar. De 1910. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007635472/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

FRANÇA. Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, 59928. *Recueil Lebon*. 30 de mar. de 1916. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

FRANZIUS, C. *Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2006. Disponível em: <<http://userpage.fu-berlin.de/~europe/team/FranziusC/texts/Funktionen.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

FREITAS, R. V. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, R. V.; MARQUES NETO, F. A. M. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORTINI, C. *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FORTINI, C. PIRES, P. G. C. Equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In.: JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GABARDO, E; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. Disponível em: <http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150520163631_22.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

GAMELL; D. A.; NAVARRO PRADO, L. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In.: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 251-269.

GARCIA, F. A. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2018. Disponível em: < <https://eg.uc.pt/handle/10316/90629> > Acesso em: 29 nov. 2020.

GARCIA, F. A. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Melhoramentos, 2019.

GITMAN, L. J.; ZUTTER, C. J. *Principles of Managerial Finance*. 14 ed. Boston: Pierce, 2015.

GRILO, L. M. *Modelo de análise da qualidade do investimento em projetos de parceria público-privada (PPP)*. Tese (Doutorado em Engenharia). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3146/tde-30092008-154321/publico/TESE_Leonardo_Grilo_2008_07_20.pdf >. Acesso em: 28 nov. 2020.

GONÇALVES P. A. P. C. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. In.: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=96053>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

GONÇALVES, P. A. P. C. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, P. A. P. C. Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In.: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 325-337.

GONZÁLEZ, J. A. Actuación material e informalidade: el ejemplo de la concertación com la Administración. In.: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. N. 41-42. Zaragoza, 2013, pp. 123-172. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4486255.pdf> >. Acesso em: 02 fev. 2021.

GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo: el acto administrativo*. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 1999.

GUIMARÃES, F. V. *Concessão de Serviço Público*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, F. V.; MOREIRA, E. B. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUIMARÃES, F. V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, E. B.(Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 99-117.

GUZELA, R. P.; MOREIRA, E. B. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, E. B.(Coord.). *Tratado*

do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 421-441

HART, O. Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. In.: *The Economic Journal*, v. 113, n. 486, Conference papers, mar. 2003. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, pp. C69-C76. Disponível em: < <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontractsandpublicownershipej.pdf> >. Acesso em: 10 set. 2019.

HENDRIKSEN, E. S.; VAN BREDA, M. F. *Teoria da contabilidade.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HOFFMANN-RIEM, W. Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. In: HOFFMANN-RIEM, W. SCHMIDT-ABMANN, E. (Org.). *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft.* Baden-Baden, 2004, pp. 11-72.

JUSTEN FILHO, M. Concessão de serviço público e equação econômico-financeira dinâmica. In.: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* Ano 16, n. 61, jan./mar. de 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 171-191.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas.* São Paulo: Thomson Reuters, 2021. Livro eletrônico.

JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões.* São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPPs. In.: JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KNIGHT, F. H. *Risk, Uncertainty and Profit.* Boston: Houghton Mifflin Company, 1921.

LOUREIRO, C. S.; MARQUES NETO, F. A. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 135-157.

LOUREIRO, G. K. *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão.* São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LOUREIRO, G. K.; NÓBREGA, M. Ingenuidades, mistificações e meros equívocos: ainda e sempre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público. 2020. Disponível em: < <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Reequilíbrio-Contratos-incompletude-e-na%CC%83o-ergocidade-GK-MN.pdf> > Acesso em: 03 abr. 2021.

LOUREIRO, G. K. Revisão tarifária periódica – sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro e o papel do direito em sua construção pelo regulador. In.: DA ROCHA, F. A. (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III)*. Rio de Janeiro: Synergia, 2014. Disponível em: < https://gustavokaercher.com.br/wp-content/uploads/2020/05/418_REVISAO_TARIFARIA_PERIODICA_-SUA_INT.pdf > . Acesso em: 28 mar. 2021.

MAURER, H. *Derecho Administrativo Alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3143>>. Acesso em: 03 mar. .2019.

MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, A. F. F.; ROCHA, L. M. M. Compartilhamento de ganhos econômicos decorrentes de refinanciamento em PPPs: onde estamos e uma proposta de nova abordagem para o tema na PPP de IP de Porto Alegre. In.: *Revista de Contratação e Gestão Pública*. Fórum: Belo Horizonte, ano 18, n. 216, dez. 2019.

MEDAUAR, O. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. In.: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1 , n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80288>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIER, K. J.; O'TOOLE JR. L. J. *Public management: organizations, governance and performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 51, n. 2, p. p. 105-119, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 13 maio. 2021

MONTEIRO, V. C. C. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112009-131838/publico/Vera_Cristina_Caspari_Monteiro_Tese.PDF>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MOREIRA, E. B. Apresentação. In: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2 ed. elo Horizonte: Fórum, 2019a, pp. 19-30.

MOREIRA, E. B. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2 ed. elo Horizonte: Fórum, 2019b, pp. 89-98.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2018.

MOREIRA, E. B. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

MOREIRA, E. B. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, D. F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, pp. 129-156, jan. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

MOREIRA NETO, D. F. *o Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NÓBREGA, M. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. In. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. N. 19, mai., jun. jul. Salvador, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380>> Acesso em: 02 fev. 2021.

PARETO, V. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

PEREZ, M. A. *O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PRADO, L. N.; RIBEIRO, M. P. *Comentários à Lei de PPP parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

RIBEIRO, M. P. *20 anos da Lei de Concessões & 10 anos da Lei de PPPs*, 2014. Disponível em <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-ppps-20anos-lei-concessoes.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

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

RIBEIRO, M. P. *Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal*. 2013. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/erros-e-acertos-versao-4.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2020.

RIBEIRO, M. P.; SANDE, F. *Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR – Taxa Interna de Retorno para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos: um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo*. 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771770>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SCHMIDT-ABMANN, E. Cuestiones Fundamentales sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In.: BARNES, J. (Coord.) *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006.

SCHMIDT-ABMANN, E. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marical Pons, 2003.

SCHMIDT-ABMANN, E. *Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWIND, R. W. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf>. Acesso em 12 mar. 2021.

SILVA, M. A. B.; PEREIRA, F. H. U. As parcerias público-privadas e a plástica nos contratos de concessão no Brasil. In.: JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SUNDFELD, C. A. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In.: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 15-44.

SZTAJN., R. Law and economics. In.: SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D. (Org.) *Direito & economia*. São Paulo: Elsevier, 2005, pp. 74-82.

TÁCITO, C. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In.: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63, mai. 1961. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

TÁCITO, C. O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos. In.: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 187, mai. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44977>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

VASCONCELOS, A. S. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília, 2004. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2020.

VILLANI, A. A. O risco no regime jurídico das concessões: análise comparativa da diretiva 2014/23/EU da União Europeia e da legislação brasileira. In.: MOTA, M. J. P.; MOURA, E. A. C.; PEIXINHO, M. M. *Contratação, delegação e parcerias da Administração Pública: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, pp. 127-151.

VOßKUHLE, A; WISCHMEYER, T. The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany. In.: ROSE-ACKERMAN;

S; LINDSETH, P. L. (eds.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Edward Elgar Publishing. 2016. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2844461> >. Acesso em 20 dez. 2020.

YESCOMBE, E. R. *Public private partnership: principles of policy and finance*. Burlington: Elsevier, 2007.

ZOCKUN, M. G. P. *Concessão de serviço público: competência legislativa e modalidades*. *Jornal Jurid*, ISSN 1980-4299. 2007. Disponível em: < <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/concessao-de-servico-publico-competencia-legislativa-e-modalidades> > Acesso em: 10 out. 2020.