

DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NAS
CONCESSÕES
RODOVIÁRIAS

CBIC

DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NAS
CONCESSÕES
RODOVIÁRIAS

correalização



realização



DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

Brasília-DF, Abril de 2018.

Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC

Presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC

José Carlos Martins

Presidente da Comissão de Infraestrutura - COP/CBIC

Carlos Eduardo Lima Jorge

Gerente de Negócios e Projetos - CBIC

Geórgia Grace Bernardes

Gestora dos Projetos de Infraestrutura - CBIC

Denise Soares Putzke

Conteúdo

Fernando Vernalha Guimarães

Angélica Petian

Regina Costa Rillo

Larissa Quadros do Rosário

Concepção visual e diagramação

Luiz André Velasques

Carlos Eduardo Araujo

Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC

SBN - Quadra 01 - Bloco I

Ed Armando Monteiro Neto, 3º e 4º andar

CEP: 70040-913 | Telefone: (61) 3327-1013

Email: cop@cbic.org.br

www.cbic.org.br - www.facebook.com/cbicbrasil

Todos os direitos reservados 2018. ©

DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NAS **CONCESSÕES** **RODOVIÁRIAS**

correalização



realização



AUTORES



FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Pós-Doutor em Direito pela Columbia University (NY, USA). Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Público convidado da FGV-RJ. Autor de diversos livros na área de infraestrutura, dentre eles Parceria Público-Privada (Ed. Saraiva) e Concessão de Serviço Público (Ed. Saraiva). Tem figurado como legal advisor nos principais projetos de infraestrutura do país. É sócio-fundador do VGP Advogados.

fernando.vernalha@vgplaw.com.br



ANGÉLICA PETIAN

Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da Escola Paulista de Direito e da Cogea-PUC-SP. Diretora da Associação Paulista de Direito Administrativo (APDA). É sócia-coordenadora da área de infraestrutura do VGP Advogados.

angelica.petian@vgplaw.com.br

AUTORES



REGINA COSTA RILLO

Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e em Administração pelo CEAG - FGV/SP. É sócia da área de infraestrutura do VGP Advogados.

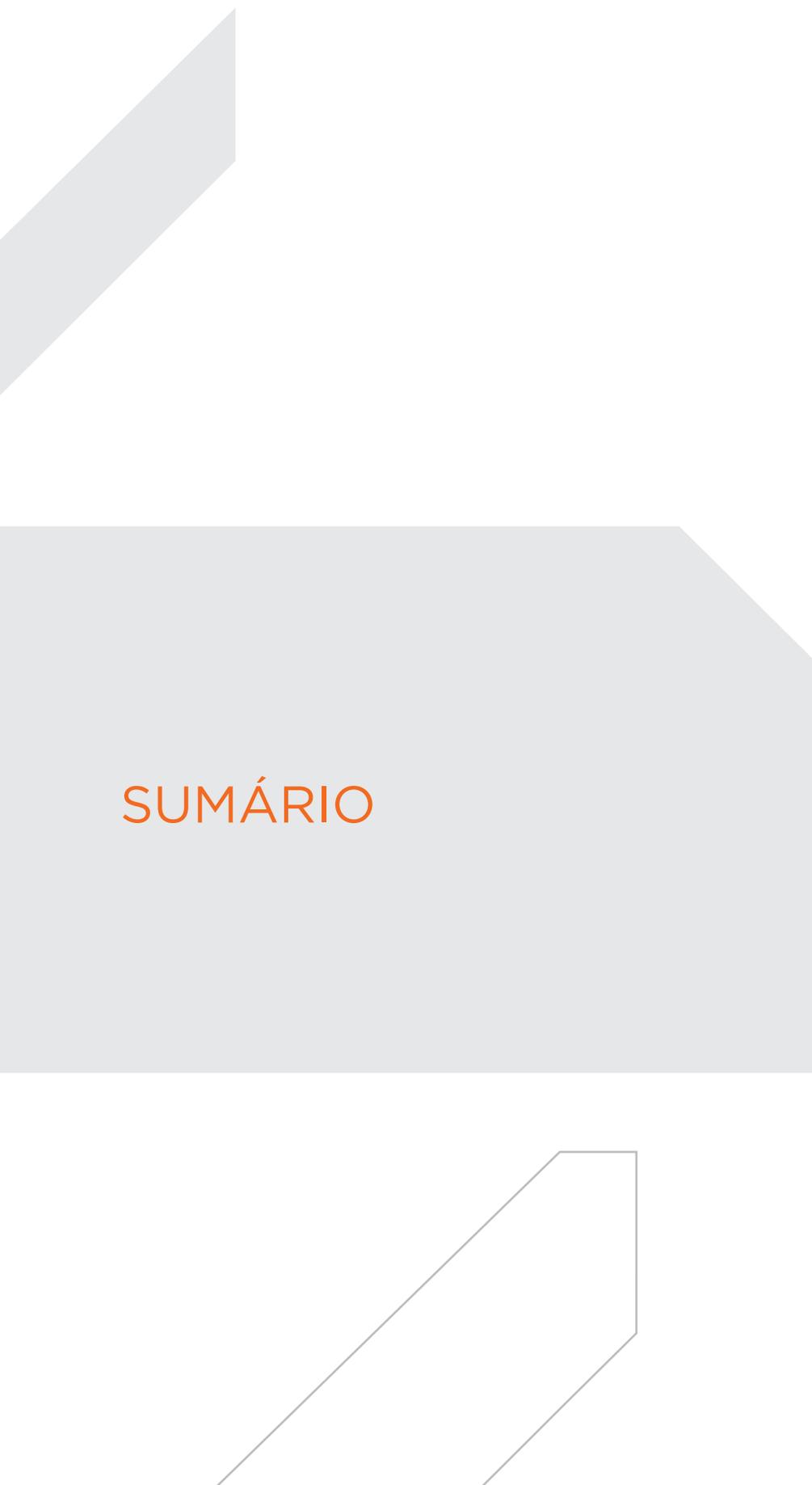
regina.rillo@vgplaw.com.br



LARISSA QUADROS DO ROSÁRIO

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). É integrante do 3º Programa Trainee Acadêmico na área de infraestrutura do VGP Advogados.

larissa.rosario@vgplaw.com.br



SUMÁRIO

PARTE GERAL

- | | |
|---|----|
| 1. O histórico de tratamento de riscos nos contratos de concessão no Brasil | 20 |
| 2. Premissas Jurídicas a orientar a alocação de riscos | 23 |
| 3. Premissas Econômicas a orientar a alocação de riscos | 25 |
| 4. Precedentes relevantes do TCU relativamente a riscos
relacionados a obras de engenharia | 30 |
| 5. Os riscos em concessões rodoviárias | 33 |

PARTE ESPECIAL

- | | |
|---|----|
| 6. Principais riscos em concessões rodoviárias e sua alocação | 44 |
|---|----|





APRESENTAÇÃO



José Carlos Martins

Presidente da Câmara Brasileira
da Indústria da Construção - CBIC



Carlos Eduardo Lima Jorge

Presidente da Comissão de
Obras Públicas, Privatizações
e Concessões da CBIC

APERFEIÇOAMENTO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS E INFRAESTRUTURA

Um dos problemas recorrentes que tem afetado os projetos de Infraestrutura é sem dúvida o da insegurança jurídica em seus diversos matizes. Falta de regulação adequada, legislação subjetiva, descumprimento de contratos – são alguns aspectos que originam tal insegurança, afastando investidores ou mesmo onerando os contratos ao refletirem fatores imponderáveis.

A CBIC – Câmara Brasileira da Construção vem desenvolvendo diversos trabalhos que objetivam reduzir o campo das inseguranças contratuais, contribuindo assim para a expansão e para a regularidade das obras de Infraestrutura.

Um dos instrumentos de grande eficácia para esse controle é o que se convencionou chamar de “Matriz de Riscos” – que identifica antecipadamente as possíveis intercorrências ao longo da execução do contrato, atribuindo o gerenciamento de cada risco à parte que o fará a custos mais baixos e com mais eficiência.

A Matriz de Riscos assume papel preponderante nos contratos de Concessões e PPPs (Parcerias Público-Privadas), seja pela sua característica de maior complexidade, seja pelos longos períodos que envolvem sua execução. O aperfeiçoamento desse instrumento e sua maior utilização poderão contribuir significativamente para expansão dos projetos de Infraestrutura no país.

Com essa preocupação, a CBIC, em parceria com o SENAI, preparou o presente trabalho com foco no setor rodoviário, historiando a alocação de riscos contratuais e oferecendo sugestões concretas para sua otimização. Trabalho desenvolvido pelo escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (VGP), com vasta experiência no tema.

Bom proveito.





INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Concessões e PPPs são contratos complexos, que regem uma ampla gama de direitos e obrigações, e cuja execução se projeta durante longos períodos. As diversidades de escopos que podem estar integrados e acumulados no objeto da concessão ou da PPP, assim como a sua alta longevidade (uma característica marcante desses contratos são prazos alongados, proporcionados à necessidade da amortização dos investimentos aportados pela concessionária), acabam por torná-los suscetíveis a muitas vicissitudes ao longo de seu ciclo de vida.

Precisamente em razão de sua exposição a riscos diversos, uma preocupação marcante com a estruturação de concessões e PPPs está na suficiente identificação dos riscos que lhe são inerentes e na sua conseqüente alocação à responsabilidade das partes contraentes. Trata-se de compor aquilo que se convencionou chamar de “matriz de riscos” da concessão, que retrata a alocação ex ante dos riscos identificados à responsabilidade de cada uma das partes. Ela é entendida como a “delimitação da responsabilidade de cada parte em relação às principais contingências (ordinárias e extraordinárias) que podem acometer a relação jurídico-contratual”.¹

O objetivo dessa alocação dos riscos no plano do contrato é conferir maior segurança às partes, relativamente às intercorrências contratuais, assim como propiciar a melhor estrutura de custos para o contrato. Afinal, a matriz de riscos de concessões e PPPs não apenas compõe o seu conteúdo econômico-financeiro fundamental, mas é responsável pela calibragem da eficiência da concessão, por manter uma relação direta com sua estrutura de custos. Na medida em que as partes incorrem em diferentes custos para gerenciar cada um dos riscos catalogados, a assunção do risco por uma ou pela outra parte terá impacto direto na estrutura de custos desses contratos. A alocação de riscos pode funcionar, por isso, como uma chave para propiciar a redução do somatório de custos envolvidos na contratação, na medida em que cada parte possa arcar com os riscos que consegue gerenciar a custos mais baixos do que a outra.

A capacidade das partes em alocar riscos no plano do contrato é, assim, um ponto crítico para o sucesso de concessões e PPPs. Apesar disso, o tema não tem merecido a devida importância no contexto da experiência brasileira com esses contratos. Não seria exagero afirmar que boa parte de concessões e PPPs mal-sucedidas que tivemos se deve a matrizes de riscos vagas ou ineficientes. Mais do que isso, não raramente temos assistido à repetição de erros do

¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público, 2ª edição. Saraiva, 2014, p. 322.

passado em relação à distribuição de riscos². É preciso, pois, aprofundar o debate sobre o assunto, que se afigura particularmente relevante no atual contexto de reformas estruturantes no país.

Com esse propósito, o presente texto pretende oferecer alguma contribuição ao aperfeiçoamento das práticas de alocação de riscos em contratos de concessão e PPP no Brasil, particularmente voltados ao setor rodoviário.

² Um exemplo vem das concessões rodoviárias e aeroportuárias desencadeadas depois da crise macroeconômica de 2014. Apesar dos gravíssimos problemas originados pela crise no âmbito dessas concessões, particularmente deprimindo a demanda a níveis insustentáveis, os novos contratos seguiram alocando acriticamente o risco de demanda integralmente à concessionária (conforme, por exemplo, se depreende do item 5.4.3 da minuta de contrato de concessão aeroportuária do “Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins”). Ainda que esses contratos tenham acolhido a alocação do risco de caso fortuito e força maior à responsabilidade poder concedente, o que pode autorizar a conclusão de que a crise econômica, a depender de seu enquadramento, ensejaria o reequilíbrio contratual não em função propriamente da materialização do risco de demanda, mas da materialização de um evento de caso fortuito (crise macroeconômica de proporções singulares), fato é que a alocação do risco de demanda à concessionária acabará por ensejar interpretações restritivas dos reguladores quanto aos pleitos de reequilíbrio, abrindo a porta para acentuadas instabilidades nessas concessões. Trata-se de uma hipótese típica de alocação genérica e insuficiente do risco de demanda. Uma alternativa a isso estaria no acolhimento do compartilhamento entre poder concedente e concessionária dos riscos positivos e negativos de demanda, conforme adiante proposto neste estudo.





I. PARTE GERAL

Levantamento histórico e premissas jurídico-econômicas a orientar a alocação de riscos em contratos de concessão e PPP no setor rodoviário

1.O HISTÓRICO DE TRATAMENTO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL

Embora a experiência com concessões no Brasil remonte ao início do século passado, as concessões rodoviárias mais recentes surgem em meados da década de 90, embaladas pela tendência de reforma do Estado e do traspasse de atividades à iniciativa privada. Ainda antes da legislação nacional sobre o tema (lei nº 8.987/95 e lei nº 9.074/95), as concessões rodoviárias surgidas no início da década de 90 eram orientadas a partir das premissas normativas então existentes, notadamente a lei federal nº 8.666/93³. Discussões acerca de alocação e gerenciamento de riscos não compunham, ainda, nesta época, o repertório dos temas relevantes relacionados às concessões no Brasil.

O enfrentamento do assunto surgiu de modo mais específico com a aplicação da teoria das áreas, que permeou a interpretação do art. 2º, inc. II da lei nº 8.987/1995. Referido dispositivo legal prevê que, na concessão, a prestação do serviço público pela concessionária se dá “por sua conta e risco”. Essa previsão ensejou o entendimento de que o regime da concessão implicaria a transferência dos riscos de exploração do negócio à concessionária, que deveria responder pelas incertezas e vicissitudes naturais relativas à gestão do empreendimento. Os riscos na concessão compunham, simplificada, duas categorias mais abrangentes: riscos ordinários do negócio x riscos extraordinários, caracterizados por eventos supervenientes e imprevisíveis à contratação (à celebração da proposta). É com base nesta dicotomia – que, de resto, se deve à extensão às concessões do dispositivo da alínea “d” do inc. II do art. 65 da lei nº 8.666/93 -, derivada da teoria das áreas, que a alocação de riscos extracontratuais era realizada (como regra, feita ex post, pelo juiz, no âmbito de litígios que versavam sobre a responsabilidade sobre riscos materializados). Mas essa taxonomia orientou também, em alguma medida, a própria elaboração dos contratos de concessão do período (a alocação ex ante dos riscos), que apresentavam matrizes de riscos genéricas e baseadas nestes grupos de riscos.

Segundo a teoria das áreas, os riscos pertencentes à área ordinária são percebidos como

³ DINORA GROTTI destaca que as “Constituições Federais de 1934 (art.137), de 1946 (art.152), de 1967 (art.160) e a EC 1/69 (art.167) previam a edição de lei sobre o regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão e essa lei nunca foi promulgada”. No âmbito da Constituição Federal de 1988, o artigo 175 dispõe que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, impondo nesses últimos casos a prévia licitação, a prestação de serviços públicos. Em vista do dispositivo constitucional, diversos estados e municípios editaram leis específicas para regular a matéria. Por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro (lei estadual nº 1.481/1989) e o Estado de São Paulo (lei estadual nº 7.835/1992, alterada pela lei estadual nº 9.056/1994). Referidas legislações locais, no entanto, tiveram a eficácia de suas disposições suspensa, no que contrariavam as normas gerais contidas nas leis de âmbito nacional que sobrevieram posteriormente, como as leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95. GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. Op. Cit., p. 11.

riscos normais do negócio e, portanto, geridos integralmente pela concessionária⁴. São considerados previsíveis e, ainda que causem certo desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, não são capazes de impor ao poder concedente o dever de indenizar os prejuízos percebidos pela concessionária⁵. De outro lado, os riscos integrantes da álea extraordinária, por estarem além da capacidade de gestão da concessionária, caracterizam-se como de responsabilidade do poder concedente⁶. Ensejam, portanto, o dever de recomposição do equilíbrio contratual a favor da concessionária, quando sua ocorrência lhe gerar agravos econômicos.

Segundo essa teoria, a álea extraordinária abrange duas submodalidades: a álea administrativa e a álea econômica. A primeira envolve os atos e omissões decorrentes da atuação do poder concedente (Administração Pública), enquanto a outra se refere aos riscos resultantes de eventos anormais e imprevisíveis que influenciam diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁷

Nessa linha, há 04 situações que resultam na alocação dos riscos para o poder concedente. As 03 primeiras se encontram na álea administrativa e, a última, pertence à econômica: (i) modificação unilateral do contrato pelo poder concedente; (ii) fato da Administração; (iii) fato do príncipe; e, por fim, (iv) situações que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão ou cláusula rebus sic stantibus.⁸

Como exemplo da adoção da dessa teoria, cita-se sua expressa menção no item 22.1 da cláusula 22 do contrato de concessão estadual da rodovia SP-300, delegada à concessionária ViaRondon. A cláusula em questão funciona como uma matriz de riscos, definindo os deveres das partes em relação aos riscos ordinários e extraordinários do empreendimento:

“A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos **riscos da álea ordinária inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.”**

Fato é que este período (década de 90) originou um ciclo de concessões baseado em contratos com matrizes de risco vagas e genéricas. A premissa que orientou estes programas, com inspiração na teoria das áleas, era a de que o contrato deveria cuidar apenas da transferência genérica dos riscos ordinários da concessão à concessionária, sendo que os riscos extraordinários seriam tutelados pela legislação. Uma série de disputas acerca da responsabilização sobre riscos havidas no âmbito de contratos de concessão rodoviários do período acabaram judicializadas, sendo os riscos alocados ex post pelo Poder Judiciário.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 755.

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2014, p. 323.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 755.

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2014, p. 323; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 755.

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2014, p. 324.

Com a consolidação do regime de concessões, a adoção da teoria das áleas como diretriz exclusiva para orientar a alocação dos riscos passou a ser objeto de críticas. Dentre outras razões, porque sua orientação pressupõe uma divisão estanque de grupos de riscos, desmerecendo, por exemplo, uma alocação mais específica e detalhada, assim como o compartilhamento de determinados riscos entre as partes.

Com o amadurecimento do assunto, em especial após a edição da Lei Geral das PPPs (lei nº 11.079/2004), ganhou prestígio a cultura por matrizes de riscos mais bem elaboradas e melhor detalhadas, em substituição ao recurso generalizado pela tutela extracontratual dos riscos (inspirada na teoria das áleas). Com a ampliação do mapeamento e distribuição dos riscos no contrato, o espaço para a tutela dos riscos extracontratual restou reduzido.

Note-se também que, por ocasião do advento da regulação de concessões e PPPs, o legislador optou por determinar, em âmbito legal, a alocação de certos riscos, como se verá adiante (vide item 02). Ainda, conquanto voltada às PPPs, as alterações normativas instituídas por essa lei passaram a influenciar os contratos administrativos em geral, no tocante à necessidade de aprimoramento da distribuição dos riscos.

Nesse contexto, os órgãos de controle têm exigido a prévia assertividade na alocação de riscos para contratos outros, como por exemplo, aqueles submetidos ao regime de contratação integrada (instituído pelo RDC). É o caso do Acórdão nº 3011/2012-Plenário, do Tribunal de Contas da União, que tratou do reconhecimento da necessidade de alocação prévia dos riscos inerentes a determinado empreendimento, de forma a possibilitar que as partes efetuem o provisionamento necessário ao tratamento destes.

Vale mencionar, também, a previsão contida no Art. 42, inc. X, da recente Lei das Estatais (lei nº 13.303/2016). Referido dispositivo legal exige a formulação de matriz de riscos na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, a questão da alocação prévia de riscos no Brasil superou as discussões envolvendo os contratos de concessão e PPPs, passando a ser utilizada em outras formas de contratação pela Administração Pública.

1.1. ALOCAÇÃO EX ANTE DE RISCOS EM CONCESSÕES E PPPS

Os ciclos mais recentes de concessão e PPP já denotam uma preocupação maior com a temática da distribuição de riscos mais específica no plano contratual. Os contratos vagos em relação à estipulação de riscos, que propiciavam ampla margem de alocação pelo juiz (que acabava por arbitrar a responsabilidade sobre riscos após a sua materialização, no âmbito de disputas judiciais), passam a dar lugar a matrizes de riscos mais detalhadas, revelando uma preocupação maior com a alocação ex ante dos riscos. Começa-se a se formar, no Brasil, enfim, uma cultura para a alocação de riscos em contratos de longo prazo.

Esses expedientes são complexos e dependem, em cada caso, de estudos para a identificação de riscos específicos que podem incidir sobre um contrato de longo prazo. Esses estudos estarão sempre limitados pelo custo (estudos mais avançados podem ser custosos e incrementar excessivamente os custos transacionais) ou pela própria racionalidade (é inviável esgotar todos os cenários possíveis ou deter todas as informações idealmente necessárias para uma alocação exaustiva dos riscos).

Além disso, a compreensão sobre as decorrências (econômicas, principalmente) da materialização de riscos no plano do contrato pode se alterar ao longo do tempo. O comportamento dessas matrizes de riscos é dinâmico, de modo que o conhecimento crítico sobre elas (e o desenvolvimento de premissas a orientar a alocação dos riscos) relaciona-se em larga medida com a contabilização dos resultados concretos em contratos de Concessão e PPP.

Quanto maior e mais atual o nível informacional sobre o comportamento das matrizes de riscos, mais precisas serão as premissas a orientar a alocação dos riscos de uma perspectiva econômica. Isso depende de mecanismos eficazes para monitorar e contabilizar resultados em contratos de longo prazo – o que é mais factível em países com experiências mais maduras em concessões e PPPs.

De todo o modo, já se reconhece a relevância de certas premissas a orientar o expediente de alocação de riscos, como se exporá abaixo.

2. PREMISSAS JURÍDICAS A ORIENTAR A ALOCAÇÃO DE RISCOS

A distribuição de riscos está orientada por regras e princípios econômicos e jurídicos. A racionalidade econômica da alocação de riscos deriva, aliás, do direito que lhe é aplicável. Isso porque, o direito brasileiro é incisivo em prestigiar uma diretriz de eficiência na formatação dos contratos concessionários e, inclusive, na distribuição dos riscos que lhe são inerentes.

Como já assinalado pela doutrina⁹:

“Embora seja esse um tema eminentemente econômico, a alocação de riscos está também orientada pelo direito. A Lei n. 11.079/2004 não apenas admite explicitamente a possibilidade de as partes partilharem riscos no contrato de PPP (art. 4º, inc. VI; art. 5º, inc. III), como estabelece certos limites para isso. Em primeiro lugar, há limites objetivamente extraídos de regras que arbitram a alocação de riscos à esfera do parceiro público ou impõem a sua partilha às partes. Depois, há limites mais genéricos e que decorrem da projeção dos princípios e diretrizes que orientam o expediente de distribuição de riscos em contratos de PPP. Esse conjunto de regras e princípios restringe a liberdade das partes em dispor sobre riscos no plano do contrato, retratando dois níveis de regulação”.

Quanto às regras, vale lembrar que a legislação arbitrou objetivamente a alocação de certos riscos à responsabilidade das partes. Ao poder concedente (parceiro público), alocou “(i) o risco de inflação (transferido parcialmente ao usuário, em se tratando de concessão patrocinada); (ii) o risco de alteração unilateral do objeto (pelo poder concedente) e (iii) o risco de criação de novos encargos legais ou de modificação na alíquota de tributos (exceção feita à modificação nos impostos sobre a renda) que impactem os custos da PPP”¹⁰. Também, no caso da PPP, estabeleceu o compartilhamento entre as partes dos ganhos derivados da “redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”, conforme o art. 5º, inc. IV da lei nº 11.079/2004.

Esse arbitramento é excepcional. Para a maior parcela de riscos, o legislador deixou a alocação de todos os demais riscos identificáveis, e que podem interferir na concessão, à estipulação pelas partes. Essa alocação haverá de ser feita no plano do contrato e de acordo com as regras abaixo analisadas.

Para além das regras jurídicas de alocação abstrata de certos riscos, o direito também subjugou o expediente a um princípio de eficiência. Note-se que a Lei nº 11.079/2004 determinou, no inc. I do seu art. 4º, que o planejamento das PPPs deverá observar a “eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”. “Tal se revela uma norma-objetivo da qual decorre a obrigação dos gestores em perseguir as formatações mais eficientes¹¹ para os contratos de

⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1 ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 236.

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10-12. Disponível em: <<https://goo.gl/rsPCWh>>.

¹¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1 ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 238

PPP. Os expedientes de alocação de riscos deverão guiar-se também com vistas a atingir matrizes que se revelem mais eficientes”, a partir de diretrizes de natureza econômica, como se verá adiante.

3. PREMISSAS ECONÔMICAS A ORIENTAR A ALOCAÇÃO DE RISCOS

A racionalidade da alocação de riscos é precipuamente econômica. A sua submissão ao princípio jurídico da eficiência lhe atrai a observância de regras e premissas econômicas. Trata-se de afirmar que, para além da imposição das regras jurídicas vistas acima, a alocação de riscos não se traduz num expediente aleatório ou plenamente discricionário, mas está orientado por uma racionalidade econômica. Neste sentido, algumas regras e premissas têm sido acolhidas como relevantes para alcançar uma matriz de riscos eficiente.

3.1. NÍVEL DE PRECISÃO E DE DETALHAMENTO DA MATRIZ DE RISCOS

A primeira advertência na busca por uma alocação eficiente dos riscos se relaciona ao nível de clareza, precisão e detalhamento na identificação e na alocação dos riscos. Afinal, é evidente que as deficiências de objetividade e clareza, assim como as lacunas e ambiguidades na alocação dos riscos, poderão ensejar o incremento de custos de transação, com prejuízos à eficiência da contratação.

Contudo, é preciso reconhecer que os contratos são inevitavelmente incompletos, na acepção de estarem sujeitos a limites econômicos, de cognoscibilidade e de racionalidade:

“Num mundo ideal, em que os riscos pudessem ser todos identificados e alocados indubitavelmente à responsabilidade de cada uma das partes, a margem para disputas e litígios seria mínima, sendo que a valoração de suas ofertas estaria livre (ou quase livre) dos custos de transação associados a estas inseguranças. Mas é evidentemente impossível eliminar completamente a suscetibilidade do contrato à materialização de riscos não catalogados. Há não apenas um problema de cognoscibilidade dos riscos, sendo humanamente impossível atingir-se um grau de detalhamento absoluto em relação a isso, como um problema econômico, pois estudos de risco com nível avançado de detalhamento e especificação podem incrementar a tal ponto os custos de transação da

contratação administrativa que a tornem ineficiente¹². Além disso, dentro do espectro de contingências possivelmente previsíveis, muitas opções alocativas podem simplesmente ser prejudicadas pelos limites de racionalidade. As partes de um contrato não são completamente racionais para realizar as melhores opções e estabelecer sua priorização ideal”¹³.

Essa observação não desmerece, contudo, a obrigação do designer do contrato em buscar matrizes de riscos com nível de objetividade e de detalhamento satisfatórios a evitar lacunas indesejadas e ambiguidades aptas a comprometer a eficiência do projeto. Note-se que a insuficiência na delimitação de riscos pode provocar efeitos nocivos no processo de licitação. Há 03 principais distorções no processo de licitação, relacionadas à ausência ou identificação insuficiente dos riscos¹⁴

A primeira se refere ao prejuízo à comparabilidade entre as propostas. Diante de uma definição insuficiente ou ausente de riscos, os proponentes se orientam por premissas diferentes, o que se reflete em discrepância na contabilização e provisionamento dos custos necessários ao gerenciamento dos riscos. Com isso, as propostas tendem a não ser comparáveis entre si, pois partem de premissas diversas quanto à definição de seus custos.

A segunda distorção se relaciona a uma maior onerosidade das propostas, em vista da incorporação no preço dos custos de insegurança, decorrentes do desconhecimento dos riscos envolvidos. Lembre-se, com Marcos Barbosa Pinto, que:

“Boa parte das concessões de serviço público no Brasil é financiada sob a modalidade de **project finance**, na qual o financiador conta apenas com o fluxo de caixa do projeto para fazer face aos financiamentos. Esses projetos costumam ser bastante alavancados, com dívidas que chegam a 80% dos recursos investidos. Qualquer variação abrupta e imprevista de custos ou receitas da concessionária pode levá-la a inadimplir os financiamentos, razão pela qual uma análise extensa e profunda dos riscos do projeto é feita antes da contratação. Os riscos identificados são então mitigados – por meio de seguros, provisões ou margens de segurança – e os respectivos custos são repassados para a proposta. Diante de qualquer incerteza na alocação dos riscos, os licitantes tendem a incluir esses riscos em sua

¹² Há casos também em que os contratos são propositadamente omissos, com vistas a propiciar a adoção de comportamentos oportunistas por alguma das partes.

¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. Egon Bockmann Moreira (ccord). Belo Horizonte: Fórum. 2016, p. 92. Ver também GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington, D.C: The World Bank. 2004, p. 71.

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10-12. Disponível em: <<https://goo.gl/rsPCWh>>.

proposta, ainda que não seja claro quem deva suportá-los posteriormente”¹⁵

Por fim, a terceira distorção diz respeito ao próprio resultado da licitação. Diante de um cenário de indefinições e distorções, alguns proponentes podem formular suas ofertas considerando a probabilidade de renegociações futuras. É o que já apontou J. Luis Guash¹⁶:

“Situação dessa ordem pode provocar distorções no resultado da licitação, abrindo-se espaço a que o vencedor do certame seja não necessariamente aquele com melhor aptidão para a execução do contrato, mas o ofertante com as melhores perspectivas para sua renegociação. Daí que tais renegociações, quando ocorridas, acabam por subverter o resultado da licitação, eliminando ou minimizando os ganhos conquistados no ambiente competitivo do certame.

A possibilidade de renegociações será identificada não apenas por aqueles que detenham maiores informações ou uma melhor capacidade para renegociar contratos, e que confiem na sua capacidade de implementá-las, mas também por aqueles que vislumbrem nas brechas do contrato espaços para comportamentos oportunistas que possam redundar em renegociações”¹⁷.

Quanto a isso, vale lembrar também:

“numa contratação de longo prazo, como é a concessão e a PPP, há custos diversos incidentes para a evasão de uma das partes da relação contratual. Isso se passa especialmente com o poder concedente, que tem prejuízos de diversas ordens num cenário de extinção precoce do contrato (descontinuidade na prestação do serviço público, desenvolvimento do processo de extinção da concessão, custos com a reinauguração do processo de licitação-contratação, prejuízos políticos ao governo etc). Essa suscetibilidade de uma parte em relação à outra pode gerar aquilo que se denomina de efeito de lock-in, pondo-a como refém da extinção da relação jurídico-contratual. Lacunas contratuais podem favorecer, neste contexto, a adoção de práticas oportunistas pelo concessionário, gerando impasses (holdup) que desaguam na oportunidade de renovações e revisões contratuais em contratos ainda jovens, com riscos para a estabilidade e continuidade do vínculo. Minimizar a incompletude dos contratos em matéria de alocação e riscos pode concorrer para evitar práticas desta natureza”¹⁸.

¹⁵ PINTO, Marcos Barbosa “Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 161

¹⁶ GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington, D.C: The World Bank, 2004, p. 35.

¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, páginas 240 e 241.

¹⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, páginas 240 e 241.

É verdade também que a concessionária em muitos casos pode ficar refém da relação contratual, ensejando o risco de comportamentos oportunistas do poder concedente. Afinal, concessões e PPPs pressupõem como regra a promoção de investimentos pela concessionária, concentrados no início de execução do contrato, cuja amortização depende da “fruição” do prazo da concessão, com as receitas advindas da fase de operação. Uma vez feitos os investimentos, a concessionária cria forte dependência do desenvolvimento do contrato, restando assim vulnerável a comportamentos oportunistas do poder concedente.

3.2. ALOCANDO-SE O RISCO À PARTE COM MELHORES CONDIÇÕES PARA O SEU GERENCIAMENTO

Lembre-se que, como dito acima, alocar cada risco a uma ou a outra parte tem efeitos diretos na estrutura de custos de um contrato. A lógica dessa afirmação reside em que as partes incorrem em diferentes custos para gerenciar os riscos. Cada risco será percebido e gerenciado por uma parte a custos diferentes em relação ao que se passa com a outra. Logo, alocar o risco a uma ou a outra parte altera a estrutura de custos do contrato de concessão ou de PPP. Neste sentido, prestigiar a eficiência do contrato significará alocar os riscos às partes de tal modo que se promova a redução no somatório dos custos envolvidos.

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

“O controle sobre a ocorrência do risco pode derivar, em primeiro lugar, de sua posição em relação à matriz de obrigações contratada. Assim, e por exemplo, em relação às obras a serem implementadas no âmbito de uma PPP, os riscos atinentes à variação dos custos de materiais de construção, ao seu desgaste precoce, assim como às falhas das metodologias construtivas estão costumeiramente associados à responsabilidade do parceiro privado. Isso porque será ele o responsável pela gestão da comercialização dos materiais; pelas escolhas atinentes à sua qualidade; e pela definição das metodologias de execução. Daí ser ele quem deterá o maior controle sobre os riscos de modificação no preço dos materiais, pois o responsável pela sua comercialização; o maior controle sobre o risco de desgaste dos materiais, pois será o responsável pela definição de sua qualidade; e o maior controle sobre a eficácia das metodologias de execução, pois será igualmente responsável por essa definição. Logo, é evidente que a parte responsável pelas escolhas que influem nos fatores de risco há de ser a responsável pelos prejuízos que derivam de sua materialização. Caso aqueles riscos estivessem alocados à responsabilidade do parceiro público, o concessionário simplesmente

não teria qualquer incentivo para exercitar a sua prevenção, investir em materiais de qualidade e na definição de metodologias mais eficazes ou se esforçar para alcançar preços mais vantajosos para os insumos da construção. Isso subverteria o sistema natural de incentivos a regular o adimplemento contratual pelas partes. Inclusive porque dissociar a responsabilidade do controle sobre o risco abre a porta para comportamentos oportunistas, que podem ser adotados caso a parte responsável por exercer o controle sobre as escolhas inerentes aos fatores de risco não fique exposta às suas consequências”¹⁹.

Note-se que uma alocação do risco à parte menos apta à sua gestão poderá gerar duas consequências indesejáveis. Por um lado, encarece os custos da concessão ou da PPP. Afinal, se a concessionária, por exemplo, não tem minimamente aptidão para gerenciar o risco, ela tenderá a provisionar custos maiores para isso, inseguro quanto aos efeitos da materialização do risco ao longo do contrato. E essa precificação, como já referido, particularmente pela sua ausência de familiaridade com o risco, faz-se sob cenários pessimistas, carregando custos maiores para dentro da concessão.

Talvez se pudesse propor uma representação matemática desta precificação (esperança matemática²⁰), aludindo a duas variáveis relevantes: a probabilidade e o valor necessário para lidar com as consequências da materialização do risco. O provisionamento de custos idealmente poderia ser representado pela multiplicação do percentual de probabilidade da ocorrência do risco pelo valor necessário para repor os prejuízos num cenário de materialização do risco.

Essa representação matemática é interessante por chamar a atenção para os 02 fatores relevantes, que podem impactar o valor da gestão do risco. Assim, se a concessionária detém melhores condições para se prevenir do risco, em comparação ao poder concedente, a variável probabilidade tende a favorecer custos menores para o provisionamento do risco. Da mesma forma, se ele possuir melhores condições para mitigar os prejuízos, num cenário de materialização do risco, seu provisionamento tenderá a ser menor.

É conclusivo, portanto, que se a concessionária tiver melhores condições de prevenir o risco ou de mitigar os prejuízos resultantes de sua materialização, o seu provisionamento de custo tenderá a ser menor do que aquele previsto pelo poder concedente. Logo, essa alocação promove a eficiência do contrato.

Já, se a concessionária não tiver aptidão para a administração de certo risco (por exemplo: riscos não-gerenciáveis ou não seguráveis), alocá-lo à concessionária significará ao poder conce-

¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2017, p. 14-15.

²⁰ Veja-se MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Trad. por Rachel Sztajn. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134 e seguintes.

dente pagar mais caro por um risco que poderia ser retido a custos menores.²¹

Portanto, não é recomendado alocar riscos à concessionária quando ela não tiver como gerenciá-los. Sempre que o risco se caracterizar como não-gerenciável pela concessionária ou não contar com seguro no mercado a custos acessíveis, ele deve ser alocado à responsabilidade do poder concedente. Por outro lado – e aqui a segunda consequência indesejável da não observância da regra –, a alocação do risco à parte que não detém o seu controle subverte o sistema de incentivos do contrato e abre a porta para comportamentos oportunistas da outra.

Logo, o objeto dessa alocação é buscar um alinhamento de interesses e incentivos no contrato, conduzindo as partes a adotar sempre a alternativa que melhor promova a eficiência contratual.

Destaca-se que, dentro da noção de alocação eficiente, o compartilhamento de risco entre os contratantes surge como opção para os casos em que nenhuma das partes seja qualificada para assumir as responsabilidades de determinado risco de modo integral. Trata-se de alternativa que permite o incentivo “de ambas as partes à adoção de medidas mitigadoras”.²²

4. PRECEDENTES RELEVANTES DO TCU RELATIVAMENTE A RISCOS RELACIONADOS A OBRAS DE ENGENHARIA

Na linha do que acima se apresentou, o entendimento do TCU tem reconhecido a importância da matriz de riscos para o sucesso das concessões, especialmente em razão dos benefícios decorrentes da eficiente alocação dos riscos. Nesse sentido, o TCU, no âmbito do Acórdão de nº

²¹ Alguém poderia contrapor que a Administração Pública quando retém riscos funciona como um auto-seguro, eliminando o custo que o particular provisionaria para administrar o risco. A análise comparativa entre o auto-seguro e a alocação do risco à concessionária não é simples levar em consideração, dentre outras questões, a (in)capacidade da Administração em atuar na prevenção do risco. Quanto a isso, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES já explicou que: “A probabilidade é precisamente o fator que variará conforme o comportamento das partes, segundo a sua capacidade e o incentivo que possuem para gerenciar a prevenção do risco. Um cenário de cotejo entre o auto-seguro e o recurso ao seguro de mercado pressupõe considerar que neste são frequentemente utilizados métodos para estimular o segurado a exercer a prevenção, como é o caso do pagamento de franquias. Logo, a desconsiderar a interferência de outros fatores nesta análise, seria possível afirmar que a probabilidade tenderá a ser menor no caso do seguro de mercado comparativamente ao auto-seguro (embora seja perfeitamente possível, e até desejável em algumas hipóteses, como será explicitado adiante, que a Administração Pública se valha do compartilhamento de riscos para estimular a concessionária a exercer a prevenção), evidenciando-se uma vantagem daquele em relação esse. Inclusive porque os incentivos da Administração para exercitar a prevenção do risco serão ainda comprometidos pela facilidade que tem de transferir suas perdas a terceiros: os contribuintes. O efeito de dissipação do custo do risco pelo universo de contribuintes pode relativizar o incentivo da Administração a gerenciar adequadamente a prevenção do risco” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2017, p. 18).

²² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2017, p. 19.

1928/2011 – Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo, Processo 013.040/2011-1, sessão 27/07/2011, estabeleceu a importância da clareza e precisão da alocação de riscos. No Acórdão em questão, foram analisadas variadas recomendações do Ministério Público Federal (MPF) em sede de Representação, envolvendo o contrato de PPP celebrado para a construção e exploração da Arena de Pernambuco.

Consagrou-se o entendimento de que, quando da elaboração de contratos dessa natureza, em razão de sua complexidade e execução prolongada, deve haver a definição de parâmetros precisos de alocação de riscos. Os parâmetros estabelecidos devem oportunizar às partes a identificação das hipóteses que devem ser por elas suportadas, bem como as hipóteses que autorizam o reequilíbrio contratual.

Tal posição restou acolhida no voto do Relator Ministro Valmir Campelo, preciso na questão:

“Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos; evita-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão. Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste.”

Outro julgado interessante da Corte de Contas da União é o Acórdão nº 2622/2013 - Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Processo 036.176/2011-2, sessão 25/09/2013. Conquanto, voltado a contratos de obras públicas, referido julgado contempla noções aplicáveis às concessões e obras de engenharia. Nesse sentido, o TCU afirmou que pela matriz de risco é possível:

“identificar os principais elementos que podem influenciar a implantação de um empreendimento, estabelecer as estratégias de mitigação ou alocação dos riscos identificados e avaliar a probabilidade de ocorrência dos eventos e seus respectivos impactos financeiros.” (item 2.3.1.2 do Relatório).

Por ocasião do julgado, o TCU identificou 05 categorias de riscos envolvidos nas contratações de obras públicas:

Riscos de Engenharia ou de Construção

Riscos usuais de construção civil, que podem impactar a execução, o gerenciamento, a produtividade e a performance da obra, afetando os custos globais. Ex: adequação do treinamento da mão-de-obra; quedas de produtividade advindas de disfunções logísticas.

Riscos normais de projeto de engenharia

Decorrentes das características intrínsecas dos serviços, não se relacionam com falhas ou erros de projetos.

Riscos de erros de projetos de engenharia

Decorrentes de falhas e incompletude de cronogramas, especificações técnicas, em geral, aquelas decorrentes de falhas na elaboração dos projetos. Incluem erros eventos cuja imprevisibilidade pode ser contornada através do uso de técnicas específicas ainda na fase da elaboração do projeto.

Riscos associados a fatos da Administração

Ocorrências que decorrem de atos ou omissões imputados ao poder concedente e que viabilizam ou impedem o normal desenvolvimento do empreendimento.

Riscos associados à Álea extraordinária/extracontratual

Fato do Príncipe;
Força Maior;
Caso Fortuito.

Indo além da identificação dos riscos, o Acórdão nº 2622/2013 – Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Processo 036.176/2011-2, sessão 25/09/2013 aborda também a questão da mensuração dos riscos, que envolve a análise da probabilidade de ocorrência do evento e do cálculo dos possíveis impactos. Após discorrer sobre metodologias, o TCU sustenta:

“a mensuração dos riscos deve se basear em uma técnica consistente, que assegure que o risco seja quantificado de maneira sistemática, transparente e confiável, de forma a permitir a cobertura de custos adicionais decorrentes de eventos cujos efeitos sejam incertos” (item 2.3.1.2 do Relatório).

Tal acórdão traz entendimento da Casa de Contas da União voltado à exigência de identificação dos riscos, assim como da análise da probabilidade de sua ocorrência e cálculo dos possíveis impactos, para a devida mensuração.

Verifica-se, portanto, que, de forma geral, o posicionamento do TCU recomenda que se faça a alocação prévia de riscos em contratos de concessão, reconhecendo as vantagens daí decorrentes, a exemplo da redução de inseguranças, possibilidade de contingenciamento e manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

5. OS RISCOS EM CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

5.1. PANORAMA GERAL DO HISTÓRICO DO TRATAMENTO DOS RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS

Ao longo dos anos, é possível perceber uma evolução no tratamento dos riscos nos contratos de concessão de rodovia. Cada vez mais se tem buscado minimizar as lacunas e incluir nos contratos previsões mais diretas e assertivas em relação à alocação de riscos. O panorama geral dessa evolução pode ser percebido ao se analisar os contratos de concessão celebrados ao longo do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE). No âmbito deste programa, foram firmados 22 contratos de concessão, dos quais 20 estão vigentes, o que corresponde a cerca de 9.344,8 Km de rodovias federais.

As primeiras concessões do PROCROFE foram celebradas entre 1994 e 1997, período anterior à criação da própria agência reguladora (ANTT, criada em 2001 pela lei nº 10.233). A opção por esta forma de delegação de serviços públicos decorreu da necessidade cada vez maior de renovação e modernização da malha rodoviária, cumulada com a falta de recursos públicos para tanto. O PROCROFE se estrutura em 03 etapas, sendo que na primeira foram realizadas 06 concessões. Já na segunda e terceira etapas há 08 concessões:

Figura 1 - Concessões de rodovias federais

1ª ETAPA	1ª ETAPA	1ª ETAPA
<ul style="list-style-type: none">- Nova Dutra- CONCR- CRT- CONCEPA- ECOSUL- CCR PONTE (contrato encerrado)	<ul style="list-style-type: none">- Autopista Planalto Sul- Autopista Litoral Sul- Autopista Regis Bittencourt- Autopista Fernão Dias- Autopista Fluminense- Rodovia Transbrasiliana- Rodovia do Aço- Via Bahia	<ul style="list-style-type: none">- ECO 101- MGO Rodovias- CONCEBRA- Rota do Oeste- MS VIA- Via 040- Galvão BR-153 (caducidade declarada)- Ecoponte

Fonte: Site ANTT. Acesso em 30/10/2017.

Resumidamente, nota-se que nos primeiros contratos do PROCROFE não havia a indicação clara da responsabilidade de cada parte contratante em relação a eventuais riscos. Dessa forma, era necessária uma alocação ex post (realizada primordialmente pelo Poder Judiciário) com base na teoria das áleas. Com o passar do tempo, especialmente a partir da Fase II da 2ª Etapa do PROCROFE, nota-se que os contratos de concessão passaram a conter cláusulas específicas de alocação de riscos, com o constante aprimoramento da matriz até a 3ª Etapa.

5.1.1. Matriz de Risco na 1ª etapa do PROCROFE

Os contratos das primeiras concessões, referentes à 1ª Etapa do PROCROFE, foram assinados antes da consolidação do sistema jurídico de regulamentação das concessões, tal qual hoje existente. Trata-se de contratos que foram fortemente influenciados pela modelagem de contratos de obras públicas. Nesse sentido, como bem destacam GUERRERO et. al.²³, os contratos da 1ª Etapa possuem algumas peculiaridades. Um exemplo é a possibilidade de revisão dos preços de insumos e fatores de produção relevantes nos casos em que o reajuste não cobrir a variação, o que afasta da concessionária o risco pelas alterações no custo das obras.

Tais contratos não dispõem de uma matriz de riscos claramente delineada. Alocam integralmente a responsabilidade por “todos os riscos inerentes à concessão” à concessionária, incluindo risco integral quanto à variação de demanda, sendo necessário recorrer à teoria das áleas para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusulas 19 e 20).²⁴

Exceção é feita com relação ao contrato da ECOSUL, também integrante da 1ª Etapa do PROCROFE. Referido contrato havia sido firmado inicialmente entre a concessionária e o Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul – DAER/RS. Posteriormente, em 2000, foi sub-rogado pela União. O contrato em questão possui previsões mais detalhadas a respeito dos riscos, sendo possível sistematizar sua matriz de riscos em relação a alguns riscos críticos a concessões rodoviárias da seguinte forma:

²³ GUERRERO, Dario Alexandre et. al. *Análise dos contratos de Concessão de Rodovias Federais – Evolução da Matriz de Risco*, 2013. Disponível em: < <https://goo.gl/n6UuMR> >. Acesso em: 12 dez. 2017.

²⁴ As cláusulas dispõem que: “19. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário resulte desse CONTRATO.

20. A CONCESSIONÁRIA assume, integralmente, o risco de trânsito inerente à exploração da RODOVIA, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias.”

Figura - Alocação de riscos críticos na 1ª Etapa do PROCROFE

Riscos	Cláusulas Contratuais	Concessionária	Poder Concedente	Compartilhado
DESAPROPRIAÇÃO	9.2.1, VII	X		
DEMANDA, TRÁFEGO E TRÂNSITO	9.2.2, I	X		
LICENCIAMENTO AMBIENTAL	9.2.2, XI			X
ÁLEA EXTRAORDINÁRIA	2.3.3 5.3.7 10		X	

Muito embora o contrato da ECOSUL não seja tão genérico na alocação dos riscos quanto os demais contratos elaborados na 1ª Etapa, ainda é necessário recorrer à teoria das áleas para que seja possível identificar integralmente qual deve ser a alocação dos riscos.

5.1.2. Matriz de Risco na 2ª etapa do PROCROFE

A 2ª Etapa do PROCROFE se divide em fase I e fase II. A fase I se refere aos contratos assinados em 2008, que incluem as Autopistas, a Rodovia Transbrasiliana e a Rodovia do Aço. Já a fase II se refere ao contrato da ViaBahia, assinado em 2009.

Os contratos relativos às duas fases da 2ª Etapa diferem substancialmente quanto à alocação de riscos. Nesse sentido, os contratos de concessão da fase I (2008) possuem alocação de riscos semelhante aos contratos da 1ª Etapa. É dizer, não possuem uma matriz de riscos detalhada e bem definida, sendo necessária a alocação ex post de muitos riscos com base na teoria das áleas.

Manteve-se a alocação à concessionária de todos os riscos inerentes à concessão (cláusula 4.1), com expressa previsão de sua responsabilidade quanto a riscos referentes à variação dos custos de insumos, os riscos ambientais e os riscos de tráfego. Quanto a estes últimos (tráfego) veda-se expressamente a possibilidade de revisão tarifária para fins de reequilíbrio econômico-

financeiro do contrato no caso de variação entre tráfego projetado e tráfego real (cláusula 4.8)²⁵. Note-se que, com esse formato de alocação de riscos - em que se atribui à concessionária os riscos referentes aos preços e quantidades de insumos (cláusulas 4.2 e 4.5) -, supera-se a concepção da concessão como obra pública.

Por sua vez, a cláusula 4.9 atribui ao poder concedente tão somente os riscos decorrentes de fato da administração (inadimplemento pelo poder público), alterações unilaterais do contrato e de fato do príncipe. Aqui se vê a influência de uma interpretação clássica da expressão “por sua conta e risco” constante na legislação, de forma que a maioria dos riscos se encontram alocados à concessionária. Conquanto represente certa evolução a partir do abandono da concepção de obra, o modelo é, ainda, passível de críticas.

Muito diferente é a modelagem adotada na fase II da 2ª Etapa, que possui uma estruturação significativamente diferente da matriz de riscos contratual da fase I.

No contrato da VIABAHIA, que compõe a fase II, há uma alocação de riscos suficientemente detalhada (cláusula 19). Dessa forma, houve redução na necessidade de se recorrer à teoria das áleas para a identificação das responsabilidades das partes, no que se refere aos riscos da concessão. Isso gera uma maior segurança e tende a aumentar a eficiência contratual. Conquanto tenha mantido uma cláusula geral atribuindo à concessionária responsabilidade integral e exclusiva por todos os riscos relacionados à concessão (cláusula 19.1.1), o contrato, nas cláusulas subsequentes (19.1.2 e 19.1.3), detalha diversos riscos imputados à concessionária e ao poder concedente, inclusive com o compartilhamento de alguns dos riscos.

A matriz em relação aos riscos críticos pode ser resumida da seguinte forma:

Tabela 2 - Alocação de riscos críticos na 2ª Etapa, fase II, do PROCROFE

Riscos	Cláusulas Contratuais	Concessionária	Poder Concedente	Compartilhado
DEMANDA, TRÁFEGO E TRÂNSITO	19.1.2, (i)	X		
LICENCIAMENTO	5.2 e 19.1.2, (iii)			X
DESAPROPRIAÇÕES	7.3 e 19.1.2, (iii e iv)			X
PASSIVOS AMBIENTAIS	19.1.2, (xv)			X
CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NÃO SEGURÁVEIS	19.1.3, (v)		X	

²⁵ Isso não significa, entretanto, que, de uma perspectiva jurídica, não seja possível que outros eventos relacionados à álea extraordinária e extracontratual possam afetar a demanda e ensejar reequilíbrios contratuais. É o exemplo em que crises agudas na economia possam impactar a demanda para além do “risco ordinário” de demanda e autorizar a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos. Essa análise não é simples e parte da pressuposição de que eventos imprevisíveis e extraordinários, aptos a produzir onerosidade excessiva no âmbito do contrato, podem interferir no domínio do risco de demanda. O reequilíbrio, neste caso, não surge derivado da variação na demanda, mas diretamente do advento da crise econômica.

5.1.3. Matriz de Risco na 3ª etapa do PROCOFE

A alocação de riscos nos contratos da 3ª Etapa se assemelha àquela constante no Contrato VIABAHIA, da fase II da 2ª Etapa. Nesse sentido, também possuem disposições detalhadas acerca da alocação de riscos para a concessionária e poder concedente. A 3ª Etapa é composta por 03 fases. Em razão de atrasos no procedimento licitatório, a fase II teve o contrato assinado antes da fase I. Posteriormente, as fases I e III foram abarcadas pelo Programa de Investimento em Logística, lançado pelo Governo Federal no segundo semestre de 2012.

Em comparação com a matriz de riscos da Fase II da 2ª Etapa, houve 05 principais modificações nos contratos da 3ª Etapa, referentes: (i) ao tratamento do vício oculto; (ii) ao risco de alterações legislativas; (iii) ao risco de diferença no arredondamento da tarifa do pedágio; (iv) à responsabilidade pela obtenção de licenças; e (v) ao compartilhamento dos riscos de desapropriação.

Nesse sentido, o vício oculto no contrato da VIABAHIA era alocado expressa e integralmente à concessionária (cláusula 19.1.2, alínea x). Por ocasião dos contratos da 3ª Etapa, o poder concedente passou a ser responsável por vícios ocultos no sistema rodoviário e em bens da concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à concessionária (cláusulas 21.2.12, 21.2.14 e 21.2.15, contratos fase I e III; cláusula 19.2.9, contrato fase II). Na 3ª Etapa, a responsabilidade da concessionária foi limitada a vícios ocultos em bens da concessão por ela adquiridos após a data de assunção, arrendados ou locados para operações e manutenção do sistema rodoviário (cláusula 21.1.22, contratos fase I e III; cláusula 19.1.19, contrato fase II).

Os riscos de alteração legislativa eram de certa forma compartilhados nos contratos da VIABAHIA, sendo alocados para a concessionária os riscos de alteração da legislação em geral e, para o poder concedente, os riscos de alteração dos tributos. Na 3ª Etapa, tais riscos passaram a ser alocados exclusivamente ao poder concedente, sempre que dessem ensejo a desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusula 21.2.5, contratos fase I e III; cláusula 19.2.5, contrato fase II). Permaneceu a alocação para a concessionária do risco de alteração da legislação de imposto sobre a renda (cláusula 21.1.15, contratos fase I e III; cláusula 19.1.12, contrato fase II).

Além de tais alterações, houve a supressão do item que alocava para a concessionária os riscos pelo arredondamento da tarifa de pedágio (cláusula 19.1.2, alínea xx, VIABAHIA).

Nota-se que nos contratos da fase I e III houve a transferência da responsabilidade pela obtenção das licenças prévias e de instalação a obras de ampliação de capacidade e melhorias ao poder concedente (cláusula 5.2). Nos demais contratos da 3ª Etapa e nos contratos das Etapas anteriores, tal responsabilidade era alocada exclusivamente à concessionária.

Por fim, quanto à última diferença na 3ª Etapa em relação às anteriores, nota-se que nos contratos da fase I e III há o compartilhamento dos riscos de desapropriação, por meio da delimitação de um teto de dispêndio à concessionária (cláusula 21.2.18 e 9.1.2). Na fase II da 3ª Etapa não houve definição de tal teto, limitando-se a estabelecer a responsabilidade de concessionária pelo

“valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações” (cláusula 19.1.4).

Nessa análise verifica-se diferenças até mesmo na alocação de riscos entre as fases da 3ª Etapa. As matrizes de riscos de cada fase podem ser sintetizadas da seguinte forma, em relação a alguns dos riscos críticos para concessões de rodovia:

Tabela 3 - Alocação de riscos críticos na 3ª Etapa, fases I e III, do PROCROFE

Riscos	Cláusula Fase I	Cláusula Fase III	Concessionária	Poder Concedente	Compartilhado
DEMANDA, TRÁFEGO E TRÂNSITO	21.1.1	19.1.1	X		
LICENCIAMENTO	21.1.3 21.1.4 5.2 21.2.9	19.1.3 5.2			X
DESAPROPRIAÇÕES	21.1.5 21.2.18	19.1.4 7.3			X
AMBIENTAIS NA FAIXA DE DOMÍNIO DA CONCESSÃO	21.1.17 21.1.20	19.1.14 19.1.17	X		
AMBIENTAIS FORA DA FAIXA DE DOMÍNIO	21.2.7	19.2.7		X	

Tabela 4 - Alocação de riscos críticos na 3ª Etapa, fases II, do PROCROFE

Riscos	Cláusula	Concessionária	Poder Concedente	Compartilhado
DEMANDA, TRÁFEGO E TRÂNSITO	19.1.1	X		
LICENCIAMENTO	19.1.3 5.2			X
DESAPROPRIAÇÕES	19.1.4 7.3			X
AMBIENTAIS NA FAIXA DE DOMÍNIO DA CONCESSÃO	19.1.14 19.1.17	X		
AMBIENTAIS FORA DA FAIXA DE DOMÍNIO	19.2.7		X	

5.2. PANORAMA GERAL DO HISTÓRICO DE TRATAMENTO DE RISCOS EM CONCESSÕES RODOVIÁRIAS ESTADUAIS

Além da evolução que pode ser percebida no âmbito dos contratos de concessão em âmbito federal, há, também, perceptível mudança na forma de alocação dos riscos nas concessões rodoviárias estaduais. Nesse sentido, veja-se, a exemplo, o maior detalhamento percebido na alocação de riscos nas últimas contratações no estado de São Paulo, conforme adiante analisado.

5.2.1. Primeira e segunda etapas do programa de concessões rodoviárias de São Paulo

A primeira etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo teve início em 1997 e findou-se apenas em 2008, quando teve início a segunda etapa do Programa:



Comparando os últimos 03 contratos de concessão celebrados pelo Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo verifica-se que há previsão expressa acerca da alocação de riscos da concessão. No Contrato de Concessão da SPMAR (2010) a disciplina alocativa está na cláusula 22, enquanto nos contratos de TAMOIOS (2014) e ENTREVIAS (2017) a previsão encontra-se nas cláusulas 26 e 19, respectivamente.

No contrato referente à concessão SPMAR, há uma alocação quase integral dos riscos à concessionária, constando expressamente na redação da cláusula 22.1 que todos os riscos são assumidos pela concessionária, ressalvados tão somente aqueles excetuados expressamente pelo contrato.

As exceções encontram-se na cláusula 23.1, na qual há a alocação expressa ao poder concedente tão somente dos riscos de (i) modificação unilateral do contrato pela administração da qual resulte “significativa alteração dos custos ou da receita”, (ii) caso fortuito e força maior e (iii) alterações legais com “impacto significativo e direto sobre as receitas de pedágio ou sobre os custos, para

mais ou para menos”. Veja-se que essa alocação difere do padrão seguido pelas concessões realizadas no âmbito do sistema PROCROFE, que adotam em maior medida o compartilhamento dos riscos e possuem previsões mais detalhadas, desde a fase II da segunda etapa (2009).

No contrato da concessão da TAMOIOS, de 2014, verifica-se que há maior detalhamento, dividindo-se a cláusula de alocação de riscos em duas partes. Na primeira parte (26.1), são listados os riscos assumidos pela concessionária, com observação expressa no sentido de que o rol ali elencado não é taxativo, mas exemplificativo (cláusula 26.1.2). Na segunda parte da cláusula (26.2), é feito rol dos riscos alocados ao poder concedente, sem que haja qualquer menção acerca da taxatividade do rol.

Verifica-se que em relação a este contrato, são alocados mais riscos ao poder concedente, o que se mostra em linha com a tendência da alocação eficiente, que visa a alocar os riscos à parte mais apta a realizar sua gestão e tratamento. Nesse sentido, houve a transferência ao poder concedente de parte dos riscos ambientais, ocorrência de eventos de caso fortuito e força maior, alterações na legislação tributária, riscos relacionados à demanda que causem a necessidade de realização de novos investimentos, entre outros. Além disso, houve a inclusão de cláusulas específicas de compartilhamento, com destaque ao tratamento compartilhado dos riscos decorrentes de condições geológicas desconhecidas pelas partes (cláusula 26.3).

Especificamente em relação ao risco de demanda, o contrato traz solução também no compartilhamento. No caso desse risco há previsão expressa na cláusula 26.5 acerca das variações a serem suportadas pela concessionária e pelo poder concedente.

De outro lado, em relação aos riscos decorrentes de caso fortuito, embora não haja fórmula de compartilhamento, ocorre a alocação da extensão segurável do risco à concessionária. Em relação à extensão não segurável, há a previsão expressa acerca da possibilidade de revisão contratual com vista a recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

Em análise comparativa entre o contrato que rege a concessão da SPMAR (2010) e o contrato da TAMOIOS (2014), nota-se evolução tanto em relação à busca pela alocação mais eficiente dos riscos, quanto em relação ao maior detalhamento e compartilhamento dos riscos. Ainda, nota-se que houve maior alinhamento das disposições contratuais com as práticas sugeridas internacionalmente e pela doutrina.

Poucas diferenças são perceptíveis no contrato referente à concessão ENTREVIAS (2017) em relação à alocação constante do contrato antecedente (TAMOIOS), celebrado em 2014. Houve uma pequena expansão dos riscos alocados à concessionária, incluindo-se: (i) aqueles derivados de fato do príncipe, mas cujo impacto recaia sobre risco já alocado à concessionária (cláusula 19.1, xxxvii); e (ii) passivos não identificados pela concessionária (cláusula 19.1, xxxviii).

Em relação aos riscos alocados ao poder concedente, no contrato em questão, também houve expansão do rol, constatando-se a transferência expressa de 19 riscos (09 riscos a mais do que aqueles previstos no contrato anterior). Chama a atenção a mudança no tratamento em relação aos vícios ocultos identificados a qualquer tempo no sistema (existente e remanescente). Nos contratos anteriores, tais riscos eram expressamente alocados à concessionária e, neste contrato, foram transferidos ao poder concedente. Neste último contrato (ENTREVIAS, 2017), também, não houve detalhamento de fórmulas de compartilhamento de riscos.







II. PARTE ESPECIAL

6. PRINCIPAIS RISCOS EM CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E SUA ALOCAÇÃO

Apesar da identificação e da alocação dos riscos depender de análise a cada caso, tendo em vista as especificidades de cada empreendimento, o exame abstrato de certas categorias de riscos, presentes na imensa maioria dos contratos de concessão rodoviária, é bastante útil ao presente estudo. A identificação dos riscos que se apresentam em todos os projetos pode ser feita com base na experiência pretérita em concessões rodoviárias, tanto sob o panorama histórico brasileiro, quanto sob o panorama internacional.

Nesta Parte Especial se pretende apresentar um enquadramento crítico e propostas de alocação de responsabilidades em contratos de concessão e de PPP, relativamente a 06 categorias de riscos relevantes que têm impactado o desenvolvimento desses programas. Trata-se: (i) do risco de demanda; (ii) do risco de desapropriações/desocupações; (iii) do risco de projeto de engenharia e de projetos técnicos; e (iv) dos riscos ambientais.

6.1. O RISCO DE DEMANDA

O risco de demanda tem sido considerado como um dos riscos críticos a impactar concessões rodoviárias. Considera-se o risco de demanda a possibilidade de variação, para mais ou para menos, da utilização dos serviços pelos usuários, em vista das projeções iniciais.

Numa concessão rodoviária, a demanda se traduz na fruição da rodovia, que, como contrapartida, importa geralmente o pagamento de uma tarifa pelo usuário. Logo, o nível de demanda de uma rodovia (fluxo de veículos a fruir da rodovia) é um elemento crucial para estimar as receitas de um projeto concessionário. A depender do nível de vinculação da remuneração da concessionária ao nível de demanda (o que tende a ser absoluto nas concessões comuns reguladas pela lei nº 8.987/95), esse risco tende a ser crítico para a concessionária, pois essas variações impactam diretamente a receita do projeto. A depender de como o projeto esteja configurado, o nível de demanda pode também orientar os investimentos da concessionária na manutenção, sofisticação ou extensão da rodovia.

Fato é que, como a imensa maioria dos programas concessionários rodoviários pressupõe um sistema de remuneração informado diretamente (e pelos menos parcialmente) pela demanda, a alocação desse risco é considerada central na configuração dos ajustes. Trata-se de um elemento fundamental na definição do conteúdo econômico-financeiro da concessão. Afinal, as propostas comerciais ofertadas pelos interessados às Administrações para a outorga da concessão estarão

orientadas pela projeção de demanda. As propostas levarão necessariamente em consideração não apenas a percepção desse risco, mas a capacidade da concessionária em gerenciá-lo, assim com o seu nível de exposição ao risco (a dimensão do risco assumido).

Além disso, as estimativas de demanda, objeto dos estudos preliminares da concessão, compõem uma variável importante para a própria definição do valor da tarifa de referência e dos investimentos que serão demandados no projeto. A variação de demanda interfere, portanto, em ao menos 02 fatores essenciais na estruturação de empreendimentos rodoviários: os níveis de utilização das vias e as tarifas.¹

Além de ser extremamente importante para a definição dos aspectos centrais da concessão, a estimativa de demanda pode também se afigurar bastante problemática em diversos casos. Trata-se de afirmar que as projeções de demanda podem envolver margens de erro não desprezíveis, o que faz com que o contrato de concessão e de PPP tenha de acolher remédios para atenuar essa imprecisão, neutralizando tanto quanto possível os efeitos desta imprecisão em relação às partes.

6.1.1. O nível de imprecisão dos estudos de demanda

A projeção de demanda envolve variáveis diversas, com nível de imprecisão não desprezível. Nas concessões rodoviárias, por exemplo, o desenho da curva de demanda no médio e no longo prazo envolve projeções de crescimento do PIB, crescimento populacional, características da frota e possível competição com outros modais² e com outras rodovias. A existência de vias alternativas não pedagiadas e pesquisas de trajetos de origem e destino também costumam compor as variáveis que fundamentam as projeções de demanda.

Os estudos de demanda são formulados, essencialmente, com base em projeção de variáveis socioeconômicas. Trata-se de estimativas passíveis de imprecisões, influenciadas pela metodologia adotada para a formulação dos estudos, incluída a fonte dos dados e informações e os parâmetros utilizados. Vide, nesse sentido, críticas formuladas pelo TCU aos estudos de viabilidade formulados inicialmente pela ANTT para a BR-163/MS (Lote 6 da 3ª Etapa, fase III, PROCROFE), no qual a Casa de Contas apresentou visualmente diferentes estimativas de crescimento anual do PIB adotadas para projetos de desestatizações:

¹ EUROPEAN COMMISSION. Guidelines for successful Public-Private Partnerships, 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/s4B9Ky>>. Acesso em: 30 nov. 2017, p. 51.

² A exemplo, o estudo formulado para a BR 163 MT, da fase III da 3ª Etapa, levou em conta possível competição com o modal ferroviário, a partir da implementação de obras do PAC e do PIL na malha multimodal brasileira.

Figura 1 - Estimativa de crescimento anual do PIB empregado para projetar a demanda em desestatizações recentemente apreciadas pelo TCU



Fonte: Fonte: Tribunal de Contas da União, Relatório do Acórdão nº 3033/2013, referente ao TC 024.621/2013-7, Ata 45/2013, p. 285 [Apenso: TC 024.593/2013-3].

Tabela 5 - Estimativas de variação do PIB utilizadas para projetar a demanda nos EVTEAs de outorga da BR 163/MS (Lote 6) e dos trechos dos Lotes 1 a 5 e 7

ANO	ESTIMATIVA DE VARIAÇÃO DO PIB	
	BR 163/MS (LOTE 6)	LOTES 1, 2, 3, 4, 5 e 7
2013	2,47%	3,18%
2014	2,20%	3,67%
2015	2,50%	3,83%
2016	3,00%	3,73%
2017	3,00%	3,72%
2018	2,86%	3,72%
2019	2,73%	3,71%
2020	2,50%	3,70%
2030	2,50%	3,63%
2040	2,50%	3,56%

Fonte: Tribunal de Contas da União, Relatório do Acórdão nº 3033/2013, referente ao TC 024.621/2013-7, Ata 45/2013, p. 285 [Apenso: TC 024.593/2013-3].

O nível de imprecisão se acentua em projetos greenfield, em que não há histórico de fluxo de veículos para determinada via que se pretende construir. A dificuldade na projeção se relaciona, nesses casos, diretamente à inexistência de dados estatísticos prévios a embasarem a projeção, ampliando as chances de erro na estimativa de retorno dos investimentos realizados em determi-

nado empreendimento.³

Já por isso, é possível antecipar que, em muitos casos, a alocação do risco de demanda há de considerar a conveniência de compartilhamento desse risco, com vistas a evitar os indesejáveis efeitos econômicos que podem derivar da excessiva exposição da concessão às vicissitudes inerentes a isso.

6.1.2. A alocação do risco de demanda

Como visto nos modelos analisados, esse risco tem sido usualmente alocado integralmente para a concessionária⁴, apesar de já se identificar em alguns casos técnicas de compartilhamento desse risco. Isso significa que o impacto das variações de demanda – e, portanto, das receitas tarifárias – em relação às estimativas iniciais, será absorvido no fluxo de caixa da concessionária, para mais e para menos.⁵

³ PIRES; José Claudio Linhares; GIAMBIAGI, Fábio. Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 34, nº 4, 2000, p. 27-64.

⁴ Mais recentemente, tem-se visto vários programas no Brasil que já contam com fórmulas para o compartilhamento do risco de demanda, com vistas a mitigar a insegurança do projeto sob a óptica do investidor e do financiador. São exemplos os últimos contratos de concessão celebrados em âmbito estadual em São Paulo e no Paraná, sendo respectivamente a concessão de TAMOIOS (cláusula 26.5) e a concessão da PR-323 (cláusula 22.4). Veja-se a redação das cláusulas, respectivamente:

TAMOIOS: “26.5. RISCO DE DEMANDA – COMPARTILHAMENTO: 26.5.1. A partir do início do pagamento da Contraprestação Devida, e de acordo com o regramento estabelecido neste Contrato, entrará em vigência o mecanismo de compartilhamento do risco de demanda, que será aplicado por meio do estabelecimento de bandas de receita, conforme as diretrizes apresentadas a seguir. [...]”.

PR-323: “22.4. Caso a variação das receitas tarifárias supere o patamar de 20% (vinte por cento) para mais ou para menos do veículo equivalente estimado o mecanismo de mitigação do risco será o seguinte: 22.4.1. Quando ocorrer Variação Positiva de receitas tarifárias, os valores equivalentes a receita adicional decorrente desta variação, após descontada toda a tributação incidente (ISS, PIS/COFINS, IR/CSLL). Apurando-se, portanto, o saldo líquido de tributos para os fins da incidência dos percentuais abaixo, serão assim divididos: 22.4.1.1. 70% (setenta por cento) para o Poder Concedente; e 22.4.1.2. 30% (trinta por cento) para a concessionária. 22.4.2. Quando ocorrer uma Variação Negativa de Receitas Tarifárias, serão assim divididos: 22.4.2.1. 50% (cinquenta por cento) para o Poder Concedente; e 22.4.2.2. 50% (cinquenta por cento) para a Concessionária. 22.4.2.3. Caso a variação das receitas tarifárias supere o patamar de 70% (setenta por cento) para menos do veículo equivalente estimado, estabelecida no item 22.4.2 acima, o mecanismo de mitigação de risco será 100% (cem por cento) do Poder Concedente.”

⁵ Quando a demanda varia para mais relativamente à referência do estudo de demanda (estudo referencial divulgado pelo poder concedente com o programa de concessão ou PPP). Isto é: quando a demanda real verificada se revela maior do que a demanda estimada originariamente, diz que há um risco positivo. Já, sua variação para menos, verificando-se uma demanda menor do que aquela projetada pelos documentos que instruíram o programa e a licitação, caracteriza o risco negativo da demanda. Essas terminologias são registradas aqui apenas para facilitar as abordagens deste estudo.

A materialização desse risco, em casos assim, não ensejará a recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP.

Na experiência brasileira, há pelo menos 03 razões que têm justificado essa opção.

Em primeiro lugar, a tradição. Classicamente, os contratos de concessão têm importado na transferência do risco de exploração do negócio à concessionária – não apenas aqui, mas também em outros países da América Latina e da Europa⁶. Assim se passou com diversos setores, quando a concessionária era o único responsável pelas oscilações de demanda, considerada como um “risco ordinário” da concessão. Aliás, historicamente, os contratos de concessão não contavam com matrizes de riscos mais específicas e detalhadas, sendo a concessão entendida como um negócio que era integralmente transferido à gestão de um privado, com todas as vicissitudes que lhe são inerentes. Precisamente por isso – e também pelo reconhecimento de certas prerrogativas ao Poder Público no âmbito da relação contratual – é que se erigiu uma teoria da equação econômico-financeira dos contratos de concessão, para tutelar desequilíbrios mais expressivos oriundos do que se convencionou chamar de “álea extraordinária” da concessão.

Em segundo lugar, em virtude de uma interpretação estrita da norma do inciso II do art. 2º da lei nº 8.987/95⁷. Já se defendeu o entendimento de que esse dispositivo legal estaria a impor o deslocamento de todo o risco de demanda para a concessionária, por se valer da expressão “por sua conta e risco”. Entretanto, não é essa a interpretação mais adequada do preceito normativo. Fernando Vernalha Guimarães já abordou o problema, cuja conclusão é aqui integralmente acolhida:



“A locução “por sua conta e risco” relaciona-se muito mais à autonomia de gestão do concessionário, a qual pressupõe a reserva dos riscos atinentes às escolhas dos meios adequados para a produção dos resultados e metas esperadas para a concessão, do que propriamente à absorção de riscos específicos pelo concessionário.”⁸

Portanto, não se vê qualquer restrição jurídica, derivada do mencionado dispositivo da Lei

⁶ Aliás, um dos critérios muito debatidos no direito europeu para diferenciar os contratos de concessão de contratos convencionais foi precisamente a existência do risco de exploração do negócio sob a responsabilidade da concessionária. Para fins de aplicação do regime jurídico correspondente, discutia-se se determinado ajuste pressupunha a transferência do risco de exploração do negócio (que se confunde com o risco de demanda) para que submetido à disciplina da concessão de serviço público.

⁷ Eis o texto da norma: “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2017, p. 06.

Geral de Concessões, a que o risco de demanda seja retido pelo poder concedente ou compartilhado entre as partes.

Em terceiro lugar, em virtude de uma razão que se prende a um componente essencial do modelo concessionário, que é a transferência à concessionária de uma razoável autonomia para gerir o serviço público. Na medida em que a concessionária se responsabiliza pela gestão da concessão, encarregando-se da gestão dos meios para entregar os resultados esperados pelo poder concedente, é racional que sofra as consequências de suas escolhas. É por essa linha que se pretende oferecer racionalidade econômica para a opção de transferir-se integralmente o risco de demanda à concessionária, pretendendo seguir a premissa de que o risco deve ser alocado à parte com melhores condições para o seu gerenciamento (aquele, por exemplo, que detém o controle sobre o risco).

No entanto, nem a concessionária é a única responsável pelo controle do risco de demanda (isso varia também em função das características do regime de concessão – por exemplo: se está ou não submetido à concorrência e em que grau), nem o deslocamento integral desse risco à concessionária pode ser visto como a opção economicamente mais racional em muitos casos.

Nessa perspectiva, com a necessidade de atribuição do risco àquela parte que pode gerir o risco de forma mais eficiente, especialmente em vista dos custos envolvidos, tem ganhado força o entendimento de que o risco de demanda deve ser compartilhado. Essa corrente defende que como os fatores que interferem na demanda não estão sujeitos exclusivamente à gerência da concessionária, é necessária a transferência de parte do risco ao poder concedente.

6.1.3. Os fatores de risco que interferem na demanda e que não são gerenciáveis pela concessionária

Apesar de o risco de demanda estar sendo em muitos contratos de concessão alocado integralmente⁹ à concessionária, essa não é, necessariamente, a melhor opção para a formatação do ajuste da concessão. Isso se verifica particularmente no setor rodoviário. Seguindo-se a lógica de que o melhor agente para reter o risco é aquele com melhores condições para exercer o seu controle e a sua prevenção, não seria errado afirmar que, numa concessão rodoviária, há diversos fatores que

⁹ A afirmação não é cabível apenas para o setor rodoviário. No setor de concessões de aeroportos, por exemplo, nas últimas duas rodadas de concessão à iniciativa privada (em 2012 e 2013, foram licitados os aeroportos de Brasília/DF, Guarulhos e Viracopos, em São Paulo/SP; Galeão, no Rio de Janeiro/RJ e Confins, em Minas Gerais; em 2017, foram concedidos os aeroportos Pinto Martins, em Fortaleza/CE; Luiz Eduardo Magalhães, em Salvador/BA; Hercílio Luz, em Florianópolis/SC; e Salgado Filho, em Porto Alegre/RS), os contratos previram a alocação do risco integral de demanda à concessionária.

interferem no controle da demanda e que fogem à esfera de domínio e atuação da concessionária.

O domínio da concessionária sobre os fatores que interferem no risco de demanda é mais visível em setores onde o serviço público é operado em regime de concorrência, a depender do nível de competição no mercado, e onde se admite a liberdade tarifária. Nestes setores, a performance da concessionária tem uma relação mais direta com as oscilações na demanda. E os fatores exógenos tendem a ser compensados com os movimentos de mercado na alta e na baixa dos preços praticados.

Mas esse não é o caso do setor rodoviário, onde a utilização da infraestrutura está muito mais impactada por outros fatores do que propriamente pela performance da concessionária – embora esteja também orientada pelo nível de qualidade e de disponibilidade da rodovia, que são de responsabilidade da concessionária. Afinal, as variações de demanda não estão necessariamente ligadas ao desempenho da concessionária, sendo influenciada por variados fatores externos, como a existência de vias alternativas, crescimento da frota de veículos, restrições de acesso às vias, o crescimento populacional e desenvolvimento de atividades econômicas na região, entre outros.

Como já advertiu a doutrina:

“A alta longevidade dos contratos de PPP faz com que os níveis de demanda estejam expostos à influência de causas diversas, que muitas escapam do controle do concessionário: O ambiente macroeconômico (crises agudas na economia), por exemplo, pode propiciar quedas significativas de demanda, sem que isso possa ser adequadamente prevenido pelo parceiro privado. Diversos outros fatores poderão influenciar na variação da demanda de um serviço público, como o aumento de usuários estimulado por políticas governamentais ou como decorrência do próprio crescimento do PIB etc. Como essas projeções são difíceis e envolvem margens de erro não desprezíveis, o compartilhamento do risco de demanda surge como um mecanismo eficaz para impedir variações desproporcionais nos resultados financeiros da concessão, minimizando-se também problemas de instabilidade da taxa de retorno do projeto (o que acautela o financiador, desonerando custos financeiros do projeto)”¹⁰.

Neste particular, um dos principais fatores que interferem na demanda é o crescimento ou decréscimo da frota de veículos, o que é uma decorrência direta do crescimento ou decréscimo do próprio PIB (Produto Interno Bruto). A exemplo da influência de projeções do PIB na previsão de demanda, cite-se os estudos técnicos atinentes aos Lotes 1 a 5 e 7, da fase III da 3ª Etapa do PROCROFE. Eles trazem elasticidade – PIB no valor inicial de 1,2 e 1,5 para veículos leves e pesados, respectivamente, “convergindo gradualmente para a unidade e estabilizando-se nesse patamar a

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2017, p. 21.

partir de 2029”¹¹. Em tais casos, elasticidade equivalente a 1,2 corresponde a um aumento em 0,2% da quantidade esperada de veículos a trafegar naquelas rodovias a cada aumento de um ponto percentual no PIB.¹²

A concessionária não detém, obviamente, o controle sobre os eventos que possam interferir no crescimento ou decréscimo do PIB, muito menos sobre outros que possam concorrer para o aumento ou a diminuição da frota de veículos.¹³

Tome-se como exemplo o advento de crise macroeconômica apta a impactar sensivelmente a demanda por serviços rodoviários. Em casos assim, onde o comprometimento da receita da concessão atinja níveis críticos, sem que o contrato preveja mecanismos para a compensação desses prejuízos (o que poderia ocorrer por meio, por exemplo, do compartilhamento do risco de demanda), os desvios no fluxo de caixa podem conduzir à morte da concessão, com prejuízos não apenas à concessionária, mas ao poder concedente e aos usuários.¹⁴

Logo, especialmente em setores onde o nível de concorrência do serviço público é baixo ou inexistente, como no caso de concessões rodoviárias, a demanda afigura-se bastante sensível a fatores exógenos à esfera de controle da concessionária. Se assim for, o deslocamento integral para si do risco de demanda pode caracterizar uma distribuição de riscos apta não só a gerar ineficiências no contrato, como o risco de especulação comercial pelos interessados sobre as projeções de receita da concessão.

¹¹ Tribunal de Contas da União, Relatório do Acórdão nº 3033/2013, referente ao TC 024.621/2013-7, Ata 45/2013, p. 285 [Apenso: TC 024.593/2013-3].

¹² Ob. Cit.

¹³ Fernando Vernalha, já advertiu que: “Não é possível afirmar que a concessionária seja, em todos os casos, o único detentor do controle sobre o risco de demanda – o que, de um ponto de vista da racionalidade econômica, justificaria o deslocamento do risco à sua responsabilidade. Os níveis de demanda, a depender da natureza do serviço, podem ser influenciados por outros fatores que não o desempenho da concessionária na prestação do serviço. Ademais disso, a concessionária muitas vezes não detém capacidade de melhor gerenciar esses riscos (adquirir instrumentos de prevenção ou capacidade de mitigação dos prejuízos de modo mais eficiente do que o parceiro público). As concessões rodoviárias são um exemplo. As variações na demanda são influenciadas por fatores diversos, como a ausência de vias alternativas, o crescimento da frota de veículos, o advento de restrições de acesso à rodovia etc. A concessionária não será o único a influir na variação do fluxo de veículos inerente ao funcionamento de uma concessão rodoviária. Assim também se passa com outros serviços públicos. Logo, seria excessivo pretender vincular, em todos os casos, o risco de demanda à responsabilidade da concessionária na PPP”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2015.)

¹⁴ Um exemplo a ser mencionado é o da concessão do aeroporto de Viracopos, em que o cenário de crise econômica afetou fortemente a demanda. No caso em questão, verificou-se, no ano de 2016, diferença de, aproximadamente, 6 milhões de passageiros, entre o esperado e o ocorrido. Enquanto a projeção indicada que o número de passageiros transportados seria de cerca de 15,2 milhões, apenas 9,3 efetivamente utilizaram os serviços do aeroporto. Diferença significativa entre projeção e realidade também se verificou no transporte de cargas, em que projeções previam em torno 450 mil toneladas de cargas processadas, frente ao volume real processado giraram em cerca de 165 mil toneladas. Tal situação, por evidente, gerou frustração das receitas projetadas para fazer frente aos investimentos previstos no contrato de concessão, acarretando dificuldades financeiras para a concessionária. Essa conjuntura levou a concessionária a buscar a via de resolução consensual do contrato pela relicitação regulada pela Lei nº. 13.448/2017.

6.1.4. Os efeitos deletérios derivados da alocação integral do risco de demanda à concessionária

Um efeito da exposição excessiva da concessionária a certos riscos da concessão é o incremento dos custos de transação. Em situações em que a concessionária vislumbrar riscos não-gerenciáveis ou não-seguráveis sob sua responsabilidade, a tendência é que o provisionamento para o gerenciamento desses riscos seja bastante custoso. Isso porque, relativamente a esses riscos, os interessados tendem a precificar seus custos sob cenários pessimistas, buscando se proteger de perdas mais expressivas. Como resultado, há a elevação do preço da concessão, que passa incorporar ineficiências derivadas dos custos desses riscos.

Logo, e como já pontuado acima, riscos não-gerenciáveis ou não-seguráveis não devem ser deslocados integralmente à concessionária, por acarretarem o incremento dos custos do projeto. Seria lógico supor, portanto, que em casos onde o controle sobre o risco é partilhado entre poder concedente e concessionária, fórmulas de compartilhamento da responsabilidade sobre o risco devem ser consideradas.

Um outro possível efeito nocivo da alocação integral do risco de demanda para a concessionária está na possibilidade de especulação comercial sobre as projeções de demanda ou até mesmo o risco de fraude à licitação. Trata-se do risco de manipulação dos dados da demanda projetada com vistas a possibilitar não apenas descontos mais expressivos na licitação, mas a transformação da receita da concessão ao longo do projeto. Deprimindo artificialmente as estimativas de demanda, planta-se a possibilidade futura de ampliação significativa da receita da concessão. A estratégia pode ser utilizada como fraude para transformar o preço da concessão a partir da falsificação da projeção e demanda.

Nesse sentido, verifica-se que a manipulação das projeções de demanda pode se dar tanto pelo poder concedente, quanto pela concessionária, a depender da alocação do risco:

“Em síntese, há tendência de subestimação do tráfego pelo poder público quando o risco de demanda está alocado ao poder público, quando o poder público é avesso ao risco e a restrição orçamentária é alta. A superestimação aconteceria quando a administração deseja tirar o projeto do papel e quando valoriza o curto prazo. Para o operador privado, a subestimação ocorre quando há pouca competição e há aversão ao risco por parte da empresa privada. Por outro lado, a empresa privada superestima a demanda quando a renegociação de contratos é facilitada e quando há muita incerteza no negócio.”¹⁵

¹⁵ LANA, Bruno de Carvalho. Análise do fluxo de veículos e do cronograma de investimentos em concessões rodoviárias. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Engenharia, 2014.

Portanto, não se pode desprezar os efeitos da alocação integral do risco de demanda à concessionária no ambiente da licitação. Como visto, a prática pode também abrir a porta para o gerenciamento do resultado na licitação, em função da manipulação das estimativas de demanda.

6.1.5. Breve análise sobre a concessão da M1-M15 Motorway (Hungria)

Um caso emblemático que pode ser analisado relativamente a problemas havidos com o deslocamento integral e acrítico do risco de demanda à concessionária é a concessão húngara da M1-M15 Motorway. Trata-se de projeto de concessão com prazo de 35 anos, envolvendo a projeção, o financiamento, a construção, operação e transferência da rodovia de Győr para a fronteira austríaca (M1) e 14 km de rodovias ligando a M1 à Bratislava (M15). Segundo revela o Resource Book, houve uma superestimativa do tráfego nas vias objeto da concessão, bem como a adoção de critérios inadequados na licitação:

“O volume de tráfego no primeiro ano da operação comercial totalizou 6,350 AAD, correspondente a 46% das estimativas originais e o total arrecadado em pedágios pela ELMKA correspondeu a 50% da projeção inicial. Isso decorreu substancialmente do desvio dos veículos comerciais para rotas alternativas não pedagiadas. Ainda, o volume de carros com passageiros reduziu em decorrência da construção de grandes shoppings na Hungria, eliminando a necessidade de viagens transfronteiriças. Além disso, atrasos com formalidades relacionadas às fronteiras, de 8 a 10 horas para alguns passageiros, reduziram a importância da potencial economia de tempo decorrente do projeto.”¹⁶

Discussões referentes à concessão foram levadas ao Poder Judiciário local, inclusive envolvendo o questionamento do valor dos pedágios cobrados. Houve decisão judicial no sentido de que o valor de pedágio cobrado não era adequado ao nível de serviço prestado.¹⁷ Como consequência dos litígios houve a suspensão dos empréstimos à concessionária que sofreu com os efeitos inadimplência e baixo fluxo de caixa. Ao final, a concessão foi transferida a uma empresa pública, que assumiu as dívidas e fez refinanciamentos, reestruturando os financiamentos originais e as respectivas garantias.¹⁸

O exemplo húngaro em muito se assemelha à situação enfrentada por concessionárias de

¹⁶ European Commission. Resource Book on PPP Case Studies, 2004, p. 94. Disponível em: <<https://goo.gl/gTdcDt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹⁷ European Commission. Op. Cit., 2004, p. 94.

¹⁸ European Commission. Op. Cit., 2004, p. 94.

diversos setores da infraestrutura no Brasil, que vêm sofrendo com as consequências advindas da queda de demanda em relação à projeção inicial, muito em razão da prolongada crise econômica vivenciada nos últimos anos. Daí a importância de se analisar as consequências do caso da Hungria, com vistas ao aperfeiçoamento do modelo brasileiro, a fim de se evitar resultados gravosos aos programas concessionários.

Conforme pontua o Resource Book¹⁹, o caso demonstra o perigo “em relação ao risco de demanda nos projetos do tipo greenfield em que há a transferência dos riscos ao setor privado sem adoção de estratégias de mitigação ou contingenciamento”.

Note-se que o projeto revela a dificuldade na gestão de determinados riscos exclusivamente pela concessionária, indica a necessidade da análise criteriosa de todos os riscos envolvidos no empreendimento e do desenvolvimento de estratégias de mitigação e contingenciamento no caso de materialização dos riscos. O desenvolvimento e a execução dessas estratégias não precisam ser realizados exclusivamente pela concessionária, podendo haver o compartilhamento de determinados riscos.

6.1.6. Proposta para otimizar a alocação do risco de demanda

Em vista do que foi exposto, parece certo que a opção por deslocar pura e simplesmente o risco integral de demanda à concessionária pode não se traduzir na formatação mais eficiente para a concessão. Na grande maioria dos casos, aliás, não será.

O grande problema, como visto, está nas variações mais acentuadas na demanda – problema maior ainda nas variações acentuadas e prolongadas -, que acabam por impactar de modo mais intenso o fluxo de caixa da concessão. As variações menos expressivas, e que se justificam nas vicissitudes naturais de qualquer empreendimento desta natureza, podem muito bem ser absorvidas no fluxo de caixa do projeto, e podem ser consideradas como “riscos ordinários” da concessão.

Logo, é necessário distinguir entre o “risco ordinário” do “risco extraordinário” nas concessões rodoviárias. Esse último é um risco pouco palatável para a concessionária, que não conta com meios eficazes para administrar sua prevenção ou mitigar os prejuízos derivados de sua materialização.

Uma proposta para tratar o problema – e que, de resto, já se tem visto em algumas modelagens no setor de transportes – está no acolhimento de fórmulas de compartilhamento do risco de demanda, identificando-se bandas de risco para a concessionária, para o poder concedente, e de compartilhamento de prejuízos. Essas bandas representam percentuais de variação da demanda em função

¹⁹ European Commission. Op. Cit., 2004, p. 95.

das projeções divulgadas com a documentação da licitação.

A primeira banda de variação seria aquela própria da esfera de risco da concessionária, com percentuais menores, compondo o “risco ordinário” da concessão. Por exemplo: x% de risco positivo e x% de risco negativo. Variações de x% para mais e para menos em função das projeções divulgadas pelo poder concedente seriam de responsabilidade da concessionária.

Uma segunda banda de risco positivo, delimitada a partir de x%, poderia constituir uma zona de risco compartilhado, por exemplo: 50% dos bônus para o poder concedente e 50% dos bônus para a concessionária. Assim como a terceira banda de risco negativo, delimitada a partir de x%, poderia ser de responsabilidade exclusiva do poder concedente²⁰, com vistas a mitigar a insegurança da concessionária, dos investidores e dos financiadores reativamente a cenários de prejuízos mais acentuados para o projeto.

Esses são apenas exemplos de fórmulas vocacionadas a tratar o compartilhamento do risco de demanda. Esses percentuais e a delimitação de responsabilidades será algo a ser encontrado em cada caso. O importante é considerar-se que essas fórmulas não devem eliminar o regime de incentivos natural às concessões – isto é: não é recomendável eliminar a zona de risco de demanda sob responsabilidade exclusiva da concessionária e é recomendável que o risco positivo que exceder os limites da banda exclusiva da concessionária seja sempre compartilhado, pelo menos em alguma medida, com o poder concedente. Bem assim, que essas fórmulas tendam a eliminar o risco de perdas mais acentuadas na concessão, aptas a causar grave impacto no fluxo de caixa, como, por exemplo, bandas de variação de risco negativo a partir de certo percentual em relação às estimativas de demanda. Isso se alcança a partir da alocação dessas zonas de risco negativa a exclusiva esfera de responsabilidade do poder concedente.

No Brasil, como exemplo do compartilhamento do risco de demanda, pode-se citar o caso da concessão patrocinada da Rodovia MG-050. Nessa concessão, há previsão contratual (Cláusula 30) de uma faixa de variação da demanda projetada no estudo de tráfego. Variações, para mais ou para menos, em percentual de até 10% são risco exclusivo da concessionária. Porém, em caso de variações superiores a tal limite, há compartilhamento no percentual de 50% para concessionária e para poder concedente.

Outro exemplo do compartilhamento do risco de demanda que pode ser citado é o observado na concessão patrocinada da PR-323. Neste caso, estabeleceu-se como variação natural do tráfego o percentual de até 20%, sendo que as variações (para ou para menos) acima desse percentual dão ensejo às previsões de compartilhamento. No caso de variação negativa o compartilhamento ocorre na razão de 50% para cada parte (cláusula 22.4.2), exceto no caso de variação negativa superior a 70%, hipótese em que o risco será assumido integralmente pelo poder concedente (cláusula 22.4.2.3). Em caso de variação positiva, o compartilhamento será de 70% para o poder concedente e 30% para a

²⁰ Na prática, a depender da via utilizada para a compensação pelas variações de demanda, o custeio desse risco pode ser transferido aos usuários, por meio, por exemplo, de alteração no valor das tarifas.

concessionária (cláusula 22.4.1).

A filosofia subjacente a esse sistema de compartilhamento é justamente evitar o risco de perdas acentuadas à concessão, o que provoca o risco de sua descontinuidade, com todos os prejuízos que lhe são inerentes (inclusive ao poder concedente e aos usuários), assim como permitir o compartilhamento de ganhos mais expressivos da concessionária com os usuários do sistema. Trata-se, por isso, de sistemática para a gerar maior eficiência ao contrato de concessão, por imprimir maior segurança em relação à performance econômico-financeira do projeto (o que ajuda a minimizar custos financeiros, por exemplo, com economias à concessão), como maior justiça na distribuição dos eventuais excedentes, carreando aos usuários os resultados dos riscos positivos da concessão.

A metódica para a compensação da materialização desses riscos pode também variar bastante, sendo uma questão a ser customizada pelos contratos. O ideal é que essas compensações obedeçam a periodicidade anual, sendo a compensação operada por meio de compensação tarifária, no caso de concessão comum, ou aumento de contraprestação pública somada à compensação tarifária em caso de PPP, com referência no histórico do último ano. Mas esses cálculos a orientar os ajustes tarifários não serão simples, pois dependerão de diversas variáveis.

É relevante advertir que os casos em que a compensação se opere mediante contraprestação pública (de natureza pecuniária) atrairão as preocupações inerentes à responsabilidade fiscal. Como essas compensações não são plenamente quantificáveis ao início do projeto, ou ao início de cada exercício, há uma questão orçamentária a ser encaminhada. Talvez faça sentido a previsão de “travas” orçamentárias com vistas a delimitar objetivamente o comprometimento máximo orçamentário.

6.2. RISCO DE PROJETOS DE ENGENHARIA E TÉCNICOS

A alocação dos riscos de projetos, também conhecidos como riscos de design, é considerada crítica para os fins da estruturação de projetos concessionários, em vista de sua repercussão tanto no alinhamento de incentivos desejável para a eficiência do contrato, como no ambiente concorrencial da licitação. Afinal, por um lado, os defeitos ou problemas relacionados a projetos têm direta repercussão no âmbito da execução das obras que lhe são relacionais, assim como nos problemas e custos atinentes à sua manutenção por todo o ciclo de vida do contrato. Isso requer que a alocação do risco de projeto esteja sempre relacionada à alocação dos riscos ligados à construção e manutenção da infraestrutura. Por outro lado, a alocação do risco de projeto pressupõe um entendimento acerca do nível de detalhamento informacional do projeto para os fins da licitação. Uma licitação baseada em projetos exaustivos oferece um ambiente mais seguro e estável para a competição entre os ofertantes (melhorando o nível de objetividade na licitação), mas inibe os ganhos de eficiência que podem derivar da expertise da concessionária em elaborar projetos tecnicamente adequados e aderentes à realidade e eficientemente orientados pela integração do risco de projeto, dos riscos de construção e dos riscos

de manutenção da infraestrutura.

Logo, a discussão em torno do risco de projeto atrai um inevitável trade-off entre (i) ampliar a eficiência do contrato pelo alinhamento de interesses e integração de riscos relacionados e (ii) melhorar a qualidade da análise comparativa entre propostas, assim como da orçamentação do objeto da concessão. Uma questão subjacente a isso está no nível de detalhamento e de informações técnicas vinculantes prescritos pelos documentos da licitação relativamente aos projetos. A densidade destas definições é o que calibrará autonomia da concessionária em inovar ou em contribuir tecnicamente com a confecção do projeto e, por conseguinte, com a identificação das melhores soluções para a execução da concessão. Esse trade-off, como se verá, tem sido resolvido costumeiramente com a garantia de uma maior margem de autonomia para as concessionárias em contribuir com os projetos, deixando para a Administração apenas as definições quanto ao anteprojeto ou aos elementos do projeto básico. O tema será melhor examinado adiante.

É necessário advertir também que a expressão risco de projeto pode envolver um sem-número de riscos ou sub-riscos relacionados a intercorrências com os projetos da concessão. A matriz de riscos do contrato acabará por alocar esses riscos mais específicos a uma ou a outra parte, matizando a esfera de responsabilidade das partes conforme a especificidade da situação de risco. E é bastante adequado, aliás, que a matriz de riscos possua um nível de especificidade avançado, enquadrando cada situação hipotética específica à responsabilidade de uma ou de outra parte, ou ainda ao seu compartilhamento. Assim, e por exemplo, ainda que à concessionária tenha sido atribuído o risco de projeto, tal não significa que a falta de aderência do projeto às condições geológicas do terreno onde será implantada a infraestrutura esteja necessariamente alcançada pela alocação deste risco. O mesmo se poderia dizer da necessidade de adequações do projeto derivada da atualização regulatória. Isso dependerá da alocação pelo contrato de outros riscos, como o risco de intercorrência geológicas a impactar o projeto ou a obra, o risco de interferências subterrâneas, o risco de alterações regulatórias setoriais, ou, finalmente, a alocação do risco de caso fortuito e força maior etc. Isto é: os riscos relacionados a problemas com o projeto podem ser bastante específicos e podem estar alocados de múltiplas maneiras no contrato de concessão. Sempre que um risco se materializar, os seus efeitos serão atribuídos às partes a partir de uma análise sistemática da matriz de riscos.

Dado, enfim, o impacto dos projetos no natural desenvolvimento da concessão, tanto na fase de construção, quanto nas fases de operação e manutenção, a alocação deste risco adquire grande relevância no ciclo de vida da concessão.

6.2.1. Disposições normativas

As previsões legais envolvendo a fase de elaboração de projetos, em geral, apontam a atribuição de certo poder decisório às concessionárias em relação à modelagem do empreendimento, cabendo ao poder concedente a definição (em edital) dos parâmetros mínimos a serem observados.

A lei nº 8.987/1995, ao tratar dos elementos que deverão constar do edital de licitação de

concessões, exige, em seu art. 18, inc. IV, a indicação pelo poder concedente acerca dos projetos técnicos em geral que devem ser apresentados às licitantes, sem a definição de um conteúdo mínimo em relação a estes (à exceção de projeto de engenharia para obras). Nesse sentido, a agenda regulatória da ANTT possui em seu banco de temas, eixo temático 02, um ponto específico de discussão envolvendo a avaliação dos elementos básicos que vem sendo utilizados e a respectiva suficiência destes para as novas outorgas. O objetivo desse eixo é o desenvolvimento de regulamento que preencha a lacuna mencionada e existente até o momento.²¹

A legislação define um conteúdo mínimo apenas em relação a projetos de obras para concessões que contem com uma fase de execução de obra pública, exigindo, no art. 18, inc. XV, que o edital disponibilize os “elementos” do projeto básico a permitir caracterização técnica da obra.²² A noção de elementos do projeto básico é fluida e não possui uma delimitação precisa em relação ao seu conteúdo.

Por sua vez, a lei nº 11.079/2004 exige que os estudos de engenharia para a definição do valor de investimento da PPP deverão ter detalhamento mínimo em nível de anteprojeto (art. 10, §4º), noção que pode servir de referência para orientar a locução “elementos do projeto” veiculada pela lei nº 8.987/95.

Nesse aspecto, nota-se que há dificuldades em delimitar o conteúdo mínimo do anteprojeto. O Instituto Brasileiro de Auditoria de Engenharia (IBRAENG) define o anteprojeto como o conjunto de documentos que caracterizam a obra a ser realizada, apresentando a modelagem aprovada em estudo de viabilidade. Ainda, indica que o anteprojeto é o que permite a estimativa do preço global da obra a ser realizada, bem como estimativa do prazo necessário para a construção e elaboração do projeto executivo.²³

De outro lado, o TCU entende o anteprojeto como um projeto preliminar e afirma que não possui elementos suficientes para a perfeita caracterização da obra, possibilitando apenas o conhecimento do empreendimento a ser desenvolvido, a partir da definição de diretrizes.²⁴

Note-se que, a depender do tipo de obra a ser executada, o IBRAENG exige diferentes documentos para composição do o anteprojeto. Nessa linha, são elementos mínimos para anteprojetos de obras rodoviárias, conforme orientação técnica OT-002/2014: (i) Necessidade de obras/serviço; (ii) Levantamento Topográfico; (iii) Sondagens de solo; (iv) Terraplanagem; (v) Geometria da via; (vi) Concepção de pavimentação; (vii) Concepções preliminares dos projetos complementares; (viii) Licença

²¹ Veja-se o item 02 do Eixo Temático 02, intitulado “Definição dos elementos de projeto básico para novas outorgas para a exploração da infraestrutura rodoviária federal”, disponível em: <<https://goo.gl/CYnPYc>>.

²² Veja-se a redação do art. 18, inc. XV: “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, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra”.

²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE ENGENHARIA. OT-002/2014-IBRAENG: elementos mínimos para anteprojetos de engenharia. Fortaleza, 2014 Disponível em: <https://goo.gl/pf5RWE>. Acesso em: 08 jan. 2017, p. 03.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Obras Públicas: Recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas, 4ª Edição. Brasília, 2014, p. 12. Disponível em: <<https://goo.gl/BphvBx>>. Acesso em: 01/03/2018.

ambiental prévia; (ix) Estimativa de custos; (x) Cronograma preliminar da execução.

Ainda, as agências reguladoras costumam regulamentar a questão, a exemplo pode-se citar a normativa nº 09/2016 do DNIT, que define os elementos mínimos para os projetos produzidos nos casos de contratações integradas sob o regime de RDC.

Os riscos que emergem de estudos iniciais ou das delimitações realizadas pelo poder concedente em sede de edital de licitação são costumeiramente assumidos por este, excetuando-se os casos em que esses dados são disponibilizados apenas em caráter informativo e não vinculante. No que ultrapassar essas indicações iniciais vinculantes e encontrarem-se no âmbito de liberdade da concessionária, haverá atribuição do risco para esta última, responsável pela gestão e confecção das demais fases de detalhamento dos projetos e sua implantação.²⁵

6.2.2. A alocação do risco de projetos de engenharia e técnicos

Em linha com as disposições normativas, a alocação usual para o risco de projeto, a partir da delimitação inicial do anteprojeto, é à responsabilidade da concessionária. Há o reconhecimento de que a concessionária não apenas é quem detém melhores expertise e condições técnicas para isso, mas é quem figura usualmente como responsável pela realização das obras e por sua subsequente manutenção pelo prazo da concessão, o que atrai a alocação dos riscos relacionados com o projeto.

Cite-se como exemplo os contratos de concessão da Fase III da 3ª Etapa do PROCROFE, em que o dever de elaboração dos projetos é atribuído integralmente à concessionária, inclusive em relação aos anteprojetos relativos às obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço e da Frente de Serviços Operacionais. É o que se depreende, por exemplo, das cláusulas 6.2, 6.2.3 e 6.3 de tais contratos:

“6.2. Como condição para execução das obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço e da Frente de Serviços Operacionais previstas no PER, a Concessionária deverá encaminhar o anteprojeto à ANTT, com Anotação de Responsabilidade Técnica, garantindo que o anteprojeto está de acordo com as normas técnicas vigentes, e obter a não objeção desta Agência, nos termos desta subcláusula. [...]”

6.2.3. Caso a obra executada esteja em desacordo com as normas técnicas e parâmetros do PER, os ajustes ou correções necessários serão executados pela Concessionária sem qualquer direito a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

6.3. A não objeção ao anteprojeto ou projeto executivo pela ANTT, quando for o caso, não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica por parte desta.”

²⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2005, p. 250.

A lógica na alocação desse risco está relacionada ao poder de decisão da concessionária em relação à modelagem e envergadura da obra. É dizer, a atribuição - maior ou menor - do risco de projeto à concessionária deve estar alinhada *pari passu* à sua liberdade para a elaboração e adaptação dos projetos, “*de maneira que quanto maior é o poder de decisão transferido ao agente privado, mais (racionalmente) o risco pode ser assumido por ele.*”²⁶

Quanto maior a autonomia dada à concessionária, tanto maior deverá ser sua responsabilidade pelo risco de projeto. De outro lado, quanto maior a interferência do poder concedente ou a imposição de requisitos obrigatórios no projeto, maior a transferência do risco a este.

Veja-se que as Guidelines for Successful PPPs, produzidas pela European Commission, sugerem que a alocação de riscos considere a capacidade da contratada em trazer novas soluções e standards para o projeto que aumentem sua eficiência e reduzam os custos, produzindo a maximização do Value for Money. Para tanto, recomendam que a alocação do risco pressuponha delimitação no tocante (i) à liberdade da concessionária para agregar standards técnicos e inovar no projeto; (ii) à compatibilidade entre o processo de licitação e as necessidades envolvidas na concessão; (iii) aos padrões técnicos mínimos que integram o objeto contratual; (iv) como será feita a fiscalização da execução contratual, e (v) aos aspectos de desenvolvimento das fases de manutenção e operação do empreendimento.²⁷

Notável que a racionalidade da alocação do risco de projetos para a concessionária pauta-se no dever desta de desenvolver um projeto que se mostre adequado ao objeto e às especificações de execução contratual, noção que se reforça nos casos em que, além da confecção dos projetos, a concessionária também é responsável, posteriormente, pela construção, operação e manutenção do empreendimento.²⁸

Trata-se da utilização da modelagem de bundling, que une sob responsabilidade da concessionária todas as fases de design, financiamento, construção e operação do empreendimento²⁹. Refere-se a uma estrutura de incentivos que promove a eficiência na execução da concessão, pois estimula a concessionária a desenvolver os projetos mais bem-acabados e aderentes à realidade, uma vez que as consequências onerosas de projetos mal elaborados serão arcadas por si ao longo das fases subsequentes da concessão³⁰. Como afirma Mervyn Lewis:

²⁶ FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Op. Cit., p. 37. Em linha com esse entendimento: “The risk to government in all of this is that its detailed intervention in the design may make government, in a practical sense, responsible for the design and make the allocation of design risk to the private party ineffective.” (PARTNERSHIPS VICTORIA. Op. Cit., p. 53)

²⁷ EUROPEAN COMMISSION. Op. Cit., p. 83.

²⁸ GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts, 2016 edition, p. 18. Disponível em: <<https://ppp-risk.gihub.org/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

²⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: MARÇAL, Justen Filho; SCHWIND, Rafael Wallbach. Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 250-252. Veja-se também: FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Op. Cit., p. 37.

³⁰ FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. Op. Cit., p. 37.



“From a government point of view, risk transfer is most effective if there is a ‘whole of cycle’ contract with a single private party, to give that party the strongest possible incentive to ensure that the design and construction phase converts into a highly effective operation.”³¹

Trata-se de afirmar que,

“ao se concentrar esses riscos na esfera de responsabilidade do concessionário, a ele se gera incentivo para perseguir a formatação mais eficiente para o projeto, pois os riscos de projeto se retratarão em maiores ônus ao longo da execução da obra (risco de construção), assim como para zelar pela qualidade da obra, uma vez que os seus defeitos construtivos se retrarão em despesas durante o período de manutenção (riscos de manutenção/operação).



De um ponto de vista da alocação de riscos, portanto, o objetivo em se transferir a responsabilidade de confecção do projeto ao parceiro privado parece residir no deslocamento dos riscos decorrentes de sua concepção àquele que se encarregará de executar e gerir a obra por longo termo (o concessionário). A partir dos elementos essenciais do projeto fornecidos com a licitação e com vistas a atender às finalidades, parâmetros e resultados exigidos para o serviço, o projeto será customizado pelo concessionário, que assumirá (pelo menos em parte) os riscos de exploração e administração do empreendimento. Assim, a má execução do projeto implicará maiores ônus para a execução e manutenção da obra. Com isso, o parceiro público poderá obter ganhos de eficiência e evitar, inclusive, condutas oportunistas do concessionário em pretender transferir-lhe a responsabilidade por problemas construtivos e funcionais relacionados à obra (sob alegação de defeitos de projeto). Cria-se, daí, uma interessante estrutura de incentivos (bundling), concentrando-se sob a responsabilidade do parceiro privado os riscos de projeto (design risk), de execução da obra (construction risk) e, ainda, de sua gestão-manutenção por um longo termo – tudo a depender da alocação de riscos definida em contrato”.³²

A chave de calibragem da eficiência dessa estrutura reside precisamente no nível de informação e detalhamento vinculante do projeto que será divulgado pelo poder concedente durante a licitação. Se é verdade que o sistema de incentivo será neutralizado nos casos em que houver a

³¹ LEWIS, Mervyn K. Risk Management in Public Private Partnerships. CeGE Discussion Paper, 2001, p. 09. Disponível em: <<https://goo.gl/dKw9XT>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

³² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/2004. Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 251

imposição da observância de requisitos ou padrões rígidos na elaboração do projeto e em relação ao design do empreendimento, é certo também que a insuficiência na delimitação dos elementos do projeto pode dificultar a elaboração de orçamentos e a construção de parâmetros mínimos para orientar a apresentação de propostas na licitação. Além disso, a ausência de um nível minimamente suficiente à caracterização do projeto poderá dificultar o exercício de controle de resultados pelo poder concedente.

Nas palavras de Fernando Vernalha:

“essa estrutura é apta, no entanto, a gerar trade-offs, pois a concentração dos riscos à responsabilidade do parceiro privado - que pressupõe a assunção por si dos encargos de elaboração do projeto básico (design), além da condição de gerenciar os meios adequados para o atingimento das metas estabelecidas para o serviço (quando haverá o prevailecimento de remuneração por performance - output specification) - gera uma espécie de déficit de controle pelo parceiro público, além de propiciar dificuldades atinentes ao processo de licitação³³. De todo o modo, a estrutura de bundling tem sido um modelo eficaz para alcançar o alinhamento de interesses na PPP, otimizando a eficiência do contrato”.³⁴

O contrato de concessão deverá acolher práticas voltadas à neutralização do déficit de controle sobre o conteúdo dos projetos, em função da margem de autonomia assegurada à concessionária, definindo procedimentos voltados à aprovação dos projetos. Além de critérios relacionados a essa análise, é conveniente que o contrato indique experts externos aos quadros do poder concedente, com a função de exercer o juízo técnico sobre a adequação dos projetos. A integração de consultores e pareceristas externos aos quadros do poder concedente para o exercício desse controle, mesmo que tal dependa de atos de aprovação e de homologação do poder concedente, concorre para a redução do risco de interferências políticas e administrativas sobre a avaliação dos projetos, o que propicia a redução de custos transacionais à concessão.

Além disso, os contratos poderão prever mecanismos voltados à própria mitigação do risco de projetos, como exigências de qualificação relacionadas às consultorias e aos profissionais contratados para a execução do projeto, apresentadas por ocasião da sua entrega definitiva e como condicionantes de sua aprovação, assim como expedientes e fases vocacionados à revisão de projetos, em que participam poder concedente e concessionária (GI Hub).³⁵

³³ A ausência de completude do projeto é o que propicia o desenho de contratos mais eficientes, permitindo-se que a remuneração do parceiro privado esteja atrelada à performance (resultados). Mas isso importa um déficit de objetividade no processo de licitação.

³⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/2004. Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores - 1.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 251/252.

³⁵ GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. Op. Cit., p. 18-19.

6.3. RISCO DE DESAPROPRIAÇÃO

Os custos com desapropriações e eventuais atrasos na implantação das obras - e custos daí decorrentes - constituem riscos relacionados às desapropriações que devem ser considerados pelas partes contratantes. A materialização desses riscos pode ser impactada por diferentes questões, a exemplo de erros de anteprojeto, demora na formalização de atos a cargo do poder concedente, discussões acerca do valor de indenização e demora na tramitação da fase judicial.³⁶

Se, de um lado, a concessionária possui maior facilidade em disponibilizar os recursos financeiros necessários ao pagamento das indenizações, de outro, a emissão do Decreto de Utilidade Pública (DUP) decorre de poder de polícia estatal e, nesses termos, constitui ato exclusivo do poder público. A extensão da responsabilidade de cada parte deve considerar a aptidão de gerenciamento de cada aspecto da desapropriação pelo parceiro privado e pelo poder público, considerando-se a possibilidade de compartilhamento desse risco.³⁷

Como se sabe, desapropriação é um expediente complexo, que abrange não apenas a formalização de um ato privativo da autoridade pública (Decreto de Utilidade Pública), como um procedimento derivado, que envolve atos passíveis de serem implementados pelo particular, inclusive o custeio de providências, como a própria aquisição do domínio dos imóveis.

Regulada pelo decreto-lei nº 3.365/1941, a desapropriação se opera por meio de decreto do chefe do Poder Executivo - o DUP - ou, mais raramente, por lei. O procedimento tem início na fase administrativa, composta por duas etapas: a que precede a declaração de utilidade pública e a subsequente à referida declaração. Veja-se que o DUP se situa entre as duas etapas, como produto da primeira, e como ensejador dos efeitos que resultam nos atos da segunda.³⁸

A emissão do DUP é precedida pela delimitação da área a ser atingida pela desapropriação, a partir dos anteprojetos concernentes ao empreendimento, bem como pela avaliação do impacto social da desapropriação. A referida avaliação deve ser criteriosa e pormenorizada, especialmente quando se tratar de desapropriações com grande impacto social, com o objetivo de viabilizar planos e medidas alternativas, que reduzam ou, ao menos, compensem o impacto da intervenção.³⁹

³⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 254.

³⁷ GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. *Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts*. Australia, 2016, p. 16.

³⁸ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Desapropriação - aspectos gerais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://goo.gl/7U2HYs> >. Acesso em: 11 jan. 2018.

³⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Op. Cit., 2017.

Após a identificação prévia dos bens imediata e futuramente atingidos, bem como do impacto social das desapropriações, faz-se necessário o levantamento dos registros, certidões imobiliárias, quaisquer outros dados cadastrais e outros elementos que sirvam à caracterização do bem, para fins de instrução da proposta de declaração de utilidade pública. Tal proposta é encaminhada ao órgão competente para a emissão do DUP, submetendo o bem à força expropriatória do Estado, dentre outros efeitos.⁴⁰

A despeito da desapropriação depender de atos privativos do poder público, e de ser um processo de competência originária de uma entidade pública, os privados podem desempenhar atos operacionais e executivos relacionados à desapropriação. Quanto a isso, vale lembrar que, por expressa disposição do art. 3º, do Decreto nº 3.365/41, as concessionárias de serviço público poderão promover as desapropriações, conquanto haja autorização expressa, em lei ou contrato - reservado ao poder público, contudo, a emissão do DUP.

6.3.1. Principais fatores associados aos riscos de desapropriação/desocupação não gerenciáveis pela concessionária

Os riscos de desapropriação são considerados críticos em concessões rodoviárias, uma vez que: (i) envolvem atos privativos do poder público, havendo providências sob sua exclusiva responsabilidade e que podem acarretar atrasos na consecução do empreendimento; (ii) não contam com custos plenamente definidos e delimitados por ocasião do projeto, pois pressupõem negociações posteriores à celebração do contrato com os proprietários e posseiros dos imóveis em torno de valores a serem despendidos para a implementação das desapropriações e das desocupações; (iii) pressupõem estimativas precárias quanto ao tempo de tramitação dos procedimentos expropriatórios e/ou de processos judiciais demandados para esse fim; (iv) não são, em muitos casos, plenamente financiáveis pelo mercado, importando na utilização da capital próprio (equity) do acionista para seu custeio, encarecendo custo financeiro do projeto.

⁴⁰ A emissão do decreto de utilidade pública produz os seguintes efeitos: (i) inicia-se a contagem do prazo de validade da declaração de utilidade pública, que é de 5 anos e decadencial, nos termos dos arts. 1º e 10 do DL nº 3.365/41, respectivamente. Não obstante, transcorrido 1 ano do término do prazo de caducidade, poderá ser expedida nova declaração, para o mesmo objeto (art. 10, caput); (ii) a partir da declaração de utilidade pública, as autoridades administrativas têm autorização para penetrarem nos imóveis atingidos pelo DUP, para realizarem os levantamentos e avaliações necessários à estimativa do valor de indenização, com auxílio de força policial, em caso de oposição (art. 7º); e (iii) a fixação do estado do bem para que se estime a indenização devida, tendo em vista o estado de conservação e as benfeitorias realizadas no bem, e que sejam passíveis de indenização.

Em primeiro lugar, lembre-se que as desapropriações, para serem implementadas, dependem de atos privativos do poder público, dos quais dependem as demais medidas executórias a colocar “em marcha” o processo expropriatório. Isto é: à responsabilidade da concessionária apenas podem ser alocadas medidas executórias e derivadas das declarações de utilidade pública, em razão da sua falta de legitimidade para o exercício daquilo que se poderia chamar de “função política”.

Em função disso, o prazo para se concluírem as desapropriações, ou mesmo o momento em que as providências e investimentos tenham de ser feitos neste propósito, variam não apenas em função da capacidade da concessionária em desempenhar atos e providências sob sua responsabilidade, mas também de capacidade do poder concedente em emitir essas declarações e cumprir com os atos formais que lhe cabem. A dependência dos atos da concessionária às providências do poder concedente carrega para a concessão um risco relevante quanto a atrasos no cronograma idealizado para a implementação de desapropriações, o que se desdobra em diversos custos, direta e indiretamente incidentes.

Logo, no domínio do risco de desapropriação, identifica-se um risco secundário que é o risco de atrasos no cronograma para as desapropriações decorrente da ausência de formalização tempestiva, pelo poder concedente, das declarações de utilidade públicas e demais providências que lhe caibam em relação a isso.

Em segundo lugar, tanto as desapropriações como as desocupações envolvem estimativas precárias de custos, uma vez que sua implementação depende, em boa parte dos casos, de negociação com terceiros. A indefinição quanto aos valores suficientes para custear esses expedientes acaba por torná-los algo arriscados para a concessionária o que concorre para a onerosidade das ofertas no âmbito da licitação.

Em terceiro lugar, é certo que algumas desapropriações tendem a originar processos judiciais, o que atrai um outro risco temporal relevante relacionado ao prazo de finalização do processo. É verdade que imissões na posse podem ser obtidas ao início dos processos, mas há divergências sobre indenizações cujo desfecho só será conhecido ao final da discussão judicial. A depender do âmbito de responsabilização da concessionária, esse lapso pode ter impacto na sua esfera de custos. A questão aqui é que esses prazos não são plenamente delimitáveis, o que torna difícil à concessionária a precificação desse risco. Como as estimativas quanto ao tempo de tramitação de processos são precárias, esse fator de risco acaba por onerar o custo da concessão.

Por fim, é preciso notar que as desapropriações e as desocupações não têm sido providências plenamente financiáveis pelo mercado, devido aos riscos reputacionais que lhe são inerentes. Há um comportamento de retração do mercado financiador ao financiamento desses expedientes, o que impõe à concessionária a necessidade de utilizar-se de capital próprio (aportado pelos acionistas) para o seu custeio. Como os riscos envolvidos no pagamento do capital de terceiro (dívida de financiamento) são menores do que aquele envolvido com o pagamento de capital próprio (equity), dentre outros fatores, tende a ser menos custoso ao projeto a obtenção de financiamentos do que a utilização de capital próprio. Dito de outro modo: a necessidade de valer-se de capital próprio alternativamente à obtenção de financiamento encarece os custos financeiros do projeto.

Logo, e como observado por Maurício P. Ribeiro:

“Por isso, a decisão da Administração Pública de transferir para o concessionário os custos da desapropriação e desocupações pode ter impacto financeiro relevante no custo final do serviço ao usuário e/ou ao Poder Público. Se o custo final das desapropriações e desocupações for relevante vis-à-vis o custo total de investimento do projeto, a transferência para o concessionário da obrigação de custear as desapropriações e desocupações impactará de forma relevante a alavancagem do projeto e isso tornará o custo final para o usuário e/ou para o Poder Público sensivelmente mais alto”.⁴¹

Além disso, grande parte dos bancos financiadores de projetos estruturantes exige, como condição para a liberação dos financiamentos, a adoção de práticas pela concessionária compatíveis com os Princípios do Equador.⁴²

Os Princípios do Equador são um conjunto de regras para gerenciamento de riscos, adotado pelas instituições financeiras, para determinar, avaliar e gerenciar o risco ambiental e social em projetos, e destina-se principalmente a fornecer um padrão mínimo de diligências devidas para apoiar a tomada de decisão responsável pelos riscos⁴³. Aplicam-se globalmente a todos os setores da indústria e a quatro produtos financeiros: (i) Serviços de consultoria de finanças do projeto; (ii) Financiamento de projetos; (iii) Empréstimos corporativos relacionados ao projeto; e (iv) Empréstimos-ponte, com amplo alcance no setor de infraestrutura.

Uma vez signatárias, as instituições financeiras podem se recusar a oferecer financiamento em casos de inobservância às normativas dos Princípios do Equador.^{44/45}

Note-se que os Princípios do Equador exigem observância, além das próprias normativas, a normas referentes a impactos socioambientais da Corporação Financeira Internacional (“IFC”, em inglês), às Diretrizes de Meio Ambiente, Saúde e Segurança do Grupo Banco Mundial (“EHS Guidelines”, em inglês) e outras normas voltadas à identificação, avaliação e gestão dos riscos e impactos socioambientais. Há, pois, um rol extenso de obrigações a serem observadas pelos clientes das instituições financeiras signatárias em comparação com o quanto previsto na legislação nacional de desapropriação e desocupações.

⁴¹ Trecho de: RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões. iBooks.

⁴² EQUATOR PRINCIPLES ASSOCIATION. Disponível em: <<https://goo.gl/365bn2>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁴³ EQUATOR PRINCIPLES ASSOCIATION. About the Equator Principles. Disponível em: <<https://goo.gl/R9xyXC>>. Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

⁴⁴ “EPFIs (Equator Principles Financial Institutions) commit to implementing the EP (Equator Principles) in their internal environmental and social policies, procedures and standards for financing projects and will not provide Project Finance or Project-Related Corporate Loans to projects where the client will not, or is unable to, comply with the EP”. Disponível em: <<https://goo.gl/QKLDq6>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁴⁵ Maurício Portugal Ribeiro, destaca que os principais bancos repassadores de recursos do BNDES são signatários dos Princípios do Equador (Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, os Princípios do Equador, 2013. p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/PkjkA>>. Acesso em: 11 jan. 2018.). Isso significa que, mesmo que o financiamento a uma concessionária seja realizado por esses bancos com recursos do BNDES, a concessionária terá que seguir Princípios do Equador.

Isso pode ensejar maiores custos à concessionária, bem como pode implicar a necessidade de prazo maior para atendimento às diretrizes. Se assim é, os custos para a implementação de desapropriação e de desocupações pelas concessionárias financiados por essas entidades acabam por ser bastante mais onerosos do que aqueles incidentes quando esses expedientes são realizados diretamente pelo poder concedente ou por entidades que lhe são relacionadas.

Esses aspectos devem ser levados em consideração pelo poder concedente quando da elaboração dos estudos, editais e contratos, aos quais devem ser incorporadas as normativas referentes aos pelos Princípios do Equador, dada a necessidade à sua observância para obtenção dos financiamentos pelas concessionárias.⁴⁶

Todos esses fatores relacionados acima acabam por traduzir-se em pontos críticos da alocação dos riscos de desapropriação e de desocupações à concessionária.

6.3.2. O risco com a demora na implementação da desapropriação

Em relação à competência para a emissão do DUP, a lei nº 13.448/2017 incluiu dentre as atribuições da ANTT a declaração de utilidade pública de bens e propriedades necessários à execução de obras no âmbito das outorgas estabelecidas (art. 21). A partir dessa alteração legislativa, a Agência deu início à formulação de ato regulamentar, visando o aprimoramento dos procedimentos técnicos necessários à expedição do DUP.

Neste sentido, a clara definição de um procedimento e, em especial, de prazo para cumprimento desta obrigação permite maior efetividade no controle do cronograma do projeto. Destaca-se que nas recentes concessões das fases I e III da 3ª Etapa, o modelo de contrato adotado já previu o prazo de 6 (seis) meses para a emissão do DUP (cláusula 9.3.1).

Com isso, é possível definir, com maior precisão, em que medida eventual atraso no processo expropriatório é atribuído à concessionária ou ao poder público, a depender se houve demora na apresentação dos elementos e documentos necessários para a declaração de utilidade pública (eventos gerenciáveis pela concessionária) ou se houve demora nos trâmites para a emissão do DUP (evento não gerenciável pela concessionária), respectivamente.

Tem sido costumeiro que os contratos de concessão definam a partilha de responsabilidades relativamente ao atraso da emissão das DUPs, alocando à concessionária o risco de atraso por deficiência na instrução documental do processo e ao poder concedente a responsabilidade em relação

⁴⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. Op. Cit., 2013, p. 46

ao atraso em decorrência de expedientes que lhe são próprios.

A frustração do cronograma previsto para a desapropriação pode se originar também da demora na implementação dos acordos em torno da transferência dos imóveis objeto das DUPs (fase extrajudicial da desapropriação), bem como bem como da demora no curso de processos judiciais que derivem da frustração da fase extrajudicial da desapropriação.

Lembre-se que, frustrada a composição amigável acerca do valor da indenização ou não sendo possível identificar o proprietário do bem, terá início a fase judicial, que pode demorar mais que o previsto. Atualmente, o risco decorrente desse atraso imprevisto e incontrolável recai, usualmente, sobre a concessionária, responsável por propor as ações judiciais.

Apesar de o início da fase judicial não impedir a imissão provisória na posse⁴⁷, há uma majoração de custos de transação. Tais custos são, nas modelagens recentes, atribuídos à concessionária, que não detém controle sobre o evento.

Essa forma de alocação induz a concessionária, quando da fase de licitação, a incluir em sua proposta provisão de valores para enfrentar os custos adicionais decorrentes dos atrasos, o que resulta no encarecimento inconveniente do projeto.

O risco de demora nestes procedimentos não pode ser imputado à concessionária, em vista de se traduzirem como fatores de risco não plenamente gerenciáveis por si. As concessionárias têm pouca, ou nenhuma, margem de ação para buscar a redução dos riscos relacionados às desapropriações, de modo que imputar-lhe tal responsabilidade teria por consequência negativa maior provisão, atentando à economicidade do projeto.

Não obstante, importante mitigador dos riscos de desapropriação consiste na completude e atualidade dos estudos iniciais que devem subsidiar o anteprojeto e demais diretrizes iniciais do projeto⁴⁸. Tais estudos devem apresentar detalhamento avançado no que se refere ao mapeamento das desapropriações e desocupações que possam vir a interferir na concessão, assim como devem considerar a observância aos Princípios do Equador e normativas daí decorrentes, reduzindo-se as inseguranças atinentes à questão, com melhores condições de precificação dos riscos pelas licitantes.

6.3.3. Os riscos relacionados à variação no valor de indenização

Com a declaração de utilidade pública, haverá a fixação do estado do bem, sendo possível

⁴⁷ A imissão provisória de posse é a transferência da posse, já no início da lide, do expropriado para o expropriante, do bem cuja utilidade pública foi declarada (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. Cit., 2013, p. 648). Para que ocorra a imissão provisória de posse, são necessários: (i) a declaração de urgência da desapropriação, pelo poder público; e (ii) o depósito em juízo, em favor do proprietário, do valor estipulado, nos termos do art. 15 do DL nº 3.365/41.

⁴⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2015, p. 255.

realizar os levantamentos e avaliações necessários para precisar o valor da indenização justa.

Os editais e contratos mais recentes têm atribuído à concessionária a responsabilidade pelo pagamento das indenizações⁴⁹. Em muitos casos, os riscos de desapropriações e desocupações não são plenamente financiáveis, como já se aludiu atrás. Em tais situações, o custeio será feito por capital próprio (equity), mais oneroso do que capital de terceiro, o que acarreta o encarecimento do custo da concessão. Em razão disso, não é conveniente atribuir-se integralmente à concessionária a responsabilidade pelo custeio das desapropriações. Aliás, mesmo a adoção de limites de valor para esse investimento – o que tem sido um padrão em muitos contratos de concessão – não evita o encarecimento dos projetos, caso se mantenha um cenário de restrição à financiabilidade de desapropriações.

De todo o modo, é perceptível que os recentes contratos de concessões rodoviárias têm estabelecido um valor de referência, que funciona como um teto de valor indenizatório, estabelecendo-se uma limitação à responsabilidade da concessionária. É o que ocorre nos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, fases I e III.⁵⁰

Nestas situações, caso o custo incorrido pela concessionária seja superior ao valor de referência, desencadeia-se o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em seu favor⁵¹. Conquanto essa modelagem possa retirar o incentivo da concessionária a evitar que o valor de referência seja ultrapassado, deve-se ter em mente que o parceiro privado possui reduzida margem de interferência na mitigação dos riscos das desapropriações, além o fato de que a própria demora na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo poder concedente já seria, por si só, um incentivo a que o valor de referência seja observado^{52/53}.

Neste sentido, é pertinente a recomendação de Maurício Ribeiro, incorporando a sugestão de Mario Engler Pinto Junior, no sentido de que parcela do eventual custo excedente das desapropriações deveria ser alocada à concessionária, de modo que esta tenha claro incentivo na busca da redução dos custos de desapropriação⁵⁴.

O compartilhamento dos custos com desapropriação evita o provisionamento desnecessário de valores por parte da concessionária, protegendo o usuário de um encarecimento inoportuno da tarifa ou garantindo ao poder público maior valor de outorga.⁵⁵

⁴⁹ A exemplo por exemplo dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE; fases I, II e III, conforme cláusulas 9.1.3, 8.1.3 e 7.1.2, respectivamente.

⁵⁰ A título de exemplo, vide cláusulas 9.1.2 e 21.2.18, do Contrato de Concessão da BR-040, trecho Brasília/DF – Juiz de Fora/MG: “9.1.2 A Concessionária considerou na Proposta apresentada o montante para desapropriação para toda a Concessão de R\$ 31.699.157,69 (trinta e um milhões, seiscentos e noventa e nove mil, cento e cinquenta e sete reais e sessenta e nove centavos) a ser reajustada anualmente pelo mesmo índice de reajuste da Tarifa de Pedágio”.

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] 21.2.18 custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 9.1.2”.

⁵¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. Dez erros mais comuns na modelagem jurídica de concessões e PPPs de infraestrutura, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/ge5Ao2>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

⁵² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., 2015, p. 255.

^{53/54} RIBEIRO, Maurício Portugal. Op. Cit., 2013, p. 20.

⁵⁵ Indo além, Maurício Portugal Ribeiro propõe que caso o custo das desapropriações seja inferior ao estimado, o contrato deverá ser reequilibrado em favor do poder concedente (RIBEIRO, Maurício Portugal. Op. Cit., 2016, p. 19).

6.4. Riscos Ambientais

Os riscos ambientais se dividem em duas grandes categorias: (i) obtenção das licenças do empreendimento⁵⁶, e (ii) gestão de passivos ambientais.

Licenciamento Ambiental

Conquanto a lei nº 8.987/95 nada disponha sobre as exigências ambientais necessárias à elaboração do processo licitatório e subsequente contratação, a lei nº 11.079/04 (lei das PPPs) exige que a contratação seja precedida da obtenção da licença ambiental prévia ou expedição de diretrizes para o licenciamento (art. 10, inc. VII).

O procedimento de licenciamento pode variar a depender da entidade ambiental responsável para sua gestão (Ibama, no caso federal; CETESB, no caso do Estado de São Paulo, etc.). Demais disso, a complexidade do procedimento de licenciamento ambiental varia, também, a depender se se trata de licitação de projetos de brownfield (empreendimentos que tem em vista a melhoria de estruturas já existentes) ou de greenfield (implementação de novas vias).

Para fins de análise da questão ambiental, toma-se por exemplo o procedimento de licenciamento federal, visto que, em âmbito estadual, peculiaridades regionais podem interferir na avaliação.

No caso de um projeto greenfield, a portaria DNIT nº 1.705, de 14 de novembro de 2007, impõe que qualquer licitação relativa à infraestrutura rodoviária federal deve ser precedida da realização dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA. Logo, toda e qualquer concessão rodoviária federal deve ser precedida de um “conjunto de estudos desenvolvidos para avaliação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes dos investimentos em implantação, pavimentação de novas rodovias, ou melhoramentos nas rodovias já existentes, comparando alternativas de soluções de projeto, com a identificação dos respectivos impactos ambientais decorrentes”.⁵⁷

A contratação de terceiro independente para elaboração das análises ambientais prelimina-

⁵⁶ Nos termos da Resolução CONAMA nº 237/97, há três tipos de licença ambiental: licença prévia (LP) concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento; licença de instalação (LI) a qual autoriza a execução do empreendimento; e a licença de operação (LO) que autoriza a operação do empreendimento.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/planejamento-e-pesquisa/planejamento/estudos-de-viabilidade/lcs-097-2010-solic-public-texto-evtea-site-dnit.pdf>

res é prática recomendável por entidades como o Banco Mundial⁵⁸ e o G-20⁵⁹. Para a elaboração dessas análises, o Governo Federal tem se auxiliado da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (“EPL”)⁶⁰. Dentre suas competências, a EPL se destina (i) à elaboração dos estudos de viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira para projetos de transporte e logística (EVTEA); (ii) à obtenção de licença ambiental necessárias aos empreendimentos na área de infraestrutura de transportes, e (iii) ao desenvolvimento estudos de impacto social e socioambiental para os empreendimentos de transportes.^{61/62}

É de se considerar que o processo de licenciamento é bastante complexo, e possui certas ineficiências. Por meio do Acórdão nº 2.856/2011 – Plenário⁶³; o Tribunal de Contas da União (TCU) analisou o processo de licenciamento ambiental federal em obras de infraestrutura e indicou diversos pontos que deveriam ser aprimorados. Dentre as falhas citadas pelo TCU, estão contempladas (i) a ausência de regulamentação e detalhamento da participação de demais entidades (a exemplo da Funai e Inkra), o que pode gerar excesso de burocracia e até a descaracterização do processo de licenciamento; (ii) ausência de devida análise dos relatórios exigidos do empreendedor, e (iii) ausência de avaliação conjunta de empreendimentos co-localizados, o que pode causar sobreposição de programas ambientais tratando do mesmo impacto, dentre outras questões.

Para fins do presente estudo, destacam-se duas questões que fogem ao controle da concessionária, e devem ser consideradas quando da formulação da matriz de risco.

A primeira se refere à completude dos estudos iniciais promovidos pelo poder concedente quando da licitação.

Ao decidir pela delegação de um empreendimento, a Administração Pública deve proceder com estudos de viabilidade econômico-financeira, técnica, jurídica e ambiental (o já mencionado EVTEA). Entretanto, é comum que os estudos preliminares se voltem quase que exclusivamente às questões técnicas e econômico-financeiras, sem a devida atenção ao levantamento ambiental.⁶⁴

⁵⁸ Relatório de matriz de risco para rodovias para PPPs elaborado pelo Centro de Recursos de Infraestrutura para Contratos, Leis e Regulamentos do Banco Mundial em 2016. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/ppp_testdumb/documents/GenericRiskAllocationTablefortollroads.pdf>

⁵⁹ Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts of Global Infrastructure Hub. 2016 edition.

⁶⁰ O objetivo da referida empresa é o planejamento e desenvolvimento dos serviços de transporte ferroviário, tanto quanto a prestação de serviços na área de projetos, estudos e pesquisas para os serviços rodoviários, ferroviários, dutoviários, aquaviários e aeroaviários, podendo articular-se com órgãos e entidades dos estados, distrito federal e municípios.

⁶¹ Art. 5º, I, VIII e IX, da Lei federal nº 12.743/12.

⁶² Além disso, em 2017, a EPL vinculou-se à Secretaria do Programa de Parcerias e Investimentos e ingressou no Programa Avançar do Governo Federal assumindo o papel de promover os estudos e projetos para novas rodovias federais, bem como preparar os estudos e relatórios do licenciamento ambiental das rodovias já concedidas.

⁶³ Acórdão nº 2856/2011 – Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 25.10.2011

⁶⁴ Veja-se, a exemplo, o caso das concessões referentes à fase I da 2ª Etapa, cujo relatório ambiental disponibilizado à época da licitação (Anexo XIV do Edital) foi realizado com base em relatório sintético, sem incorporar, por exemplo, levantamento mais preciso dos passivos existentes.

A ausência de informações mais precisas acerca das condições ambientais da área a que se refere a concessão pode implicar provisionamento além ou aquém do necessário por parte do licitante em sua proposta, o que impacta, em última instância, a estrutura de custos do projeto.

Demais disso, é nessa fase de planejamento do empreendimento⁶⁵ em que o poder concedente deve protocolar o pedido de licença prévia e agendar com o órgão ambiental a vistoria do local para que, posteriormente, o órgão ambiental elabore o termo de referência. O termo de referência estabelecerá as diretrizes para execução dos estudos ambientais (Estudos de Impacto Ambientais – EIA e do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA).

Usualmente, aloca-se à concessionária a obtenção das licenças ambientais. Assim, será o parceiro privado o responsável tanto por custear quanto por realizar os estudos ambientais necessários, a partir do termo de referência.

Haja vista o custo envolvido e a necessidade de contratação de consultoria especializada, a concessionária teria, a priori, maior facilidade para liderar o processo de licenciamento ambiental.⁶⁶

Entretanto, é de se considerar a dificuldade de precificação de tais estudos quando da formulação da proposta, no curso da licitação. Eventuais estudos adicionais em razão da defasagem ou incompletude dos estudos iniciais elaborados pelo poder concedente, por exemplo, podem não apenas alongar o tempo para conclusão de tais estudos, mas, também, implicar acréscimo aos valores a eles destinados. Assim, entende-se adequado calcular um valor referencial relativo ao EIA/RIMA e demais exames pertinentes, aplicando-se o reequilíbrio em favor da concessionária no caso desse montante ser excedido ou, em favor do poder concedente quando o custo for menor do que aquele inicialmente arbitrado.⁶⁷

A segunda questão se refere a eventual demora dos órgãos públicos em analisar a solicitação de licença⁶⁸. Também nesses casos o poder concedente deve assumir os riscos, uma vez que essa

⁶⁵ “Para a obtenção da licença prévia de um empreendimento, o interessado deverá encaminhar solicitação ao órgão ambiental competente, ainda na fase preliminar de planejamento do empreendimento. Nessa fase, ainda não é apresentado o projeto básico, que somente será elaborado depois de expedida a licença prévia”. Cartilha de licenciamento ambiental / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2004. P. 22. Disponível em: <http://www.ambiente.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cart_tcu.PDF>

⁶⁶ Entretanto, é de se pontuar que, há casos em que a responsabilidade pela obtenção das licenças prévias - e mesmo das licenças de instalação - de determinadas obras foi atribuída ao poder concedente, a exemplo do que ocorre nas concessões da 3ª Etapa (fases I e III) do PROCROFE.

⁶⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Riscos Ambientais em Concessões e PPPs. p. 16. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>>

⁶⁸ A preocupação com o prazo de análise e decisão sobre os pedidos de licenciamento ambiental está na pauta do Congresso Nacional. A matéria é tratada nos projetos de lei n°s 5576/2005 e 2941/2011 que estabelecem prazos de licenciamento ambiental. Além disso, os projetos de lei n°s 3729/2004, 5716/2013 e 675/2015 discutem o procedimento de obtenção de licenças ambientais em si.

circunstância foge à capacidade de gestão da concessionária⁶⁹, possuindo, porém, implicações relevantes no natural desenvolvimento do projeto. Nesse aspecto, deve-se levar em consideração que o poder público detém interlocução mais fácil com os órgãos ambientais da mesma esfera federativa⁷⁰, podendo otimizar o desenvolvimento do processo de licenciamento ambiental.⁷¹

No caso de alteração da obra inicialmente prevista, por exigência do poder concedente ou terceiro (Ministério Público, Município limdeiro, etc), o órgão ambiental terá de ser consultado, seja para fins de complementação de licença já concedida (alterações mais simples), seja para fins de emissão de nova licença ambiental (alterações mais significativas).

Em tais casos, todos os custos oriundos de alterações do projeto que não foram ensejados pela concessionária devem estar alocados ao poder concedente, tanto que se refere à elaboração de novos estudos ambientais como nos eventuais passivos que se vislumbrarem a partir da modificação.

Passivos Ambientais

O segundo aspecto relativo aos riscos ambientais se refere à gestão dos passivos ambientais.

Nos termos da portaria nº 289/2013, art. 2º, inc. XII, do IBAMA, os passivos ambientais rodoviários são alterações ambientais provenientes de:

- > rodovia, capazes de atuar como fatores de degradação ambiental, na faixa de domínio ou fora desta, bem como de irregular uso e ocupação da faixa de domínio;
- > exploração de áreas de "bota-foras", jazidas ou outras áreas de apoio; e
- > manutenção de drenagem com o desenvolvimento de processos erosivos originados na faixa de domínio;

⁶⁹ "As diversas autorizações requeridas antes que a construção dos ativos se inicie representam um significativo risco diante da perspectiva de não serem obtidas dentro do prazo, ou quando surgirem condições não antecipadas, acarretando aumento dos custos e atrasos. Se as adversidades surgem por falha do sistema burocrático responsável pela emissão da licença (ou autorização), é razoável que esse risco seja assumido pelo governo, o que serve como incentivo para que o sistema se ajuste às demandas dos projetos de parceria". GIL FRANCO, Viviane e PAMPLONA, João Batista. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar. 2008. P. 35.

⁷⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Riscos Ambientais em Concessões e PPPs. p. 09. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>>

⁷¹ Nessa linha, a ANTT e o IBAMA celebraram o acordo de cooperação nº 05/2015 tendo como objetivo, dentre outros, aperfeiçoar o processo de licenciamento ambiental federal dos empreendimentos viários concedidos. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3402-antt-e-ibama-assinam-acordo-de-coopera%C3%A7%C3%A3o-t%C3%A9cnica.html>>

Essa lógica tem por finalidade incentivar a Administração Pública a elaborar adequadamente os estudos de viabilidade ambiental do futuro empreendimento, evitando-se o provisionamento desnecessário pelos licitantes, com vistas à eficiência e economicidade contratual.

A divisão com base no aspecto temporal suscita, entretanto, algumas dificuldades.

Como visto, é comum que os estudos ambientais formulados pelo poder concedente para a licitação sejam bastante superficiais e, em muitos casos, defasados. No caso das rodovias federais da 2ª Etapa, fase I, por exemplo, o levantamento ambiental – sintético – foi realizado, aproximadamente, 3 anos antes da assunção da rodovia pelas concessionárias. Isso leva a uma situação em que, a realidade apresentada para fins de formulação da proposta à época da licitação pode ser bastante diversa da realidade efetivamente encontrada pela concessionária quando do início da concessão.

É comum, também, que seja atribuído à concessionária a tarefa de realizar, nos primeiros meses de concessão, um mapeamento dos passivos existentes, no intuito de se mitigar os efeitos da defasagem dos estudos ambientais. Entretanto, a identificação dos passivos depende, em diversos casos, da prévia execução de serviços de limpeza, capina e poda da faixa de domínio, restando à concessionária prazos exíguos para o completo cadastramento dos passivos pré-existentes.⁷⁷

É preciso que o edital considere tais dificuldades quando da alocação dos riscos.

⁷⁷ As concessões federais da 2ª etapa indicavam à concessionária o prazo de 6 meses para elaboração dos estudos ambientais de mapeamento dos passivos ambientais. Antes da elaboração de tais estudos era necessário que a concessionária procedesse com a supressão da vegetação da faixa de domínio.

Aqui também é necessário subdividir a categoria para se analisar a alocação de risco mais adequada e eficiente.

Os contratos usualmente alocam à concessionária a responsabilidade por passivos posteriores à concessão, localizados dentro da faixa de domínio da rodovia. Permanece sob responsabilidade do poder concedente os passivos anteriores à concessão e os que se originarem fora da faixa de domínio.

No tocante à localização do passivo – e seu fato gerador -, tal disposição é adequada, considerando-se a capacidade de gestão e mitigação das partes. “Considera-se não gerenciável e não segurável o risco ambiental observado fora da faixa de domínio, e, portanto, não abrangido no contrato de concessão – ao contrário do passivo ambiental materializado dentro do perímetro da concessão, que é considerado risco gerenciável e segurável.”⁷²

Além do aspecto da localização, a época de surgimento do passivo constitui ponto relevante para a alocação eficiente. Isso porque, a concessionária aceita as condições da rodovia “as is”⁷³, sendo responsável pelo sistema rodoviário a partir da transferência da concessão.

Assim, passivos situados dentro da faixa de domínio posteriores à concessão são seguráveis e, portanto, gerenciáveis. Nessa linha, devem ser atrelados à concessionária, que terá de atuar preventivamente e, na ocorrência do dano, mitigá-lo e tratá-lo⁷⁴. A alocação em tal formato estabelece um incentivo para que a concessionária busque uma atuação ambientalmente correta.

Quanto aos passivos anteriores, entende-se não haver limitações à sua alocação à concessionária, desde que sejam fornecidas informações detalhadas suficientes para a correta precificação por ocasião da licitação. Assim, na linha do compartilhamento proposto por organismos internacionais⁷⁵, a concessionária pode ser responsável pelo passivo ambiental preexistente, desde que devidamente identificado nos estudos prévios à licitação. De outro lado, o passivo ambiental pré-existente não identificado quando da licitação deve ser de responsabilidade do poder concedente.⁷⁶

⁷² “Considera-se não gerenciável e não segurável o risco ambiental observado fora da faixa de domínio, e, portanto, não abrangido no contrato de concessão – ao contrário do passivo ambiental materializado dentro do perímetro da concessão, que é considerado risco gerenciável e segurável. Não obstante essa classificação, verifica-se o mesmo entendimento sobre alocação de risco, conforme esclarecido acima. Ou seja, nos primeiros contratos assinados e verificados, o risco ambiental foi transferido para o concedente; depois, ao concessionário; e, mais recentemente, foi compartilhado entre ambos.” DABU, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovia. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 43-79, jan./mar. 2017.

⁷³ Relatório de alocação de riscos para contratos de parcerias públicas privadas do Centro de Infraestrutura Global do G-20. Disponível em: <<https://ppp-risk.github.org/risk-matrices/environmental-and-social-risk-toll-road-ppp/?re=go>>

⁷⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Riscos Ambientais em Concessões e PPPs. p. 17. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/por-tugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>>

⁷⁵ Essa alocação tem respaldo de estudos internacionais, como o recente relatório de alocação de riscos para contratos de parcerias públicas privadas do Centro de Infraestrutura Global do G-20. Disponível em: <<https://ppp-risk.github.org/risk-matrices/environmental-and-social-risk-toll-road-ppp/?re=go>>

⁷⁶ Op. Cit. Idem.

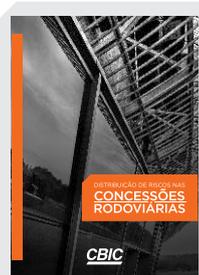


CONHEÇA OUTRAS
PUBLICAÇÕES CBIC

CONHEÇA OUTRAS PUBLICAÇÕES CBIC

Acesse o site da CBIC (www.cbic.org.br/publicacoes) e baixe os livros gratuitamente.

INFRAESTRUTURA (OBRAS PÚBLICAS E CONCESSÕES)



Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias
Ano: 2018



Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas
Ano: 2018



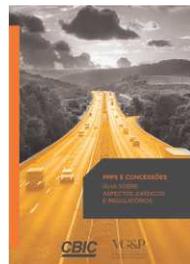
Excelência em gestão na construção
Ano: 2017



Concessões e Parcerias Público-Privadas - Guia para o Gestor Público
Ano: 2017



PPPs e Concessões - Propostas para Ampliar a Participação de empresas (2ª Edição)
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios
Ano: 2016
Disponível também em inglês e espanhol.



PPPs e Concessões - Propostas para Aplicação em Estados e Municípios
Ano: 2016
Disponível também em inglês e espanhol.



PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia para Organização das Empresas em Consórcios
Ano: 2016
Disponível também em inglês e espanhol.



PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico
Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs (Volumes I e II)
Ano: 2016
Disponível também em inglês e espanhol.



Um debate sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura
Ano: 2016

INFRAESTRUTURA (OBRAS PÚBLICAS E CONCESSÕES)



Report International Meeting Infrastructure and PPPs
Ano: 2015
Disponível também em inglês e espanhol.



Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia
Ano: 2015
Disponível também em inglês e espanhol.

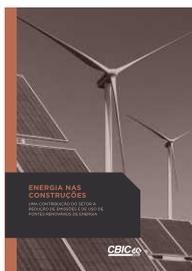


Propostas para ampliar participação das empresas
Ano: 2015
Disponível também em inglês e espanhol.



Diálogos CBIC | TCU
Contribuição da CBIC para o Manual "Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas"
Ano: 2014

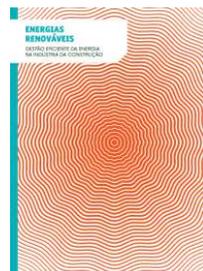
MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE NA CONSTRUÇÃO



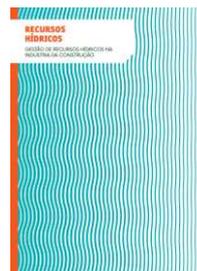
Energia nas Construções
Uma contribuição do setor à redução de emissões e de uso de fontes renováveis de energia
Ano: 2017



Gestão de Recursos Hídricos na Indústria da Construção
Conservação de água e gestão de demanda
Ano: 2016



Energias Renováveis
Gestão Eficiente da Energia na Indústria da Construção
Ano: 2016
Disponível também em espanhol.



Recursos Hídricos
Gestão de Recursos Hídricos na Indústria da Construção
Ano: 2016
Disponível também em espanhol.



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental
Ano: 2015
Disponível também em espanhol.



Guia de Compra Responsável
Ano: 2015
Disponível também em espanhol.



Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável
Ano: 2015
Disponível também em espanhol.



Manual de Implantação do Conselho de Desenvolvimento da Cidade
Ano: 2015

MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE NA CONSTRUÇÃO



Desenvolvimento Com
Sustentabilidade

Ano: 2014



Desafio de Pensar o
Futuro das
Cidades (2014)

Ano: 2014

MERCADO IMOBILIÁRIO



Letras Imobiliárias
Garantidas e o Crédito
Habitacional

Ano: 2017



Indicadores Imobiliários
Nacionais

Ano: 2017



Cartilha - Por Uma Nova
Cultura Urbana
Guia Ilustrado

Ano: 2017



Caderno - Por Uma Nova
Cultura Urbana
Caderno de Referência

Ano: 2017



Perenidade dos Programas
Habitacionais

Ano: 2016



Eficiência na Construção -
Brasil mais Eficiente, País
mais Justo

Ano: 2015



I Encontro Nacional sobre
Licenciamento na
Construção

Ano: 2014



Custo da Burocracia
no Imóvel

Ano: 2014

TECNOLOGIA E INOVAÇÃO



Catálogo de Normas Técnicas Edificações
Ano: 2017



Guia Esquadrias para Edificações
Ano: 2017



Coletânea Implementação do BIM - Volumes I, II, III, IV e V
Ano: 2016



Cartilha do BIM
Ano: 2016



Pesquisa Setorial Panorama atual e desafios futuros
Ano: 2016



Catálogo de Inovação na Construção Civil
Ano: 2016



Boas Práticas para Entrega do Empreendimento desde a sua Concepção
Ano: 2016



Análise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575
Ano: 2016



Guia Nacional para a Elaboração do Manual de Uso, Operação e Manutenção das Edificações
Ano: 2014



Dúvidas Sobre a Norma de Desempenho - Especialistas Respondem
Ano: 2014



2º Caderno de Caso de Inovação na Construção Civil
Ano: 2014

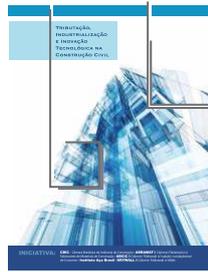


Estratégias para a formulação de Política de Ciência, Tecnologia e Inovação para a indústria da Construção Civil
Ano: 2013

TECNOLOGIA E INOVAÇÃO



Guia da Norma de Desempenho
Ano: 2013



Tributação, Industrialização e Inovação Tecnológica na Construção Civil
Ano: 2013



1º Caderno de Caso de Inovação na Construção Civil
Ano: 2011

RELAÇÕES TRABALHISTAS



Encargos Previdenciários e Trabalhistas no setor da Construção Civil
Ano: 2018



Guia Contrate Certo - Guia para a Contratação de Empreiteiros e Subempreiteiros na Construção Civil
2ª Edição
Ano: 2017



Cartilha Edificar o Trabalho
Ano: 2017



Guia Prática para Cálculo de Linha de Vida e Restrição para a Indústria da Construção
Ano: 2016



Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil - Relatório Completo
Ano: 2017



Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil
Ano: 2017

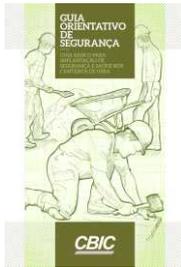


Guia para gestão segurança nos canteiros de obras
Ano: 2017

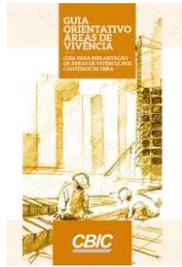


Guia Orientativo de Incentivo à Formalidade
Ano: 2016

RELAÇÕES TRABALHISTAS



Guia Orientativo de
Segurança
Ano: 2015



Guia Orientativo de
Áreas de Vivência
Ano: 2015

RESPONSABILIDADE SOCIAL E EMPRESARIAL



Sustentabilidade
na Indústria da
Construção
Ano: 2016



Ética e Compliance na
Construção Civil -
Fortalecimento do
Controle Interno e
Melhoria dos Marcos
Regulatórios e Práticas
Ano: 2016
Disponível também em
inglês e espanhol.



Guia de Ética e Compliance
para Instituições e
Empresas do Setor da
Construção
Ano: 2016
Disponível também em
inglês e espanhol.



Código de Conduta
Concorrencial
Ano: 2016
Disponível também em
inglês e espanhol.



Ética & Compliance
Ano: 2015



Avaliação de Impactos do
Dia Nacional da
Construção Social
Ano: 2015



Trabalhadores da
Construção
Ano: 2015



Mulheres na Construção
Ano: 2015

correalização



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*

realização

