

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 1-253, out./dez. 2005

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari  
Alice Gonzáles Borges  
Carlos Ari Sundfeld  
Carlos Ayres Britto  
Carlos Delpiazzi  
Cármen Lúcia Antunes Rocha  
Celso Antônio Bandeira de Mello  
Clèmerson Merlin Clève  
Clóvis Beznos  
Enrique Silva Cimma  
Eros Roberto Grau  
Fabrício Motta  
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão  
José Eduardo Martins Cardoso  
José Luís Said  
José Mario Serrate Paz  
Juan Pablo Cajaville Peruffo  
Juarez Freitas  
Julio Rodolfo Comadira  
Luís Enrique Chase Plate  
Lúcia Valle Figueiredo  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho  
(*in memoriam*)  
Marçal Justen Filho  
Marcelo Figueiredo  
Márcio Cammarosano  
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo  
Odilon Borges Junior  
Pascual Caiella  
Paulo Eduardo Garrido Modesto  
Paulo Henrique Blasi  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Paulo Ricardo Schier  
Pedro Paulo de Almeida Dutra  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari  
Rogério Gesta Leal  
Rolando Pantoja Bauzá  
Sérgio Ferraz  
Valmir Pontes Filho  
Yara Stropa  
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,  
2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros  
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo Território Nacional

# Repartição Objetiva de Riscos: Desafio de Modelagem nas PPP's

Vanice Lírio do Valle\*

Doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Diretora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Gama Filho

**Sumário:** 1 O tema do risco posto hoje como condicionante ao deslançar das parcerias público-privadas – 2 Identificação dos riscos compartilhados: diretriz das parcerias, sob o signo da objetividade – 3 Identificação dos riscos compartilhados, repartição objetiva e pré-definição de regime jurídico incidente sobre cada hipótese – 4 O *enforcement* da pré-determinação do regime jurídico do risco: um círculo virtuoso em favor da diminuição do próprio risco financeiro e político – 5 Considerações finais – Bibliografia

## 10 tema do risco posto hoje como condicionante ao deslançar das parcerias público-privadas

Desde a edição da Lei nº 11.079/04, dedica-se o mercado, público e empresarial, à construção de uma compreensão em relação a essa nova modalidade de relação entre Poder Público e iniciativa privada, vinda na trilha da desestatização;<sup>1</sup> compreensão essa que seja tecnicamente sólida, e que possa permitir ao instituto o verdadeiro alcance de seus propósitos de viabilização de investimentos em infra-estrutura, de que o País, inequivocamente, necessita.<sup>2</sup> O jornal *O Globo*, recentemente,<sup>3</sup> noticiava, com especial destaque, reunião havida na FIRJAN, reunindo mais de 600 empresários da área, enfatizando, todavia, como objeto de preocupação daquele encontro, a importância do tema da minimização dos riscos, como efetivo elemento indutor da celebração dessa particular espécie negocial.<sup>4</sup>

Se ao empresariado preocupa o equacionamento do tema dos

\* E-mail: <liriodovalle@uol.com.br>.

<sup>1</sup> Curioso que, transcorridos já mais de 15 anos da edição da Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990, que pela primeira vez aludia a "... reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público..." como manifestação do fenômeno da desestatização; ainda se tenha pouca clareza em relação ao alcance de institutos que, na trilha desse comando legislativo, materializem essa "devolução" de atividades, reeditando-se, a cada vez que um deles vem à lume, todo o debate sobre os limites de atuação do Estado e os riscos do convívio próximo entre essas duas lógicas — a do Poder Público e a do mercado.

<sup>2</sup> Já destacava MILESKI (2005, p. 63-92) que, no processo de elaboração legislativa, "...a base aliada do governo salientou a importância de ser normatizada a possibilidade de contratação de Parcerias Público-Privadas (PPPs), no sentido de serem assegurados investimentos prioritários, particularmente em infra-estrutura, com a finalidade de ser atendido o interesse público, em conjunto a uma facilitação para a geração da riqueza."

<sup>3</sup> Exemplar de 31 de maio de 2005, 2ª edição, caderno especial sobre Parcerias Público-Privadas.

<sup>4</sup> É certo que no âmbito empresarial, a prevenção quanto às contingências tem por prioridade, a rota do incremento das garantias financeiras, apresentando-se o tema da adequada estruturação do chamado fundo garantidor, e da viabilização do uso de mecanismos como o do *project finance* se apresenta como soluções mais próximas de seu próprio arcabouço de experiências.

riscos empresariais — relacionados à operação do negócio propriamente dita, nisso se compreendendo particularmente a relação com o parceiro público — com maior razão deve essa mesma matéria se inserir na pauta de prioridades da Administração Pública. Afinal, a repartição objetiva de riscos, eleita como diretriz das parcerias público-privadas (art. 4º, IV da Lei nº 11.079/04), se constitui traço distintivo dessa especial modalidade negocial, e introduz, nas relações com o Poder Público, uma variável que normalmente não se punha.

No modelo clássico de contratações, o risco relacionado a uma avença não se apresentava como repartido, mas como suportado integralmente por uma das duas partes contratantes: quando se cuidava de risco empresarial, ao contratado cumpria suportá-lo;<sup>5</sup> se ao revés, decorresse de álea extraordinária, transferia-se a repercussão econômico-financeira do evento (que por concretizado não mais era classificável como risco, mas sim verdadeiro fato consumado) para o Poder Público, por intermédio, normalmente, da aplicação da chamada teoria da imprevisão.

Esse novo elemento (repartição de riscos) que se traz para o coração da relação contratual entre Administração Pública e parceiro privado; em ajustes que envolvem investimentos direcionados, num primeiro momento, para a área de infra-estrutura;<sup>6</sup> vem sendo apresentado pelos detratores da idéia das PPP's como uma evidenciação de sua inconciliabilidade com o atendimento ao interesse público. O argumento é de que tal repartição de riscos culminará, no mundo dos fatos, por deixar com a Administração Pública, *sempré*, os azares da contratação, reservando-se, ao contrário, seus efeitos benéficos, ao parceiro privado. Esse tipo de afirmação representa uma simplificação da previsão legislativa, que já ao eleger a repartição objetiva de riscos como *diretriz à contratação*, aponta sua dúplici destinação, a saber, cuida-se de uma providência que é de ser implementada — já assinalava Mileski (2005, p. 79) “...tendo em conta tanto o interesse do parceiro público quanto o do parceiro privado.”

É tendo em conta, portanto, essas múltiplas projeções da idéia da

<sup>5</sup> É certo que embora essa fosse uma assertiva tida como verdadeira, a experiência demonstrou que em grande número de situações, a pretensão de recuperação de “prejuízos” de qualquer natureza se articulava perante a Administração Pública, em nome de preservação do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, sem que se considerasse que o risco empresarial ordinário deveria, em princípio, ser suportado pelo contratado — que aliás, assim o faz nas suas negociações com particulares.

<sup>6</sup> A mesma matéria de jornal aponta uma previsão de R\$14,8 bilhões de reais, a serem aplicados em todo o País, envolvendo obras de rodovias, ferrovias, portos e irrigação.

repartição objetiva de riscos, que se deve buscar a compreensão de seus caminhos de materialização: esse é o exercício a que se propõe o presente trabalho.

## 2 Identificação dos riscos compartilhados: diretriz das parcerias, sob o signo da objetividade

Surge pela primeira vez a afirmação de que as parcerias público-privadas operam sob o signo da repartição objetiva de riscos no já mencionado art. 4º, VI da Lei nº 11.079/05, classificando-se esse traço como diretriz imponível àquele modelo de atuação estatal. Observe-se que o fenômeno — repartição de riscos — é consagrado no texto, não sem uma qualificação: *objetiva*. E qual o significado que se pode extrair dessa qualificação, da qual é de se revestir o partilhamento de contingências formulado na modelagem da parceria?

Objetivo, numa primeira aproximação, significa dizer aquilo que se expressa de maneira suscetível de imediata apreensão quanto a seu alcance e conteúdo; mas, sobretudo, em relação a cuja identificação em qualquer de suas dimensões (existência e extensão) não remanesce qualquer margem de apreciação subjetiva. Um risco objetivamente partilhado é aquele que, identificado, encontra critério de apropriação em favor do parceiro público ou privado, segundo variáveis igualmente objetivas.

Enunciada essa primeira idéia, é útil trazer ainda à consideração a *ratio* pela qual se introduz, no modelo das parcerias público-privadas, a idéia de repartição de riscos: refiro-me ao interesse em promover o *incremento de atratividade do negócio, permitindo o aporte pelo ingresso do parceiro privado, de sua particular expertise*.<sup>7</sup> Não é ocioso destacar que a simples circunstância da insustentabilidade do negócio por seus próprios previsíveis ingressos (tarifas e receitas adicionais, descritas no art. 11, *caput* da Lei nº 8.987/95) — um dos fatores determinantes da criação do instrumento das concessões patrocinadas — não seria impositiva, necessariamente, do signo da repartição objetiva de riscos, na medida em que, garantido o ingresso adicional financiador da iniciativa e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seria possível o interesse comercial, de

<sup>7</sup> É de Santos (2004, p. 241) a observação de que a aceleração tecnológica, contemporânea da globalização econômica, demanda níveis crescentes de investimentos em pesquisa e maquinário, com o que se tem cada vez mais restrita a possibilidade dos Estados de participar da corrida, posto que limitada sua capacidade arrecadatória.

parte do mercado, em contratar a execução daquele serviço. O que ocorre é que a Lei nº 11.079/04 quis mais; seu intuito era de que da parceria resultasse um maior benefício de qualidade na prestação do serviço, e de envolvimento de parte do parceiro privado.<sup>8</sup>

Pois bem; se o risco se partilha como elemento de estímulo ao ingresso e ao profundo envolvimento na sua execução do *expert*; e se partilha *objetivamente*, tem-se por consequência que presidirá esse processo de escolha de quem suportará (e em que medida) cada qual dos riscos, justamente, *o conjunto de habilidades/possibilidades próprias de cada qual dos parceiros*, habilidades essas que ingressam, a rigor, como um dos elementos que fundamentam e legitimam a escolha pública por aquela particular modalidade contratual — e não por uma concessão ordinária, ou por intermédio de execução direta pela própria Administração Pública.<sup>9</sup> Afinal, é de se supor que esse particular conhecimento do negócio, relevante a ponto de determinar a eleição do figurino jurídico que a ele se aplicará, projete-se igualmente no campo dos riscos a ele associados, sem o que, essa mesma excelência técnica em verdade só se consideraria para fins de beneficiar ao contratado, e nunca à Administração.

Acresça-se que a identificação em concreto de quais sejam os fatores dessa “... *equação financeira complexa*...” (ZYMLER, 2005, p. 4943); a saber, os riscos afetos a cada qual dos parceiros; e quais aqueles compartilhados (e em que proporção) é que permitirá o controle mesmo de adequação da decisão empreendida no sentido da formulação da parceria, que teria — supostamente — por base uma associação minimamente equilibrada de interesses e virtuais vantagens para qual dos parceiros. Funciona portanto, a indicação precisa da divisão dos riscos, como uma medida de proporcionalidade na decisão pela celebração daquela particular modalidade negocial, e por via de consequência, de legitimidade da opção.<sup>10</sup>

Nessa linha de consideração, a opção por uma parceria público-

<sup>8</sup> Da repartição objetiva de riscos resultará o aumento exponencial de benefício, em favor do contratado, que por aplicação de sua *expertise*, obtenha um desempenho acima do esperado; ao passo que no modelo tradicional de contratação, o desempenho extraordinário do negócio, com aumento significativo de sua lucratividade em favor do contratado, poderia determinar a invocação, pelo Poder Público, e em favor do princípio da modicidade da tarifa, de recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato...

<sup>9</sup> No tema, consulte-se trabalho anterior da autora, Responsabilidade Fiscal e Parcerias Público-privadas: o Significado das Diretrizes Contidas no art. 4º da Lei nº 11.079/04 (*A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2005); e ainda a obra *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: uma Conciliação Possível*.

<sup>10</sup> Interessante a constatação de que, com a ampliação significativa das formas pelas quais a Administração Pública pode se relacionar com parceiros privados (a expressão aqui se usa em seu sentido vulgar) gera níveis cada vez mais sofisticados de avaliação das conveniências de cada qual das modalidades disponíveis, funcionando o critério de proporcionalidade como um parâmetro importantíssimo na avaliação das escolhas empreendidas.

privada, que tem por razão de decidir — por hipótese — a *expertise* de um determinado agente de mercado em irrigação, há de ter por reflexo, por ocasião da repartição objetiva de riscos, seja reconhecido ao parceiro privado, por exemplo, o risco tecnológico envolvido na garantia de modernidade e eficiência em concreto, dos equipamentos e métodos aplicados na execução do contrato.

Dessa conjugação de elementos já se pode extrair que a simples enunciação de caráter genérico, em modelagem ou edital de licitação, quanto ao partilhamento de “todos os riscos inerentes ao negócio” — por exemplo — não se poderá ter por harmônica com os termos da própria Lei nº 11.079/04. Tampouco será suficiente a mera referência *tout court*, a qualquer das classes de riscos (de construção, financeiros, de performance, de demanda e riscos quanto ao valor residual dos ativos), apontadas pelas “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem Sucedidas” editadas pela Comissão Europeia — Diretoria Geral de Política Regional (2004, p. 17), sendo de se aprofundar e explicitar, do conjunto de variáveis ameaçadoras ao regular desenvolvimento do negócio, *quais são partilhadas entre Poder Público e parceiro privado, e em que proporção*.

Não se pode ainda deixar de ter em consideração que a modelagem da contratação pode ainda conduzir a uma proposta de parceria que compreenda uma relação mais do que bilateral — a participação dos financiadores do projeto, e mesmo prerrogativas que a eles expressamente se reconhece decorre da letra da Lei nº 11.079/04 — desenho contratual que determinará, ainda com maior razão, a delimitação da esfera de responsabilidade de cada qual.<sup>11</sup>

É só através da prospecção dos riscos em concreto envolvidos na iniciativa em cogitação que se poderá lograr o desiderato traduzido pelas mesmas Diretrizes: “...o objetivo geral das PPPs é estruturar o relacionamento entre as partes, de forma que os riscos sejam suportados por aqueles mais capacitados a controlá-los e que seja obtido um maior valor com a exploração das habilidades e competências do setor privado.”

Nem se diga que esse exercício prospectivo — de riscos, e medida deles — que permita a repartição objetiva nos termos que se está propondo, possa ser uma quimera, tendo em conta a extensão de tempo prevista para a duração do contrato, e a pouca cultura de parte da Administração

<sup>11</sup> Não é ociosa a referência de que, curiosamente, em relação a essa significativa inovação da admissibilidade da presença formal do agente financiador como integrante da relação contratual, pouco, muito pouco disse a Lei nº 11.079/04, particularmente no que toca às eventuais responsabilidades desse em relação à concretização das contingências que lhe seriam próprias, a saber, as financeiras.

Pública em relação a avenças dessa natureza. Afinal, é inescapável que a recomendação contida no art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04 exige, justamente, essa investigação, como elemento fundante da escolha pública que ali se empreende; logo, a exploração das contingências é elemento inafastável dessa espécie contratual.

Não resta dúvida que esse exercício prospectivo sofrerá limitações, na medida em que o cenário de longo prazo traçado pelo art. 5º, I da Lei nº 11.079/04 aumenta a possibilidade de incidência do imponderável. Todavia, até por isso tem-se por reforçada a importância do adequado mapeamento dos riscos — observadas as condições de conhecimento do negócio existentes por ocasião da modelagem — exercício que permitirá, em ocorrendo no futuro, o imprevisto ou imprevisível; reconhecê-los já como tal, por exclusão, tendo em conta todo aquilo que foi avaliado no cenário de prováveis contingências.

### 3 Identificação dos riscos compartilhados, repartição objetiva e pré-definição de regime jurídico incidente sobre cada hipótese

Importante efeito da observância da diretriz constante do art. 4º, VI da Lei nº 11.079/04 relacionada à repartição objetiva de riscos diz respeito à pré-definição, em relação a cada qual deles, do regime jurídico aplicável aos eventos que se possam projetar sobre a execução do negócio compartilhado. Assim é que, com relação aos riscos apontados como atinentes integralmente a cada qual dos parceiros, tem-se por contemplados na estrutura econômico-financeira da parceria (e portanto, de cada qual dos parceiros), e sua concretização não há de permitir, em princípio, a pretensão de eximir-se o destinatário original do risco, de suas conseqüências, por intermédio de reequacionamento de aporte de recursos.

Assim é que, se numa parceria público-privada, entende-se por ocasião da modelagem que os riscos de demanda, na íntegra, serão suportados pelo parceiro privado (que, por suposição, julga que a demanda permanecerá constante ou crescente à vista de sua notória *expertise* na condução daquele particular negócio); a súbita queda de usuários daquele mesmo serviço não pode gerar, em favor desse parceiro privado, qualquer pretensão de novos aportes financeiros de parte do Poder Público, que, quanto a esse risco em particular, eximiu-se de qualquer responsabilidade por ocasião da repartição objetiva empreendida na modelagem, e que necessariamente haverá de estar retratada no instrumento convocatório da

licitação, e por óbvio, no contrato que se celebra com o parceiro privado.

De outro lado, se o Poder Público entende de suportar sozinho, dadas as características da parceria modelada, aos riscos de construção — também por hipótese — e essa etapa da concretização do negócio se vê postergada por uma exigência de um relatório de impacto de vizinhança; sobre ele, Poder Público, hão de recair as conseqüências, inclusive (ou principalmente) financeiras da concretização desse particular risco. Em verdade, o que se sustenta é que fruto da repartição objetiva dos riscos é a inexistência de zona cinzenta de responsabilidades, sendo, ao contrário, de incidir direta e objetivamente a disciplina previamente estabelecida.

Já nas hipóteses de riscos compartilhados entre cada qual dos parceiros — um risco financeiro, na vertente variação cambial, suponhamos — o regime jurídico determinante dos efeitos da verificação em concreto de uma hipotética maxi-desvalorização é aquele constante dos termos do contrato de parceria público-privada: “X%” sob responsabilidade do parceiro público, e “Y%” dirigido ao parceiro privado.

O espírito, portanto, é que da repartição objetiva de riscos, decorre a *pré-fixação das regras de jogo*, que incidirão na eventualidade da concretização da contingência cogitada. Com isso, ganha-se em visibilidade nos critérios norteadores da ação estatal,<sup>12</sup> afastando-se igualmente um dos argumentos opostos à contratualização como método de execução das políticas públicas, a saber, o da instituição de um estado de indefinição em relação à responsabilidade de cada qual dos interventores na execução daquela determinada atividade.

Um outro efeito dessa trilha de visibilidade e transparência, já numa avaliação do meio de execução de políticas públicas sob o prisma do controle social, é a promoção adequada, na expressão de Gaudin (1999, p. 76), do sincretismo desejável entre o culto à eficácia e a implicação dos resultados. Afinal, lado a lado com a repartição objetiva de riscos estará o acompanhamento de sua concretização, e a apropriação correspondente

<sup>12</sup> Esse efeito correlato, que pode não parecer tão significativo, em verdade apresenta grande conquista em favor da boa governança, e das possibilidades de real avaliação por parte dos cidadãos em relação aos acertos de opções de políticas públicas. Não é incomum que se tenha, por exemplo, em relação a negócios hoje operados sob o regime ordinário de concessões, uma situação típica a se reger, na moldura normativa de hoje, pela Lei nº 11.079/04, normalmente pela absoluta falta de auto-sustentabilidade do negócio. Hoje, no mais das vezes, essa realidade é mascarada por sucessivos pedidos de recuperação de equilíbrio econômico-financeiro de contratos, que encontra solução nos mais variados expedientes — diminuição da outorga, retardamento de cronograma de obras, ou mesmo revisão de tarifas — sem que se tenha clareza em relação às reais possibilidades do negócio.

de responsabilidades: às eventuais deficiências do serviço corresponderá a imputação dos efeitos ao parceiro público ou privado, permitindo.

Ainda sob um outro prisma de avaliação — o econômico — é importante reconhecer que a antecipação do critério de solução é um fator que, do ponto de vista comercial, tem indiscutivelmente, valor, diminuindo o chamado custo de transação<sup>13</sup> envolvido no contrato de parceria; e portanto se agrega à equação financeira do negócio como uma tendência de diminuição dos custos transmitidos pelo parceiro privado ao Poder Público, custos esses que, em última análise, são pagos pela sociedade.

Em verdade, a repartição objetiva de riscos e conseqüente pré-definição do regime jurídico que lhes seja aplicável integra o conceito da chamada “blindagem” — para usar da expressão de Freitas (2005, p. 13-61) — que se pretendeu conferir a essa particular espécie contratual, como um fator de estabilização da relação contratual em causa, na linha de estimular-se associação de esforços entre parceiros público e privados.

Reverencia ainda a repartição objetiva de riscos e a conseqüente pré-definição do regime jurídico associado a cada qual dos eventos ali cogitados, à diretriz de responsabilidade fiscal, apontada pelo art. 4º, IV da Lei nº 11.079/04. Isso porque, se nos termos do Parágrafo Único do art. 1º da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), “...a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas...”; não resta dúvida que a detalhada antecipação das contingências e a projeção de seus efeitos sobre a execução do contrato são traços que, tendencialmente, vão de encontro à conduta desejável, *ex vi legis*.<sup>14</sup> Tem-se então, na exegese preconizada, uma integração e retro-alimentação de vários preceitos da Lei nº 11.079/04, reforçando não só sua compreensão sistemática, como sua necessária interface com o ideário de ação governamental planejada que, mais do que exsurgir da Lei Complementar nº 101/00, emana, a rigor, do próprio texto constitucional.

<sup>13</sup> O conceito envolve elementos que relacionam-se com um determinado bem e direito, e que compõe o conjunto de variáveis que determinam o seu valor do ponto de vista de mercado.

<sup>14</sup> Impõe-se ainda ter em conta que nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, “... a lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem...” (art. 4º, §3º), exigência que, por certo, pressupõe o adequado mapeamento desses mesmos riscos.

Não se extraia da construção ora apresentada, a afirmativa de que, em matéria de parcerias público-privadas, não tenha nunca lugar a invocação da teoria da imprevisão, para fins de que se venha a pretender eventual recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, o imponderável, quanto à sua ocorrência ou a suas dimensões, é um dado da vida, e seria uma pretensão absolutamente artificiosa (com previsíveis efeitos nefastos na formatação do negócio) negar-se esse fato. Todavia, o que não se pode deixar de considerar é que, empreendida — como é indispensável, como etapa prévia à repartição objetiva e mesmo à concretização do desenho contratual proposto — uma profunda investigação relacionada aos possíveis riscos envolvidos no negócio de que se cogita; a demonstração de que se tenha em concreto, a ocorrência de um fato, imprevisível quanto à sua incidência ou proporções, há de enfrentar um ônus argumentativo muito maior por parte daquele que pretenda esse reconhecimento em favor de uma pretensa recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>15</sup>

Essa é uma observação que, por sua vez, diz de perto às instâncias de controle que exercerão seu papel no acompanhamento dos contratos de parcerias público-privadas, desde o órgão gestor, até o Tribunal de Contas com jurisdição sobre a entidade administrativa em causa; cada qual deles demandando um crivo mais sofisticado em relação a eventuais pretensões do parceiro privado fundadas em imprevisão.

#### **4 O *enforcement* da pré-determinação do regime jurídico do risco: um círculo virtuoso em favor da diminuição do próprio risco financeiro e político**

Uma derradeira consideração é oportuno trazer, no que toca ao desiderato afinal pretendido, com a consagração do mecanismo de repartição objetiva de riscos; e tal observação diz respeito ao imprescindível *enforcement* dessa estrutura negocial, por ocasião do viver o contrato de parceria.

Significa dizer que, em se cuidando de PPPs, em princípio, as ocorrências da execução contratual encontram, previamente, caminho de

<sup>15</sup> Diferentemente do que se verifica em relação às contratações em geral, em que a se presume a investigação das potencialidades do negócio de parte daquele virtual contratado por ocasião da sua formulação de proposta; nas parcerias público-privadas esse mesmo mapeamento não se presume: há de se verificar, e integrar os atos preparatórios à convocação do certame respectivo. Assim, a pretensão de uso do argumento de imprevisão demandará a demonstração da ocorrência de evento ou fator imprevisível e imprevisível, a partir de toda a prospecção já contida no processo administrativo.

solução já formatado no corpo do próprio instrumento convocatório da licitação, e por via de consequência, no contrato que se celebrará. Essa idéia — de pré-pactuação, e portanto, imediatividade nos efeitos de cada ocorrência contratual — encontra, por exemplo, tradução também no art. 5º §1º da mesma Lei nº 11.079/04, que determina a aplicação das cláusulas automáticas de atualização, sem necessidade de homologação por parte da Administração Pública.

Toda essa estruturação negocial — que se constitui uma inovação no que toca à administração ordinária das ocorrências contratuais que envolvam ao Poder Público — há de encontrar resistências culturais no que toca à sua implementação; e vencê-las há de ser tido por um objetivo prioritário posto àqueles que pretendam o êxito do modelo das parcerias público-privadas. Isso porque esse conjunto de inovações, destinadas à instituição dessa nova ambiência de relações entre parceiro público e parceiro privado se constitui importante elemento do ponto de vista de confiabilidade do negócio, variável essa que, por sua vez, deita efeitos sobre vários princípios aplicáveis à matéria.

É de Freitas (2005, p. 13-61) a referência à aplicação, em sede de parcerias público-privadas, do princípio da proteção à boa-fé, que se traduziria, por sua vez, em “...poder-dever do administrador público zelar pela estabilidade decorrente da relação timbrada pela autêntica fidúcia mútua.” Do mesmo autor, a referência de que “...não consulta o interesse público, por exemplo, que persista o modelo iníquo de descumprimento das obrigações pela Administração Pública, por supostas razões subalternas de Estado, que não podem servir de biombo ou argumento para o desacato ou descumprimento das obrigações, prática ainda mais condenável quando se oferecem garantias qualificadas nos contratos de PPPs.” Se esse ideário já se põe relevante em um cenário ordinário de contratação; com maior razão se apresentará em avenças que, por seu perfil temporal longo, comprometem a mais de uma geração, exigindo, portanto, uma renovação permanente de seu signo de legitimidade.

Observe-se ainda que o regime das parcerias público-privadas, oferecido como uma alternativa (dentre outras) de execução de uma determinada atividade por parte do Estado, pressupõe, quando eleito, a demonstração de sua máxima adequação às finalidades institucionais perseguidas naquela particular ocasião. Significa dizer que a eleição da parceira público-privada — até mesmo pela existência da repartição de riscos — exige uma demonstração inequívoca de sua superioridade,

como possibilidade de solução, sobre outras alternativas postas; e não resta dúvida que essa análise se faz sob o prisma da eficiência, em toda a complexidade que essa dimensão pode ter.<sup>16</sup>

Ora, constitui fiel da garantia de eficiência dessa modalidade negocial a minimização dos já mencionados custos de transação (elementos não estritamente integrantes do valor intrínseco do negócio, mas que, por sua relação com ele, se refletem na sua avaliação global) — e não resta dúvida que a estabilidade das relações comerciais informa fortemente o cálculo dos custos de transação. Disso decorre que também o princípio da eficiência, comum à Administração em toda sua atuação (e não menos relevante em seara de parcerias público-privadas), estará a reclamar o reforço de aplicação do sistema de prévio conhecimento dos termos dos riscos envolvidos, e de suas conseqüências sobre o negócio em execução partilhada.

Por certo, também a cultura de aplicação adequada e tempestiva do regime previamente estabelecido contribuirá ainda para a diminuição do sempre apontado risco político, que historicamente, desconsiderando o valor de segurança jurídica, interfere sobre as contratações, sem qualquer previsibilidade. Cuida-se, portanto, da construção institucional da confiabilidade do negócio, reforçando esse caminho de agir estatal como alternativa útil à sociedade (no sentido imediato de destinatária do serviço oferecido em parceria) e ao desenvolvimento econômico do país. Observe-se que toda essa linha de cogitação se harmoniza, em verdade, com a introdução de um vezo de análise econômica do direito, como preconizada (dentre outros) por Faraco e Santos (2005, p. 27-61), enfoque que permitirá completar-se às cogitações de legitimidade, recentemente assumidas como necessárias no estudo do agir estatal, aquelas atinentes ao custo social, também intrínsecas à avaliação qualitativa desse mesmo agir.

## 5 Considerações finais

O breve percurso apontado ao papel da repartição objetiva dos riscos no sistema das parcerias público-privadas está a demonstrar o caráter inovador que essa característica introduz na nova alternativa de relações contratuais admitidas celebrar com a Administração Pública. Associando-se em contribuição e risco com o parceiro privado; buscando

---

<sup>16</sup> Não se está aqui cogitando dos eventuais — verdadeiros — determinantes das escolhas públicas, e menos ainda, da visão originária da economia, segundo a qual também nesse momento de decisão, sejam os interesses individuais aqueles prevaletentes, e não uma suposta cogitação com a coisa pública, que se ponha, republicaneamente, quando do exercício de funções públicas pelos burocratas.

a pré-definição das soluções possíveis aos (in)evitáveis conflitos, despe-se mais e mais a Administração, dos últimos resquícios do velho modelo das razões de Estado, antes regido pela afirmação unilateral da supremacia do interesse público, e tantos outros traços associados às idéias de poder de império, de súdito (ao revés de cidadão), etc., etc.

Optando pela formulação negocial de parcerias, caminha decisivamente o legislador — e com ele, o Estado Brasileiro — para um modelo aberto, que encontra na busca da construção de vontade concertada com a sociedade sua rota de evolução. Cumpre, agora, extrair esse programa do plano das idéias e trazê-lo para a realidade, seja das repartições públicas, seja do próprio Judiciário, no momento em que — e esse momento fatalmente chegará — seja chamado a compor conflitos decorrentes dessa nova modalidade contratual. O traçado dos adequados argumentos institucionais (ARAGÃO, 2005, p. 7-21) a serem manejados na análise desses novos fenômenos, é a tarefa que se mantém na agenda de trabalho dos estudiosos do Direito Administrativo.

Importante que se tenha em mente — quando da assunção dessa pauta de prioridades — as lições que a história nos aponta, de subversão de institutos, por vezes internacionalmente testados, por ocasião de sua aplicação em território nacional, seja pela resistência formal (juízos de suposta inconstitucionalidade, regulamentação em sentido diverso do sugerido pela lei-diretriz), seja pela insidiosa forma da resistência passiva. Essa última, em particular, exige uma postura de combate, pelo que ela expressa de afronta ao viver do Estado Democrático de Direito. O não agir, o frustrar da lei pela inércia, subverte as esferas de responsabilidade, e frustra a decisão — por princípio, soberana — do povo por intermédio do legislador. Cumpre, portanto, à comunidade jurídica fazer valer a decisão democrática, contribuindo com esforço de extração a partir dos textos, da norma como critério jurídico de decisão, instrumental ao atendimento ao interesse público — não aquele que se enunciava abstratamente, mas aquele que se vivifica com o controle social.

## Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, no. 8, p. 7-21, 2005.

Diretrizes para Parcerias Público-privadas bem Sucedidas. Comissão Européia, Diretoria Geral de Política Regional, março de 2003. Disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/download/diretrizes.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2005.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 27-61, 2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios. *Revista Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Rio Grande do Sul, 2005, p. 13-61.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat: l'action Publique em Question*. Paris: Presses de Sciences Po., 1999.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípio, Regras Específicas para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei 11079, de 30.12.2004. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Rio Grade do Sul, 2005, p. 63-92.

SANTOS, Fernando Muniz. Globalização Econômica, Estado e Mercado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-privadas e Responsabilidade fiscal: uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. No prelo.

VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade Fiscal e Parcerias Público-privadas: o Significado das Diretrizes Contidas no art. 4º da Lei 11079/04. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2005.

ZYMLER, Benjamin. As Licitações no Âmbito das Parcerias público-privadas. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005, p. 4940-4961.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 11-23, out./dez. 2005.