

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE DE CIÊNCIAS JÚRIDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

VITOR LEOPOLDO SAITER BIASUTTI

A MATRIZ DE RISCOS NO CONTRATO DE PPP DE REVITALIZAÇÃO DA REGIÃO
PORTUÁRIA DO RIO DE JANEIRO.

Rio de Janeiro

2014

VITOR LEOPOLDO SAITER BIASUTTI

A MATRIZ DE RISCOS NO CONTRATO DE PPP DE REVITALIZAÇÃO DA REGIÃO
PORTUÁRIA DO RIO DE JANEIRO.

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Universidade Federal do Estado do Rio
de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Patrícia Sampaio

Rio de Janeiro

2014

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar aspectos gerais da contratação especial de concessão denominada PPP (Parceria Público-Privada) nas suas duas modalidades, isto é, a concessão patrocinada e a concessão administrativa que são reguladas pela lei 11.079/2004. Introduzir-se-á, nesse trabalho, um exame da dicotomia risco e incerteza dentro dos contratos em geral e principalmente das contratações em que a Administração é parte, bem como, que uma visão histórica de como a má gestão das áreas ordinária e extraordinária nos contratos de PPP por diversas vezes inviabilizam e ocasionam o rompimento contratual entre as partes. Posteriormente, esse tema será abordado dentro do contrato de PPP na modalidade concessão administrativa, pactuado pelo Consórcio Porto Rio e a CDURP para a reforma da AEIU Portuária (Área de Especial Interesse Urbanístico Região do Porto do Rio de Janeiro) criada pela Lei Complementar Municipal nº 101 de 2009 e pelo Decreto Municipal 26.852 de 2006.

Introdução.....	6
Capítulo I – O Risco e a Incerteza nos Contratos de PPP: uma análise geral.	10
1.1 Introdução.....	10
1.2 Fundamentos jurídicos para a repartição de riscos em PPPs	12
1.3 Equilíbrio Econômico-Financeiro.....	15
1.3.2 Função	16
1.3.3 – Constitucionalidade.....	17
1.4 O Conceito dos contratos incompletos para as PPP(s)	19
Capítulo II – Análise quanto à Distribuição dos Riscos nos Contratos de PPP	22
2.1 Introdução.....	22
2.2 Tipologia, e Distribuição dos riscos para Kleber Luiz Zanchim	22
2.2.1 Tipologia do Risco.....	22
2.2.1.1 – Riscos Públicos.....	23
2.2.1.2– Riscos econômico-financeiros.....	23
2.2.1.3 – Riscos de mercado.....	24
2.2.1.4 – Risco de Construção	24
2.2.1.5 – Riscos de Operação e Manutenção	25
2.2.1.6 – Riscos ambientais	25
2.2.1.7 – Riscos de Adequação tarifária	25
2.3.2 Distribuição dos riscos.....	26
2.3.2.1 – Divisão de obrigações contratuais a assunção dos riscos	26
2.3.2.2 – Princípios gerais de alocação do risco.....	28
2.2.2.3 – Alocação dos riscos públicos	29
2.3.2.4 – Alocação dos riscos econômico-financeiros.....	30
2.3.2.5 – Alocação dos riscos de mercado	31
2.3.2.6 – Alocação dos riscos de construção.....	32
2.3.2.7 – Alocação dos riscos de operação e manutenção	34
2.3.2.8 – Alocação dos riscos ambientais.....	34
2.3.2.9 – Alocação dos riscos de adequação tarifária	35
2.4Matriz de Risco e Distribuição dos Riscos no contrato de PPP para Maurício Portugal Ribeiro ..	35
2.4.1 Introdução	35
2.4.2 Riscos e Equilíbrio Econômico-Financeiro.....	36
2.4.3 Critérios de distribuição dos riscos e matriz de risco.....	36
2.4.3.1 - Matriz de risco.....	37

2.4.3.2 - Critérios de distribuição do risco	37
2.4.3.3 - Matriz de risco.....	38
Capítulo III – Análise do Contrato de PPP para a Revitalização da AEIU Portuária quanto a Distribuição do Risco.....	55
3.1 O Projeto	55
3.1.1 A “AEIU” Portuária	55
3.1.2 A Concessão	56
3.2 O Contrato, cláusulas de alocação de risco.....	57
3.2.1 Caso Fortuito, Força Maior, Incompletude do Contrato de PPP e Seguros	58
3.2.2 Tributação	61
3.2.3 Risco do Projeto e Obtenção de Licenças e Autorizações.....	62
3.2.3.1 – Risco do Projeto.....	62
3.2.3.2 – Risco com meio ambiente, licenças e autorizações e patrimônio cultural.	64
3.2.4 – Risco da Inflação.....	68
3.2.5 – Risco de Mudança do Controle do Parceiro Privado.....	68
3.2.6 – Riscos com a Construção e a Operação e Manutenção.	71
3.2.7 – Trabalhista.....	74
3.2.8 – Risco de Financiamento do projeto e seu pagamento.....	78
3.2.9 – Risco de não pagamento pelo poder concedente.....	80
3.2.10 – Equilíbrio Econômico-Financeiro e término antecipado do contrato.....	82
Conclusão.....	83
Bibliografia	87

INTRODUÇÃO

A eleição pela realização de uma monografia tendo como tema uma análise da divisão dos riscos no contrato de parceria público-privada (PPP) para a reforma da AEIU Portuária (Área de Especial Interesse Urbanístico Região do Porto do Rio de Janeiro) se relaciona grande relevância e magnitude que essa concessão tem, não só para a sociedade fluminense, como também para o Estado do Rio de Janeiro e para o Brasil.

A obra de revitalização da referida região e manutenção desta irá custar R\$ 7.609.000.000 (sete bilhões seiscentos e nove milhões) de reais aos cofres públicos. O interesse desse contrato quanto à análise da alocação do risco no mesmo, pelos motivos expostos, é muito relevante para a sociedade acadêmica do direito carioca e ainda não foi realizada. A importância de uma análise do contrato e do caso prático torna-se importante para o mundo acadêmico do direito na mesma medida da dimensão desse projeto e ao interesse público fortemente envolvido neste.

Cabe ressaltar também que a sociedade de propósito específico, Concessionária Porto Novo, foi constituída conforme determina o artigo 9º da lei 11.079/2004 que regulamenta a concessão no regime de parceria público-privada, tendo por acionistas as vencedoras da licitação 001/2010: a Construtora Norberto Odebrecht, Construtora Carioca Christiani-Nielsen Engenharia e a OAS Engenharia. Ela foi criada para gerir e implantar o objeto da parceria que é a revitalização da área em questão, irá ser analisada também sob o ponto de vista prático quanto à forma como ocorreu distribuição dos riscos em casos que ocorreram durante a concessão até o presente momento.

Essa modalidade de concessão amplamente difundida no cenário mundial e que ainda nem completou uma década de experiência em nosso país, por isso o relacionamento da Concessionária com o Poder Concedente, e a evolução dos trabalhos se torna tão interessante de analisar. Uma aparente sutil diferença, dentro da pouca experiência prática em lidar com a alocação dos riscos nessa modalidade de concessão, pode abalar tanto um projeto dessa magnitude. Devido a isso é muito válida, dentro dessa relação, entre o Poder Concedente e Concessionária, procurar em nossa base jurídica e na base jurídica alienígena uma forma equânime de se organizar contratualmente e na prática diante dos mais variados risco que desse projeto podem ocorrer.

A questão do risco contratual, nas parcerias público-privadas, é ainda, por mais que estudos técnicos (obrigatórios nesse tipo de concessão) consigam minimizá-lo, uma questão que economicamente e socialmente deixam muitos alarmados. Muito notório que a doutrina

nacional e estrangeira, que será mais adiante a fundo explorada, oferece um norte para que os problemas no caso prático sejam minimizados para não causar, desnecessariamente uma quebra contratual por ônus excessivo.

O parágrafo anterior traz um ponto importante, pois nessa modalidade de contratação pela administração, o risco e a incerteza, mesmo que guiados com muito cuidado e habilidade e por pessoas experientes no assunto, diversas vezes tornaram contratos absurdamente onerosos para uma das partes a ponto de ocasionar o rompimento contratual.

Não é novidade a importância do estudo da distribuição risco, pelo Direito, dentro dos contratos em geral. Também não traz grande inovação, esse trabalho, por trazer as diferenças dessa distribuição quando uma das partes é a Administração, que é tema também já bastante discutido na doutrina, nem mesmo em relação aos novos formatos de concessões trazidos pela Lei 11.079/2004.

O que há de diferente, e de interessante análise, neste projeto, é a análise desse tema na concessão para reforma da região portuária. A análise dessa concessão de forma ampla, ao abordar pontos importantes de fatos públicos do projeto e realizar comparações com outras concessões que ocorrem ou já ocorreram no país, e também, confrontá-la com o entendimento doutrinário do tema do risco e incerteza é sem dúvida algo inovador.

É claro aqui, e importante ressaltar que os fatos que aqui serão expostos não se tratarão de informações internas da Concessionária ou de fatos que ainda não foram divulgados ao público.

Não é esse trabalho uma matéria jornalística, o interesse aqui é de confluir os fatos notórios e públicos dentro desse tema de Direito para fazer uma análise científica dos acontecimentos.

Importante também para o desenvolvimento desse tema a análise da experiência internacional dessa forma de concessão administrativa. Nesse trabalho será realizada uma pequena análise geral de direito comparado quanto ao tema, buscando referências primordialmente no sítio eletrônico da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Também haverá referências, nessa modalidade de concessão pública, realizadas em outros países, principalmente, no Reino Unido. Cabe observar, contudo, que essas referências só serão realizadas quando for realmente relevante ou importante à construção cognitiva do tema.

A grande imprevisibilidade que se tem de se alocar as áleas contratuais em projetos de grande magnitude, como este da reforma da “AEIU Portuária”, pode sim auxiliar com critérios objetivos na alocação das áleas ordinárias. Autores relevantes como Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro contribuíram bastante na tentativa de definir o risco de

acordo com o fato que este se relaciona e a partir daí dimensionar objetivamente com a experiência jurídica e também a análises de casos concretos na melhor forma de se distribuir os riscos entre as partes em contratos em que Administração é uma das partes.

Nesse trabalho serão bastante abordados esses dois autores. A concessão em questão será aqui analisada, principalmente pela inteligência trazida por esses dois autores. Nesse sentido será observado se, nas cláusulas contratuais e no caso concreto, está se adotando o mesmo adotado pelo conteúdo sobre o tema na gestão do risco dentro dessa concessão trazido por esses autores.

A importância desse tema não se dá somente devido pouca experiência que ainda se vivencia quanto a essa alocação das áleas contratuais nas concessões determinadas pela “Lei das PPP(s)”, mas também do surgimento de diversas de situações-fáticas atuais, decorrentes da constante evolução sociocultural e tecnológica, que afetam o avanço entre as partes, contratualmente, e geram novos problemas ao estudo para a alocação mais própria dessas áleas.

Relevante dizer que essa modalidade de concessão está em amadurecimento no nosso país, e um amadurecimento rápido e franco, muitas “PPP(s)” estão sendo estudadas e realizadas pela necessidade de uma melhoria na oferta de serviços públicos para a população, além da grande demanda que surgiu a partir da realização da Copa do Mundo de Futebol em 2014 e das Olimpíadas em 2016, que serão sediadas no país.

Nesse sentido, tendo em vista a grande demanda de investimento existente nesse momento no Brasil e o grande processo de desestatização que o país vem sofrendo nas últimas décadas, a discussão do tema e de uma abordagem prática do risco e da incerteza, do ponto de vista do direito, se torna muito importante. Não só a análise aqui jurídica, mas apresentar um pouco da lógica econômica subjacente a esses contratos e outras diversas perspectivas sociais que, em minha opinião, é muito válido diante desse processo que estamos vivenciando.

No primeiro capítulo, será feita uma análise do risco e da incerteza nos contratos de uma forma um pouco geral abordando uma visão não só uma abordagem teórica, mas também uma análise prática na gestão dos riscos dentro da capacidade de previsibilidade contratual.

Assim trazendo, ao trabalho, às formas de se avaliar os riscos quando se está diante de um projeto de grande magnitude que uma das partes é a Administração.

No segundo capítulo toda a pesquisa na doutrina pátria e alienígena e a análise de casos práticos já ocorridos na busca de encontrar aos “melhores”, pelos autores analisados,

entendimentos sobre a distribuição dos riscos dentro dos contratos de PPP e o equilíbrio econômico-financeiro diante da ocorrência do “imponderável”.

Assim sendo irá ser analisado a estruturação do sistema do equilíbrio econômico-financeiro dentro do contrato de PPP, dentro da análise do risco. Explicitar-se-á nesse capítulo a relação entre a matriz de riscos, os indicadores de desempenho e o sistema de desempenho - típicos também dos contratos de PPP e diretamente relacionados ao risco contratual.

No terceiro capítulo será utilizado todo o arcabouço teórico já exposto para fazer um exame do contrato para reforma da “AEIU Portuária” celebrado entre a Concessionária Porto Novo e a CDURP. Isso se tratará de um estudo muito mais teórico, observando a organização das cláusulas contratuais que dispõem sobre o assunto. A análise também observará casos de omissão contratual quanto ao risco observando, claro, o que foi apresentado no trabalho.

Por fim, em sede conclusiva, fecharemos nossos argumentos com uma análise geral sobre tudo que até então fora abordado. Tentaremos arrematar a ideia final da visão que nos deixa a doutrina frente à análise das disposições contratuais e o modo como está sendo realizada a concessão para a reforma da Região Portuária da cidade do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO I – O RISCO E A INCERTEZA NOS CONTRATOS DE PPP: UMA ANÁLISE GERAL.

1.1 Introdução

A análise do risco e incerteza de uma contratação passa sempre pela análise do interesse dos dois agentes presentes na celebração deste. As negociações, entre as partes envolvidas, são sempre traçadas em um ambiente de incerteza. A avaliação do investimento necessário e a expectativa de lucro futuro a princípio são acordadas num contexto de assimetria de informações econômicas e sociais, não somente entre as partes, como também em relação a outros agentes externos envolvidos.

Nesse ambiente, as avenças contratuais, selecionam variáveis consideradas importantes por cada parte, para orientar as expectativas de cada um e até direcionar as ações desejáveis diante das mais diversas situações hipotéticas.

O problema se encontra na própria simplificação da realidade que é tentar reproduzir nos contratos uma realidade complexa com grande margem de imprevisão. Sobre essa imprevisão Kleber Luiz Zanchim comenta:

“Ademais, se o contrato dirige-se a simplificar uma realidade cada dia mais complexa, é fato que deixa de considerar diversas variáveis que podem afetar diretamente sua execução. Portanto, aquela aposta na estabilidade é, na origem, ilusória; em especial, nesses tempos pós-modernos caracterizados pela hipercomplexidade. O que há e cada vez mais insegurança no julgamento das consequências de eventuais alterações de circunstâncias sobre os contratos.”¹

A baixa previsibilidade do contrato é uma realidade, e não pode ser afastada no momento de distribuição efetiva dos riscos do contrato. O intérprete para identificar a quem cabem os ganhos ou prejuízos precisa de um forte arcabouço não só teórico como também prático para solução mais harmoniosa e que ofereça segurança jurídica aos interesses ali em jogo.

¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p.59

Além disso, prova dessa baixa previsibilidade do contrato está inclusive em nosso Código Civil de 2002. Ela se encontra, por exemplo, em algumas hipóteses de revisão contratual trazidas pelos artigos 478, 479 e 480 do diploma.

Importante aqui esclarecer que a teoria contratual clássica do *pacta sunt servanda* (após a realização do contrato, entre as partes, vigora o que ali se estabelece sem possibilidade de alteração) foi nesses artigos relativizada por meio da noção de equilíbrio das prestações (fatos aleatórios que alterariam o negócio jurídico).

Na verdade o contrassenso que ai se exhibe é somente aparente. O princípio acima exposto não é um postulado meramente formal. Obriga que em sua formalidade as cláusulas sejam cumpridas do modo ajustado, porém indica, materialmente, que este cumprimento deve sempre estar vinculado as premissas avençadas no início da contratação (as previsões das partes no acordo de vontades).

Nesse contexto pré-contratual, de poucas informações por ambas as partes, o tempo de vigência contratual e a complexidade do escopo intencionado aumentam a precaução e cautela dos agentes ali envolvidos. Isso ocorre pelo acréscimo da margem de erro causado pela imprevisão de diferentes fatores que podem influir nesse contrato. Sobre esse aumento da margem de erro das previsões contratuais Kleber Luiz Zanchim observa:

“As margens de erro são tão maiores quanto mais longo for o prazo da avença e mais densa for a relação jurídica. Se, como mostram as oscilações do Boletim Focus, é difícil antevermos o que ocorrerá em alguns meses para uma variável da economia, que dirá em anos de um contrato influenciado por diferentes fatores como juro, crédito, demanda e, inclusive, câmbio, entre outros?”²

Considerando isto, cabe ressaltar que, os contratos de PPP ensejam uma densa relação jurídica entre as partes contratantes, isto, pois, não podem ser celebrados com valor inferior à R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), conforme estabelecido no inciso I, §4º, do art. 2º, da Lei das PPPs e não podem ter como escopo somente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, conforme previsão no inciso III, do mesmo parágrafo.

² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p.59

Pela mesma lei, em seu art. 5º, inciso I, temos também a possibilidade de uma duração máxima do prazo de vigência contratual chegando há até 35 anos. Tais condições tornam complexas as previsões feitas sobre essa espécie de contratação. A necessidade de se pautar na experiência e na doutrina, torna-se fundamental na obtenção das melhores práticas de organização dessas avenças quanto à distribuição dos riscos.

A própria Lei de Parceria-Público Privadas exige que os contratantes, neste momento pré-contratual, antecipem e distribuam os reflexos futuros que possam desequilibrar a relação contratual a ser estabelecida, em dois dispositivos legais, são eles: Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; e Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (BRASIL, Lei nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004).

Sendo assim, ao determinar a obrigação das previsões contratuais a e a repartição objetiva, a lei, exige dos contratantes uma alta especialização e sofisticadas técnicas apuração de possíveis riscos do projeto a ser realizado. Tal configuração garante que o contrato de PPP possua maior capacidade de previsibilidade que outros modelos de contratação, reduzindo assim a probabilidade de reajustes no equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

1.2 Fundamentos jurídicos para a repartição de riscos em PPPs

Como foi transcrito acima, os dispositivos da Lei 11.079/2004, que tratam expressamente da repartição de riscos, são os incisos IV e III dos artigos 4º e 5º, respectivamente.

Muito importante ressaltar que nos casos citados o legislador brasileiro não adota uma divisão dos riscos uniforme para todos os contratos de PPP. Contudo, cabe observar que, o legislador delimitou essa área de certa forma, não deixando, somente à doutrina e jurisprudência, o tema.

Nesse sentido, pode-se observar que se criou uma determinação de que, a cada contrato de PPP, haveria uma repartição de risco. O administrador público deve, pela disposição legal, desde o início da licitação, divulgar aos concorrentes a minuta do contrato de PPP, incluindo a repartição de riscos. Com base nessa minuta e considerando as cláusulas já determinadas é que devem, os licitantes, formular suas propostas.

Opinando, sobre essa opção legislativa temos o doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo e coordenador do grupo de Parcerias Público-Privadas do BNDES, Marcos Barbosa Pinto:

“(…) o legislador brasileiro preferiu deixar a definição dos parâmetros de repartição de risco mais adequados a critério da administração pública – ou melhor, das partes, pois um contrato de PPP não se forma sem consenso. Com isso, ganha-se em flexibilidade, já que a repartição de riscos pode variar conforme as exigências de cada caso; sem perda de previsibilidade, visto que o parceiro privado conhece e concorda de antemão com esses parâmetros, estabelecidos no contrato.”³

Nesse trecho Marcos Barbosa Pinto considera que existe uma preocupação especial, do legislador brasileiro, com esse ponto. A alocação de risco nos contratos de PPP, na própria lei, ganha um destaque distinto em relação aos outros contratos administrativos. Explicando, a determinação dessa previsão de alocação dos riscos, num momento anterior ao contrato, gera um conceito de sempre incumbir o risco a quem tem maior capacidade de suportá-lo. A determinação dessas cláusulas de alocação no risco pela administração, no momento da licitação, e a consideração econômica de assumir as cláusulas previstas nessa licitação – no caso do parceiro privado - ocasionada pela proposta, geram esse efeito.

Isso se trata de um processo evolutivo que a lei das PPP(s) reforça em primar por posicionar o Poder Público muito mais na condição de fiscalizador dos resultados obtidos, ou seja, nos níveis de desempenho do serviço prestado, concedendo ao parceiro privado a escolha dos meios, materiais, e outros que deverá empregar para realização do objeto contratual que se obrigou a realizar pela proposta na licitação. Assim, permite-se que o ente privado aufera lucro com os ganhos com a eficiência na prestação de serviços, isso, considerando uma regulação econômica eficiente e um modelo licitatório bem realizado, selecionará os parceiros privados com melhor condição de ganhar com essa eficiência na licitação, pois fará uma proposta com maior qualidade e mais barata para oferecer o mesmo resultado. Assim esses ganhos com eficiência serão, conforme exposto, repassados ao Estado e aos usuários.

Importante citar aqui o teor do artigo 5º, III, que dispõe ser possível repartir, entre as partes, todos os riscos inclusive quanto aos casos de caso fortuito, força maior, fato do

³ PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, V 13, N. 25, P 155-182, Jun. 2006.p.158.

príncipe e álea econômica extraordinária. Assim sendo mesmo os riscos que escapam ao controle, a princípio, do parceiro privado, podem ser a eles atribuídos.

Duas considerações são relevantes aqui antes de continuarmos a análise desse artigo quanto ao ponto do risco em si.

Primeiramente, ressaltar que o conceito clássico de álea econômica extraordinária, como distinta da álea econômica ordinária, que foi ali colocado pelo legislador perde, de certa forma, seu sentido em um contrato como o de PPP. Tal consideração será mais a frente, ainda nesse capítulo, relatada com base na visão atual dos Contratos de PPP como contratos incompletos. A própria incerteza que permeia esses contratos torna impossível uma previsão antecipada de todos os episódios relevantes, para estes, no momento da avença tornado a tentativa de divisão do risco da incerteza uma visão limitada.

Assim exemplifica Kleber Luiz Zanchim sobre a relação entre as partes que se dá durante uma composição de conflito dentro incompletude dos contratos de PPP:

“É o que acontece nos contratos de “megaprojetos” como os de PPP. O direito é apenas um referencial para a composição de conflitos. Um contratante declarado vencedor de uma disputa sobre onerosidade excessiva não necessariamente poderá aproveitar-se da decisão por todos os seus termos, haja vista a natureza do vínculo com sua contraparte. É provável que tenha que fazer concessões e ajustes para preservar o empreendimento e o outro contratante, chegando a um arranjo final bem diferente do teor da decisão que pretendeu resolver a demanda”.⁴

Também, antes de entrar em análise do dispositivo, deve-se observar que a repartição de riscos, ali descrita trata-se de autorização legal, não de obrigação. Isto é, a administração, no ajuste da licitação e do contrato, pode transferir esses riscos para o parceiro privado, mas, o dispositivo legal não obriga a administração a fazê-lo. A lei concede certa discricionariedade à Administração para escolhas desses riscos, conforme lógica adotada pelo legislador já expressada quanto à não divisão de riscos uniforme para todos os casos contratação em PPP. Normalmente, na análise dos casos que será feita no próximo capítulo, observar-se-á que a transferência total desses riscos para o particular não é justificada pela lógica.

Esse dispositivo apresenta uma tentativa de não deixar dúvidas quanto à possibilidade de o administrador poder transferir todos os riscos que entender necessários ao caso em questão, inclusive aqueles previstos na alínea “d”, inciso II, do artigo 65 da Lei das Licitações

⁴ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p.190

e dos Contratos Administrativos: “Art. 65 Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: por acordo entre as partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”. (BRASIL, Lei nº 8666 de 21 de Junho de 1993)

Assim não há que se cogitar da possibilidade da incidência deste artigo sobre a concessão na modalidade de PPP, uma vez que a própria legislação especial e do contrato de PPP define regra contrária ao disposto nas normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública.

1.3 Equilíbrio Econômico-Financeiro

1.3.1 – Procedimento de Revisão Contratual

Existem nos contratos administrativos de PPP dois tipos típicos de revisão: ordinárias, que são sempre periódicas, e as extraordinárias, fazem parte de uma definição tácita do primeiro conceito, isto é que acontecem diante de um evento que justifique a revisão que não sejam periódicas.

As duas formas típicas são: a compensação financeira (compensation event), e a remarcação financeira (benchmarking).

A compensação financeira tem sua função compreendida no cumprimento da matriz de riscos do contrato. As mudanças que assim decorrem sempre serão de alterações, nos níveis de serviço, nas supressões e acréscimos no objeto contratual, ou no seu sistema de pagamento. Essa forma é a que ocorre quando uma parte sofre diretamente os efeitos de um risco, que na verdade é incumbido à outra parte.

Já as remarcações financeiras, ao contrario da compensação financeira, são sempre em consequências de alterações de extrema relevância no contrato, no seus níveis de serviço, no seu objeto ou sistema de pagamento.

As remarcações financeiras ocorrem sempre que com as alterações, normalmente, se necessita de um procedimento de avaliação de impactos de tal alteração das condições financeiras estipuladas contratualmente.

1.3.2 Função

Segundo Maurício Portugal Ribeiro, encontra-se, de forma bem lógica, as funções que possui o sistema do equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão:

“O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções:

- a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v. g., aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, ex-mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-los às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.”⁵

Na função designada pelo Ilmo. Dr. Professor pela alínea “a” podemos observar a função de resguardar o concessionário de um intento de um governante da situação, que, sem qualquer fundamentação, apenas com objetivo de ganhar votos, ou aumentar sua popularidade (desarrazoadamente) realizando, por exemplo: redução de tarifas acordadas, exigindo níveis superiores aos originalmente pactuados, incluindo no objeto, prestação de serviços completamente alheios ao escopo originalmente contratado, etc.

Quanto à função delineada na alínea “b” podemos observar que o equilíbrio econômico-financeiro, neste caso, tem a função de permitir o adequado cumprimento da divisão dos riscos estabelecidos no contrato. Ocorre primordialmente quando o risco contratualmente está imputado a uma parte, porém o outro ente é que sofreu maior dano decorrente do fato.

⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011. p. 105.

Nessa situação de desencontro das cláusulas contratuais, Maurício Portugal Ribeiro explica:

“É preciso, por isso, que haja um sistema contratual que permita a compensação do parceiro privado por ter sofrido as consequências gravosas de um risco atribuído pelo contrato à Administração Pública. Essa é a segunda função econômica do sistema de equilíbrio econômico-financeiro”⁶

Já quanto à função descrita na alínea “c”, se encontra a função do sistema do equilíbrio econômico-financeiro de adaptar o contrato aos imperativos que ocorram da passagem do tempo, ou de mudanças tecnológicas, mudanças de ordem qualitativa e quantitativa no contrato. Nas palavras do Professor Dr. Maurício Portugal Ribeiro:

“Essa função é a que requer mais cuidado, porque, em primeiro lugar, é atividade extremamente complexa e realização adequada do reequilíbrio do contrato para compensar mudanças desse tipo, especialmente as mudanças qualitativas. Além disso, alterações relevantes em contrato que foi submetido a processo competitivo põem em risco os benefícios do processo competitivo.”⁷

As funções definidas nas alíneas “b” e “c” expressam o resultado da lógica da evolução da análise da imprecisão contratual nos contratos de PPP. A imprevisão que criou o conceito de contratos incompletos. O equilíbrio econômico-financeiro deve ser entendido compreendendo esse conceito para que seja eficaz e assim responsável por salvaguardar os interesses das partes ao longo do tempo e diante dos mais diversos riscos imprevisíveis no tempo da contratação.

1.3.3 – Constitucionalidade

Após a análise dos dispositivos legais, acerca da opção legislativa adotada pelo legislador, em relação ao poder e dever do Poder Público em definir a melhor alocação dos riscos nos contratos, vamos aqui analisar se a discricionariedade administrativa, comentada no parágrafo anterior, é compatível com o texto constitucional que dispõe sobre o sistema do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p. 106

⁷ Idem

Para realização dessa tarefa temos que analisar a disposição que traz a Constituição sobre o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a compatibilidade deste com o art. 5º, inciso III, da Lei 11.079/2004. O princípio supracitado se encontra no inciso XXI, artigo 37, da Constituição Federal:

“Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de Outubro de 1988).

Como podemos ver a ressalva feita, o dispositivo acima, em relação aos casos específicos previstos na legislação, somente delimitou a ação do legislador infraconstitucional, não impedindo este de regular a norma constitucional, apenas nos casos em que esta afronta a mesma de forma direta. Nesse sentido não podemos ver a princípio qualquer afronta do art. 5º, inciso III da lei de PPP à Carta Maior.

Não há inconstitucionalidade visível quanto à parte que determina que o contrato de PPP seja objetivo na divisão dos riscos. Quão mais objetivo é o contrato maior é a lisura no procedimento licitatório tornando a contratação mais próxima do desejável.

A questão aqui, é que, aparentemente, ao ser possível a repartição de riscos diante de casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária, estar-se-ia excluindo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro para fatos externos ao pactuado.

O fato é que esse aparente vício constitucional baseia-se que o artigo 5 estaria excluindo a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, quando na verdade o que ele faz incluí-lo no contrato, através da distribuição dos riscos.

Quanto à compatibilidade com o disposto no artigo 5º da lei de PPP em relação à alocação objetiva dos riscos Marcos Barbosa Pinto explica:

“(…) Na medida em que o contrato de PPP contempla certos riscos e os atribui ao parceiro privado de forma clara, eles

deixam de ser externos ao contrato e à equação econômico-financeira inicialmente estabelecida, passando a integrá-los. Ou seja, o equilíbrio inicial do contrato já inclui a repartição de riscos.”⁸

E ainda:

“Como se sabe, o contrato de PPP é parte integrante do edital de licitação. Se a repartição de riscos estiver claramente estabelecida no contrato, como determina a lei, os licitantes estarão plenamente cientes dos riscos que estarão assumindo ao celebrar o contrato. Logo, suas propostas econômicas certamente incluirão adequada e suficiente compensação por esses riscos.”⁹

1.4 O Conceito dos contratos incompletos para as PPP(s)

A análise constitucional do disposto no artigo 5º, inciso III, da lei 11.079/2004 e os comentários do Professor Dr. Marcos Barbosa Pinto feita acima nos auxilia a entender que a repartição de riscos ocorre no momento de assinatura do contrato. Sendo assim no momento dessa divisão existe uma imprevisibilidade grande quanto ao futuro. Ter-se do contrato realizado o ponto de partida como definidor do que é previsível no momento da contratação pode não ser útil em diversos casos, principalmente quando se está diante de objetos tão específicos que são pressupostos do contrato de PPP e por um grande lapso temporal.

Outrossim, deve-se dizer que essa proposta de divisão entre álea ordinária e extraordinária esbarra nas fragilidades da informação partidária e parcial, sobre o mundo e sobre as coisas, que nós detemos.

Cabe observar, contudo, que não se está se aqui negando a importância do avençado contratualmente, e nem que por isso deva se desrespeitar a divisão de riscos no contrato.

O que ocorre é que as partes devem estar sempre adaptando o que foi pactuado e as novas realidades e para isso é importante definir o conceito de incompletude dos contratos de PPP. O avençado entre as partes serve para sinalizar o ambiente de expectativas em que o contrato foi celebrado e o que pode fazer nada além de oferecer parâmetros para o equilíbrio contratual.

⁸ PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, V 13, N. 25, P 155-182, Jun. 2006.p. 165.

⁹ Idem

Entretanto diante do caso concreto as partes precisam de compreender e completar essas lacunas deixadas pelo contrato adequando as novas realidades. Na visão de Kleber Luiz Zanchim a incompletude contratual se alicerça em três pilares conforme explicita e comenta:

“Assim a incompletude teria três bases: (i) impossibilidade de lidar com eventos imprevisíveis; (ii) dificuldade de antecipar consequências futuras de eventos imprevisíveis; e (iii) intenção das partes em flexibilizar os contratos. No fundo, é possível dizer que as duas primeiras imporiam a última, não como algo escolhido pelos contraentes, mas como necessidade decorrente das próprias. Ou seja, as restrições na previsibilidade demandariam um contrato mais flexível.”¹⁰

Verdade é que considerar o contrato como incompleto demanda uma relação constante de diálogo entre os contratantes quanto à análise do contrato frente às mudanças profundas que não são imputáveis a qualquer dos agentes ali envolvidos, mas que se não sanada ou não verificada pode gerar um litígio desnecessário.

Outrossim, e como dizer que se está diante de uma seção importante da relação entre Poder Concedente e ente privado, que deve ser acompanhando dia-a-dia o surgimentos dessas situações. Esse contrato incompleto flexível somente pode ocorrer pelos mecanismos de complementação do contrato e por suas ferramentas de gestão.

Assim sendo, as avenças incompletas, devem ser preenchidas durante a execução do projeto, sendo estas avenças, instrumento de diálogo e discussão essas partes que procurarão resolvê-las com menos interferências de terceiros possível.

Na visão de Kleber Luiz Zanchim esse modelo de incompletude das PPP(s) sua força na relação de dependência mútua entre as partes, conforme explica:

“O contrato de PPP deve ser um veículo de comunicação entre os contratantes, guiando-os para uma troca cooperativa de informações em ambientes de incerteza. Os que favorecem essa situação, paradoxalmente, são dois dos mais importantes fatores de risco dos contratos de PPP: investimentos intensivos em ativos específicos e longa duração dos contratos, que aumentam a recíproca dependência entre as partes, controlando o oportunismo delas. Como não podem “desinvestir” facilmente nem substituir sua contraparte

¹⁰ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.195

sem severos prejuízos, os contratantes são forçados a atuar com cooperação na fase de execução da parceria”¹¹

Em suma, pode-se entender que os contratos de PPP hoje são instrumentos para os procedimentos de complementação das avenças. Diante das incertezas e condições não previstas que surgem na realidade da execução do escopo contratual, as partes discutem em igualdade para definir dentro de sua dependência a forma de melhor resolver a questão.

¹¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.197-198.

CAPÍTULO II – ANÁLISE QUANTO À DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS NOS CONTRATOS DE PPP

2.1 Introdução

Esse capítulo consiste em um buscar nos textos dos doutrinadores nacionais que foram escolhidos como referências para esse trabalho monográfico, Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro, o direcionamento teórico para identificação, avaliação e análise da distribuição dos riscos dentro dos contratos de PPP. Essa pesquisa realizada aqui, neste capítulo, será de suma importância para o próximo capítulo em que irão ser avaliados esses riscos dentro do contrato de PPP para revitalização da região portuária da cidade do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, a pesquisa realizada aqui, também servirá de base para o quarto capítulo em que serão analisados os casos concretos de situações ocorridas durante as obras de revitalização da área portuária da cidade do Rio de Janeiro do ponto de vista teórico e prático, em busca de se entender como está ocorrendo essa negociação constante entre o Poder Público e o ente privado.

2.2 Tipologia, e Distribuição dos riscos para Kleber Luiz Zanchim

Nesse item será explicitada resumidamente a pesquisa realizada quanto à opinião do Dr. Kleber Luiz Zanchim para os temas de tipologia dos riscos, identificação, valorização e distribuição dos riscos. Adiantadamente, importante ressaltar ele utiliza uma tipologia – que irá acompanhar todas as outras etapas desse processo de pesquisa – com base na experiência estrangeira do Livro Branco do *European International Contractors* (EIC). Ele cita e utiliza seus pensamentos e o de outros doutrinadores nacionais em busca de referências para complementar o conteúdo dessa tipologia

2.2.1 Tipologia do Risco

Como já anteriormente citado, o Professor Dr. Kleber Luiz Zanchim, utiliza-se do Livro Branco do *European International Contractors* (EIC) como tipologia para sua obra. Nesse livro, ele considerou ter a tipologia mais extensa de todas sendo os riscos divididos em:

“(i) riscos públicos (políticos, de práticas administrativas, legais, regulatórios, resolução de controvérsias e execução do contrato); (ii) econômico-financeiros (variáveis

macroeconômicas, como juros, inflação e câmbio); (iii) de mercado (previsões de demanda e projetos concorrentes); (iv) de construção (tempo de conclusão e eventos de natureza geológica); (v) de operação e manutenção (ciclo de vida dos ativos); (vi) ambientais; e (vii) adequação tarifária.”¹²

2.2.1.1 – Riscos Públicos

Os riscos públicos estão ligados à atuação das instituições do país em que o projeto está sendo desenvolvido, ou quanto a maior ou menor segurança do ente privado quanto ao histórico de descumprimento de contratos por parte do Estado em que está sendo realizada a obra, como em alterações unilaterais ou até mesmo a moratória. Quanto a essa questão o Dr. Professor Kleber Luiz Zanchim traz um comentário muito interessante sobre esse risco que se adequa bem a realidade brasileira:

“A instabilidade própria dos riscos públicos aumenta de modo proporcional a o número de agentes com poder de impedir a execução regula de decisões tomadas formalmente”¹³

Nesse sentido, um país emergente como o Brasil, dificilmente consegue esquivar do risco político. E conforme o comentário acima, nosso país possui inúmeros agentes que podem atuar causando desequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

2.2.1.2– Riscos econômico-financeiros

Esses riscos possuem inúmeras variáveis, dependem não só da economia local como também da economia global, numa época de crise, por exemplo, tem-se menos segurança dos dois lados pressionando a decisão quanto à distribuição destes. Além da saúde macroeconômica, o controle inflacionário interno e a manipulação deste pelo estado com a alteração da taxa de juros também fazem parte desse considerado risco.

Em países como o Brasil, em que o sistema de metas é adotado, o que ocorre é que as três variáveis que são consideradas de risco, sendo elas os juros, o câmbio e a inflação que são controladas todas pela taxa de juros.

¹² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.106

¹³ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.109

A política econômica afeta a financiabilidade e a capacidade de cumprir com os pagamentos dos empreendimentos.

2.2.1.3 – Riscos de mercado

Esses riscos estão relacionados com as variações em relação às oscilações de demanda e em relação ao preço do serviço causando uma receita abaixo da desejada. Esses riscos surgem na fase operacional do projeto, pois a demanda é vital para definir a viabilidade deste. São considerados aqui fatores que possam comprometer as projeções de recebimento pelo parceiro privado. As próprias previsões de mercado alteram constantemente sua expectativa pela dificuldade de precisar as condições de mercado.

Quanto à problemática que traz a avaliação desse risco no projeto de PPP Kleber Luiz Zanchim expõe:

“A demanda é fundamental na determinação a viabilidade do projeto. Este somente pode sair do papel se aquela se mostrar suficiente para compensar os custos e riscos de construção, operação e manutenção. Por isso, os riscos de mercado, materializados na frustração da demanda projetada, podem, no limite, levar à falência do parceiro privado, haja vista o descasamento entre receitas e despesas. Essa situação é absolutamente crítica para as PPPs, dada a sua dimensão.¹⁴

2.2.1.4 – Risco de Construção

São considerados riscos de construção: características geológicas do local onde será realizado o escopo do contrato, os prazos de construção e início das operações, o custo de insumos. A análise desse risco também deve ser feita com muita cautela dentro dos contratos de PPP, uma vez que a contraprestação do ente público pressupõe o término das obras como explicita o artigo 7º da lei 11.079/2004.

O Professor Dr. Kleber Luiz Zanchim traz um exemplo da dificuldade de avaliação desse fator de risco, onde expõe o caso:

“(…) Exemplo foi o desabamento ocorrido nas obras do Metrô de São Paulo, em janeiro de 2007, em que sete pessoas morreram. Como circunstâncias de eventos assim são complexas fica especialmente complicado administrá-los. No caso do Metrô, forma apresentados laudos divergentes sobre

¹⁴ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.115.

as causas do acidente. O documento do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo apontou falhas de qualidade na obra e erros de projeto e execução. Já o laudo do consórcio responsável atribuiu o acidente a fatores geológicos. Cada qual tem suas metodologias e suas premissas, sendo difícil julgar o certo ou errado.”¹⁵

2.2.1.5 – Riscos de Operação e Manutenção

Nas palavras de Kléber Luiz Zanchim os riscos de operação consistem em:

“Os riscos de Operação e Manutenção (O&M) têm início assim que a construção é concluída e o serviço é colocado em funcionamento. Prolongam-se até o término do contrato. Contemplam os custos de pessoal, segurança, substituição de insumos, qualidade do serviço e obsolescência de equipamentos(…)”¹⁶

Os riscos de operação e manutenção influenciam na rentabilidade do empreendimento. Nessa parte não há a possibilidade de se prever tudo desde o início, muitas vezes problemas novos que exigem providências e gastos que vão surgindo com a operação e manutenção em curso. Isso é muito difícil de quantificar antes do início da operação. A prática traz uma série de detalhes que se em etapa anterior não forem sopesados também podem causar sérios problemas no aumento de despesas, comprometendo o orçamento esperado.

2.2.1.6 – Riscos ambientais

Em relação aos riscos ambientais temos que considerar o impacto ambiental da execução do projeto. O projeto pode trazer danos à natureza que só apareçam com anos de operação. Além dos riscos de dano ao meio ambiente considerasse aqui também como risco ambiental os danos a itens arqueológicos e às questões indígenas.

2.2.1.7 – Riscos de Adequação tarifária

¹⁵ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.116.

¹⁶ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.117

Os riscos de adequação tarifária estão muito ligados às condições econômicas dos usuários destinatário. A taxa mal administrada pode excluir o usuário do serviço comprometendo seriamente o orçamento pretendido pelo parceiro privado.

Como já afirmado anteriormente este trabalho não irá discutir muito esse tema, pois o contrato de PPP a ser analisado, que é o fito de toda essa pesquisa, se trata de uma concessão administrativa e, portanto, é unicamente remunerado pelo setor público, seu cliente direto, não possuindo previsão de tarifação.

2.3.2 Distribuição dos riscos

2.3.2.1 – Divisão de obrigações contratuais a assunção dos riscos

A distribuição dos riscos nos contratos de PPP para Kleber Luiz Zanchim depende, primeiramente, do tipo de lógica que o escopo contratual carrega e as obrigações imputadas a cada uma das partes. Para esboçar isso ele se utilizou de uma tabela que o Fundo Monetário Internacional elaborou sobre as avenças comuns em parcerias ao redor do mundo que segue abaixo:

Construir-Titular-Operar Construir-Desenvolver-Operar Projetar-Construir-Administrar-Financiar	O setor privado projeta, constrói, desenvolve, opera e administra os ativos sem obrigação de transferir a propriedade ao Estado. São variantes do Projetar-Construir-Financiar-Operar.
Comprar-Construir-Operar Arrendar-Desenvolver-Operar Modernizar	O setor privado adquire ou arrenda um ativo existente do Estado, renova-o, moderniza-o ou expande e, então, opera-o, sem obrigação de desenvolvê-lo.
Construir-Operar-Transferir Construir-Titular-Operar-Transferir Construir-Alugar-Titular-Transferir Construir-Arrendar-Operar-Transferir Construir-Transferir-Operar	O setor privado projeta, constrói e opera o ativo para, ao final do projeto, transferi-lo ao Estado.

Fonte: ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.135.

Além do tipo de lógica do contrato, importante também citar, que do ponto de vista da responsabilidade fiscal das PPP(s) para a Administração Pública a Secretaria do Tesouro Nacional expediu uma portaria de nº 614/2006 que em seu 4º artigo determina certas limitações às atribuições dos riscos de demanda, construção ou disponibilidade do projeto. Assim apresenta o artigo:

“Art. 4º A assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos.

§ 1º Para efeito dessa Portaria considera-se que o parceiro público assume parte relevante:

I - do risco de demanda quando garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria. Define-se risco de demanda como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público;

II - do risco de construção quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem. Define-se o risco construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem;

III - do risco de disponibilidade quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Define-se o risco de não disponibilização do bem como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho

abaixo do estipulado. (BRASIL, Portaria 614, de 21 de Agosto de 2006).

O artigo em questão utilizou-se exatamente do critério econômico fundado no risco para determinar a necessidade do ente público registrar em sua contabilidade os ativos da PPP do percentual de risco assumido contratualmente.

É de entendimento geral da doutrina que para o parceiro-público não é interessante esse registro, visto que esse compromete o orçamento público.

Diante dessas duas observações Kleber Luiz Zanchim procura construir uma lógica de entendimento para as vantagens e desvantagens de transferência dos riscos para o parceiro privado.

A lógica não é difícil de compreender. Quanto mais obrigações contratuais o Estado transfere ao parceiro privado deixando este último incumbindo-o dos riscos dessas obrigações assumidas, menos ele necessitará de comprometer o orçamento público além de tornar o negócio mais seguro para a situação financeira do Estado.

Cabe observar, contudo, que quanto mais o Estado aloca os riscos das obrigações contratuais no parceiro privado das duas uma: ou ele pedirá uma contraprestação extremamente alta por assumir tais riscos ou não vai haver interessados em pactuar com a Administração Pública.

Assim sendo deve-se buscar aqui também um equilíbrio entre a divisão dos riscos, alocando, ora com o parceiro privado, ora com a Administração. O conservadorismo contábil, ainda típico no Brasil, de todo o histórico inflacionário e o sucesso da lei de responsabilidade fiscal da Administração, imposto as PPP(s) por essa portaria, torna mais árduo o trabalho de organização dos riscos.

2.3.2.2 – Princípios gerais de alocação do risco

Quanto aos princípios gerais de alocação de risco Kleber Luiz Zanchim de apenas afirma que a assunção dos riscos deve ser analisada caso a caso, contratação a contratação. Depende, principalmente, da condição de cada contratante em: influenciar na ocorrência de áleas; responder a estas quando se materializam, enfrentando seus efeitos; e absorver suas consequências.

O risco deve ser de quem tem melhor condições para administrá-lo. Tudo trata-se de relação entre poder e responsabilidade.

2.2.2.3 – Alocação dos riscos públicos

A tipologia apresentada por Kleber Luiz Zanchim é utilizada por ele também na alocação desses riscos nos contratos de PPP. Entretanto antes de esmiuçar essa distribuição o autor faz uma ressalva a essa distribuição:

“A alocação parte da premissa de que nenhum dos contratantes pode ser completamente blindado em relação às diversas áreas do empreendimento, pois “se alguém é totalmente protegido contra perdas, não tem o incentivo de adotar medidas para reduzir sua exposição, sendo estimulado a agir com oportunismo”¹⁷

Assim sendo, primeiramente, o autor começa a distribuição tratando dos riscos públicos. Os riscos públicos estão fora do controle do agente privado. Como é o Estado que define: as políticas, normas e modelos de gestão, então é ele mesmo que deve arcar com os riscos de desequilíbrio contratual decorrentes dessa espécie de risco.

Assim, caso o estado: reduzir a tarifa do serviço, alterar a regulação de modo a onerar a construção ou a operação do empreendimento, decisões judiciais influírem diretamente no cumprimento das obrigações contratuais avençadas, intervenção do Ministério Público no andamento dos serviços.

Alocar os riscos públicos no junto Estado ajuda a evitar os oportunismos do numero grande de pessoas com poder em influir no contrato conforme expõe Kleber Luiz Zanchim:

“Alocar os riscos públicos ao Estado serve como ferramenta de contenção do oportunismo dos seus mais diversos centros decisórios. Em tese, os agentes estatais devem ficar menos incentivados a prejudicar um contrato de PPP se as consequências de seus atos recaírem sobre o erário. Além disso, as autoridades públicas que estão à frente dos projetos acabam estimuladas a influenciar decisões favoráveis ao empreendimento.”¹⁸

Neste ponto, estamos diante dos riscos que proveem de fato da Administração, ou seja, a ação omissão do poder público especificamente relacionada ao contrato que impede ou retarda a sua execução. Existe uma exceção a essa regra de distribuição dos riscos públicos, que é para o fato do príncipe. A assunção do risco pelo Estado decorrente do fato do príncipe

¹⁷ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.147

¹⁸ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.149

pode trazer um grande prejuízo ao erário. Nesse sentido, na visão de Kleber Luiz Zanchim, deve-se primar por buscar dividir o risco público entre os contratantes. Vejamos:

“Em outros termos, a blindagem do parceiro privado em relação a fatos do príncipe pode trazer desajustes sérios para o ente público e a sociedade, inclusive do ponto de vista concorrencial. Deve-se, pois, verificar a possibilidade de dividir esse risco público entre os contratantes.”¹⁹

Cita solução interessante dada pelo Departamento do Tesouro e das Finanças de Victoria, Austrália. No caso de fato do príncipe ficariam alocados com o Estado se os riscos públicos decorressem de novo regramento (incluindo alteração legislativa) que: adiciona ou altere a estrutura física ou dos sistemas do empreendimento; aumento substancial dos custos de operação do serviço. Porém estariam a cargo do parceiro privado: mudanças de interpretação ou aplicação da lei; mudanças no Imposto de Renda, conforme disposição do art. 9º, §3º da lei 8987/95: “§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”; mudanças pela quais o parceiro privado tenha direito a ajustes de preço, compensação ou indenização nos termos previstos no contrato; e mudanças nos custos de operação que não tragam maiores dificuldades ao parceiro privado ou ao serviço além do normal.

2.3.2.4 – Alocação dos riscos econômico-financeiros

Como foi explicado anteriormente, no delineamento dessa tipologia, o risco econômico financeiro no Brasil decorre sempre da operação do da taxa de juros. Como a política macroeconômica está nas mãos do Estado, a tendência é deixar o risco alocado nas mãos do deste.

Entretanto, tem se mostrado útil dividir com o parceiro privado mudanças grandes no contrato, causadas por variações grandes dos juros, do câmbio e na inflação.

As formas de se alocar esses riscos junto ao Estado são complexas e de conceitos econômicos e por isso esse trabalho não irá entrar a fundo nessa discussão. Uma forma de se alocar o risco da inflação junto ao Estado consiste em incluir previsão da indexação do valor do contrato ou da tarifação a um índice de correção monetária, que pode também ser dividida

¹⁹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.159

com o ente privado não se concedendo esse reajuste integral, mas somente parte dele a fim de obrigar o agente privado a antecipar os movimentos inflacionários.

Quanto aos juros, segundo Kleber Luiz Zanchim, como o estado é quem tem o poder de influenciá-lo, através de sua política macroeconômica, é comum que este risco seja alocado junto ao parceiro público. O autor expõe:

“O argumento principal para que o Estado suporte os riscos econômico-financeiros é o incentivo à adoção de melhores práticas de governo.”²⁰

Assim pode-se permitir que o parceiro privado altere os indexadores (swap) entre juros pré-fixados e pós-fixados de suas obrigações diante de uma tendência de queda ou alta dessa taxa.

Não obstante, a prática vem alocando parte desse risco com o parceiro privado utilizando-se da mesma lógica quanto à inflação deixando somente parte das obrigações terem seus indexadores alterados, dessa forma estabelece-se um limite ao qual estará o parceiro público obrigado a suportar.

Outra forma de reduzir os juros, por exemplo, seria incentivar o parceiro privado a captar recursos no exterior. O tomador assim não correria riscos em relação à taxa de juros brasileira. Em compensação o Estado assumiria parte do risco de crédito no empréstimo garantido para dar segurança aos financiadores de fora.

Quanto ao câmbio a forma do Estado tomar esse risco para si é obriga-se a compensar os prejuízos (no todo ou em parte) sofridos pelo parceiro privado com as alterações cambiais.

2.3.2.5 – Alocação dos riscos de mercado

Os riscos de mercado, diferentemente dos riscos econômico-financeiro ou dos riscos públicos, pendem mais para o parceiro privado. Não é difícil de visualizar que como o parceiro privado controla o projeto e, como já dito, ganha com as economias geradas pela eficiência de sua atuação, nada mais lógico, então, do que alocar esse risco ao parceiro privado.

²⁰ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.152-153

Porém, como já foi exposto antes, o incentivo da parte para controlar mais os riscos e antecipá-los, obrigando-o a trabalhar em conjunto com a outra parte para diminuir a chance do sinistro, é exatamente não isentá-lo totalmente das perdas decorrentes do risco.

Para determinar a alocação dos riscos de mercado deve-se usar o conceito econômico de elasticidade da demanda. Se a demanda aumenta de acordo com a qualidade do serviço, estamos diante de uma demanda elástica, caso não varie ela é inelástica. Quanto mais opções de serviços iguais ou similares que for possível se substituir pelo serviço principal mais sofrerá este com a elasticidade, pois precisa competir mais pela demanda.

Portanto, quanto mais elástica é a demanda (depende de sua qualidade) mais deve ser deixado o risco com o parceiro privado e quanto menos elástica a demanda mais deve procurar o Estado dividir os riscos com o ente privado.

Vale a pena ressaltar que sempre que o estado direta ou indiretamente, por ação ou omissão interferir diretamente na elasticidade da demanda do serviço oferecido este deverá arcar com os prejuízos que desta ocorreu. Assim descreve sobre a divisão do risco de mercado Kleber Luiz Zanchim:

“Assim, se a conduta do parceiro privado representar um centro de atrações de usuários, ele fica com o risco de demanda. Caso contrário, pode partilha-lo com o Estado. Este deve tomar parte do risco sempre que suas medidas impactarem no nível de utilização do serviço. Isso acontece quando intervenções nos arredores do empreendimento podem aumentar ou diminuir o ímpeto das pessoas de usar determinada infraestrutura.”²¹

2.3.2.6 – Alocação dos riscos de construção

Os riscos de construção são muito complexos pela série de condições que afetam o empreendimento. Para a divisão dos riscos nesse caso não há peso maior a ser determinado para um dos lados. Dividi-los entre as partes é de suma importância para o sucesso da parceria e do projeto.

Primeiramente, importante ressaltar que, quanto mais influência no projeto que irá ser realizado tiver a parte, mais comprometida com os riscos esta deve estar. Assim, após considerar isso devemos ver o direcionamento dado pelo art. 7º da Lei nº 11.079/2004 sobre as restrições dadas ao poder público quanto à influência no projeto.

²¹ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.164.

“Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.” (BRASIL, Lei nº 11.079 30 de Dezembro de 2004).

A lei é taxativa e no caso da construção fica claro que o Estado não pode realizar o pagamento da contraprestação pública antes da entrega da construção. Sem contar que nas PPPs o Estado não deve se focar no ativo, e sim nos serviços que este pode proporcionar o que restringe a possibilidade de alteração do escopo, projeto e processo de construção, determina atuação concentrada apenas no monitoramento do parceiro privado e o controle de eventuais falhas construtivas por meio de abatimento nos pagamentos devidos ao parceiro privado.

Nesse caso a forma de se dividir o risco contratualmente é traçar obrigações equivalentes às de projeto e construção. Com a obra sujeita a prazo de execução e preço limitado, o agente privado é obrigado a enxugar os seus custos e buscar máxima eficiência para maximizar seu lucro e entregá-lo no prazo para não ver sua contraprestação ser abatida e seu lucro diminuído.

Dois são os limites, segundo Kleber Luiz Zanchim nesse caso para o risco recaído contratualmente pelas obrigações contratuais:

“Porém para evitar transferência integral de riscos ao empreendedor, são definidos dois limites. Um para o sobrecusto, transferindo ao Estado o que exceder um montante predefinido. Outro para multas e responsabilidade por perdas e danos, impedindo que o parceiro privado seja obrigado a desembolsar valores superiores a determinado percentual contratual.”²²

Dessa forma, o contrato apresenta preço limite, mas garante compensação por aumentos expressivos de custos ao parceiro privado.

Importante ressaltar também que a construção, ao final da obra, deve apresentar a qualidade desejada determinada no escopo, caso não esteja o parceiro público pode rejeitar o recebimento integral da obra e não pagar a(s) prestação(ões) que só deveriam ser adimplidas com a entrega do objeto na forma designada contratualmente, além de poder receber multas (nos limites contratuais) pela falha.

²² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.168.

Existem formas do parceiro privado externalizar esse risco que só é dele frente ao poder público. A forma de isso ser feita é através de seguro. O seguro de Obra Civil em Construção (OCC) que é feito para a estrutura do empreendimento incluindo erro de projeto em alguns casos. Também existe a possibilidade de cobertura para responsabilidade civil e indenização de danos a terceiros.

Além dessa forma de seguro temos também o seguro-garantia que cobre a adequação da obra aos padrões contratados.

2.3.2.7 – Alocação dos riscos de operação e manutenção

Essa espécie de alocação de risco se assemelha aos riscos de construção pela sua complexidade e série de fatores que lhe influencia, porém dificilmente se encontram formas simples ou muitas formas de distribuição desse risco.

Devido à longevidade que alcança a duração da operação e manutenção do serviço (o contrato de PPP pode chegar ao prazo de 35 anos), a álea deve ser deixada com o parceiro privado. Tal entendimento é que, com a eficiência e redução ao máximo dos custos com a operação que irá buscar o parceiro privado, os prejuízos sofridos em alguns episódios podem ser compensados futuramente.

As tarifas são formas de se compensar o parceiro privado também sendo o risco somente presente pela impossibilidade do parceiro privado unilateralmente mudá-la.

Existe também a taxa de retorno que garante ao ente privado certa rentabilidade ao seu capital investido e as tarifas são ajustadas de modo a atingi-la. O risco então fica na verdade vinculado ao usuário do serviço.

2.3.2.8 – Alocação dos riscos ambientais

Os riscos ambientais são muito problemáticos nas PPPs. Empreendimentos inteiros podem ser inviabilizados devido a um sinistro ambiental.

A forma de se reduzir o risco é com a obtenção de licenças ambientais. A chancela estatal (às vezes de mais de um ente federativo) dada com a obtenção desse licenciamento o que transfere para o ente público o risco contratual.

Como os riscos ambientais são de natureza muito mais próxima da incerteza do que efetivamente do risco esse risco é de regra álea contratualmente imposta ao Estado. Essa álea é externalizada pelo Estado ao contribuinte que socialmente é quem sofre o impacto do sinistro decorrente desse risco.

Necessário também, é que, essas licenças ambientais, sejam blindadas para evitar liminares judiciais que possam atrasar a obra e consequentemente o pagamento do parceiro privado.

Assim essa é uma medida de conscientização do judiciário que é um dos que tem poder para afetar diretamente o projeto.

2.3.2.9 – Alocação dos riscos de adequação tarifária

Como já afirmado anteriormente este trabalho não irá adentrar muito nesse tema. Somente a título de esclarecimento e deferência à obra de Kleber Luiz Zanchim a adequação tarifária e do agente privado, mas pode ser dividida com o Estado, eminentemente quando se tratar de obras de infraestrutura.

2.4 Matriz de Risco e Distribuição dos Riscos no contrato de PPP para Maurício Portugal Ribeiro

2.4.1 Introdução

Nesse ponto será tratado da forma como Maurício Portugal Ribeiro aborda o assunto em seu livro, Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos, sobre a distribuição de riscos. Primeiramente é de bom tom apresentar algumas diferenças quanto aos autores na abordagem do tema. Maurício Portugal Ribeiro, em sua obra que estamos aqui analisando, não tem muita preocupação, até mais como uma questão de foco, em minudenciar a tipologia dos riscos como fez Luiz Kleber Zanchim.

Outrossim, é dizer que Maurício Portugal Ribeiro está mais preocupado com os critérios para distribuição dos riscos, as relações das matrizes de risco com outros temas também preocupantes na construção contratual na modalidade de PPP como: indicadores de desempenho, sistema de pagamento e sistema de equilíbrio econômico-financeiro.

Não se está aqui dizendo que ele não deu importância a essa tipologia. Maurício Portugal Ribeiro cria uma matriz inspirada no formato da matriz de risco utilizada pelo programa de PPP da Província de Vitória na Austrália que será posteriormente analisada e na qual sugere a alocação preferencial do risco com base nas experiências e cultura brasileira. Ou seja, neste seu trabalho, ele dá mais ênfase aos critérios de distribuição.

Os trabalhos de Luiz Kleber Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro nesse quesito são eminentemente complementares.

2.4.2 Riscos e Equilíbrio Econômico-Financeiro

A adequação da alocação dos riscos no contrato de PPP deve ter íntima relação e grande interligação com os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos contratualmente previstos. Em linguagem simplória devem estar bem “amarrados” contratualmente para que se possa ter uma busca de eficiência por ambas as partes e para incentivar propriamente o relacionamento entre as partes. Sobre esse ponto Maurício Portugal Ribeiro exemplifica:

“Por exemplo, ao atribuir ao parceiro privado o risco da demanda sobre os serviços, o contrato cria estímulo para que o parceiro privado busque atrair e aumentar a demanda de maneira a atingir a quantidade mínima de unidades de serviços necessária para cobrir seus custos fixos, e superá-los até a maximização de seu lucro.”²³

Os indicadores de desempenho e o sistema de pagamento definem o que a Administração Pública e usuário vão adquirir por meio do contrato e o preço e forma de pagamento pelo serviço, enquanto que, a matriz de risco, estabelece qual parte será responsabilizada por suportar certa atividade prevista no contrato, e lidar com certezas positivas e negativas (ônus e bônus) dos riscos suportados.

Esclarecendo essa relação assevera Maurício Portugal Ribeiro:

“A matriz de risco, ao estipular responsabilidades de cada uma das partes do contrato, fixa o conjunto de encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos, constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação-econômica financeira” do contrato.”²⁴

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem como função o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual.

2.4.3 Critérios de distribuição dos riscos e matriz de risco

²³ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p.78.

²⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p.78.

2.4.3.1 - *Matriz de risco*

Todo contrato possui uma matriz de risco. Esta está sempre implícita no contrato quando não prevê uma distribuição clara de riscos no contrato e nesses casos somente a lei ou formas de interpretação poderão determinar essa distribuição dos riscos. O que ela faz é distribuir os riscos entre os contratantes e estabelecer mecanismos de mitigação destes.

Em se tratando de um contrato de PPP, idealmente, devido à complexidade e a especificidade de cada projeto que esta envolve, a matriz de risco deveria estar explicitada, para que não fosse necessário recorrer à lei ou depender da interpretação de terceiros alheios a uma relação entre as partes que é muito importante nessa modalidade de contratação.

Antes de citar os critérios de divisão de riscos, quanto à padronização que se tem hoje desses modelos de contrato para definir as distribuições do risco Maurício Portugal Ribeiro afirma:

“Observe-se, entretanto, que há, nos diversos setores econômicos, uma crescente padronização dos contratos de concessão comum e PPP, de maneira que, muitas vezes, os encarregados de estruturas tais contratos poderão se apoiar nesses padrões, especialmente como ponto de partida, para definir a distribuição de riscos dos novos contratos. Aconselhamos que isso seja feito particularmente porque os potenciais parceiros privados em cada setor já estão em regra acostumados com esses padrões, de maneira que isso facilita a compreensão e discussão do projeto.”²⁵

2.4.3.2 - *Critérios de distribuição do risco*

A distribuição dos riscos configura a forma de se obter a maximização de eficiência quando se dá, alocando-o junto à parte que possui maior condição de gerenciar esse risco. A parte que melhor pode gerenciar o risco é a que poderá mais facilmente mitigá-lo, tomar medidas para evitar que ocorram eventos gravosos e que possa remediar os problemas oriundos desse risco, todos estes com o menor gasto possível.

Sobre a repartição dos riscos Maurício Portugal Ribeiro apresenta quatro critérios. Os dois primeiros são os principais para garantir a eficiência desejável na contratação de um PPP. O primeiro apresenta a ideia de que o risco sempre deverá ser distribuído à parte que a um

²⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p.79-80.

custo mais baixo é capaz de diminuir a possibilidade do sinistro e materializar, ou aumentar as chances do evento desejável ocorrer (capacidade de antecipar os eventos das partes). Exemplifica Maurício Portugal Ribeiro:

“Por exemplo, é comum se atribuir ao parceiro privado em contratos de concessão comum e PPP o risco de sobrecusto ou atraso na construção do empreendimento. Isso é consequência do fato de haver no mercado privado expertise para gerenciamento do risco de construção, que pode ser obtida a custos mais baixos pelo parceiro privado do que pelo Poder Concedente.”²⁶

O segundo critério de distribuição dos riscos, está na capacidade das partes de gerenciar consequências danosas no caso da ocorrência do sinistro. Por esse critério o risco é alocado na parte capaz de reduzir os resultados do evento indesejável.

Os outros dois critérios relevantes para o desenvolvimento do tema são a capacidade da parte de externalizar o custo de prevenção de remediação consequências do sinistro a terceiros. Aqui se deve entregar esse risco à parte que menos tem condições de externalizar este custo a terceiros na tentativa de se incentivar a parte a prevenir e remediar esses eventos. Caso fosse fácil a ela repassar esse custo a terceiro ela iria perder total interesse em realizar essa mitigação.

A Administração Pública sempre repassa seus custos direta ou indiretamente aos contribuintes. Nesse sentido deve-se priorizar repassar o risco ao parceiro privado que tenderá a: fazer seguro e repassar o prêmio à administração ou embutir no custo total preço pela assunção do risco. Caso não haja no mercado seguro interessante (preço, cobertura satisfatória) por falta de desenvolvimento do mercado securitário essa álea talvez seja mais interessante ficar com o Estado se o seguro encontrado ou o valor embutido for excessivamente alto.

2.4.3.3 - Matriz de risco

Conforme já discorrido, Maurício Portugal Ribeiro não atenta muito, em sua obra *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*, para procurar a raiz do entendimento da distribuição de risco através de conceitos gerais e uma teoria de distribuição dos riscos específicos. Parte de um padrão de distribuição utilizado pelo programa de PPP da

²⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p.80

Província de Vitória na Austrália e faz adaptações a realidade brasileira e comentários próprios.

Ele classifica os riscos de acordo com aqueles que são mais comumente transferidos pelo Estado ao ente privado: realização de projetos (de engenharia, equipamentos etc.); financiamento; implantação, fornecimento e montagem de equipamentos; operação e manutenção; riscos que afetam a receita do concessionário (demanda, por exemplo); mudanças legislativas e outras ocorrências fora do controle das partes; riscos supracontratuais.

Mauricio Portugal Ribeiro nessa classificação e divisão em grupos não tem a pretensão de realizar uma divisão exaustiva das possíveis classificações, somente procura trazer o que a prática determina adotar para, dentro das divisões usadas em contratos de PPP, buscar a melhor eficiência econômica da parceria.

Segue a matriz de risco desenhada por ele para representar o que ele acha de pertinente na divisão dos riscos:

Tipo de Risco	Descrição	Consequência da Materialização do Aspecto Negativo do Risco	Fatores, medidas ou estruturas contratuais que funcionam como mitigantes do risco	Há norma legal que defina a quem esse risco deve ser alocado?	Alocação Preferencial
<i>Projeto e Obtenção de Licenças (inclusive ambientais)</i>					
Projeto	O risco do projeto ser inadequado para provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos	Aumento dos custos de implantação e operação dos serviços, inadequação dos serviços.	<ul style="list-style-type: none"> - O Poder Concedente tem obrigação de disponibilizar os “elementos do projeto básico” das obras, com estimativas de custo. - O parceiro privado pode passar o risco de projeto para o construtor e outros subcontratados. - O Poder Concedente pode reduzir o pagamento (tarifa ou pagamento público) se os níveis de serviço contratualmente pactuados não forem atingidos, e em última instância pode decretar a caducidade do contrato 	A Lei 8.987/95, no seu artigo 18, inciso XV, requer que seja realizado “elementos do projeto básico” das obras, como condição para a realização da licitação da concessão. O contrato, no entanto, pode estabelecer que os elementos de projeto básico são indicativos, de maneira a transferir todos os riscos de projeto para o parceiro privado	Parceiro Privado

<p>Desapropriação e desocupação das áreas nas quais o projeto será implantado</p>	<p>Risco que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada ou que ele não consiga a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas</p>	<p>Atraso e aumento de custo</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Poder Concedente e seus consultores de área social devem fazer levantamento das áreas a serem desapropriadas e recenseamento da população a ser deslocada. - Poder Concedente e seus consultores deverão estimar o custo da desapropriação e das indenizações para realocação da população a ser deslocada para implantação do projeto - Poder Concedente deve tornar todas as informações públicas - Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e das necessidades de desapropriação e realocação da população. - O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro 	<p>Alocação definida no contrato</p>	<p>O parceiro privado geralmente fica responsável pelos atos executórios da expropriação, de maneira que o risco de atrasos é a ele alocado. Já o risco dos preços para desapropriação e desocupação excederem o estimado muitas vezes é compartilhado entre Poder Concedente e parceiro privado. Geralmente o contrato estabelece uma verba para as indenizações a serem realizadas pelo parceiro privado, que, se excedida, o excesso é coberto pelo Poder Concedente.</p>
---	--	----------------------------------	--	--------------------------------------	--

Populações indígenas	Risco de atrasos ou de alterações na concepção do projeto para reduzir o impacto sobre terras indígenas de modo a torná-lo viável.	Atraso e aumento de custo	<p>- Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do projeto sobre as terras e as populações indígenas. Essa avaliação deve basear a decisão sobre se o Poder Concedente realiza diretamente a desapropriação dessas terras ou transfere a responsabilidade pela desapropriação para a iniciativa privada. Essa avaliação também deve basear a decisão sobre quem toma o risco da variação do custo da desapropriação.</p> <p>- Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em terras indígenas antes e ao longo da licitação.</p> <p>-O sistema de reequilíbrio econômico financeiro</p>	Alocação definida exclusivamente no contrato	O Poder Concedente e geralmente assume esse risco por estar em melhor condição de gerir questões sociais e políticas que decorrem da relação com povos indígenas; O Poder Concedente e geralmente está em posição melhor para negociar com essas populações
Aprovações e licenças (inclusive ambientais)	Risco que as aprovações e licenças necessárias para realizar as obras não sejam obtidas, ou sejam obtidas sujeitas a condições não previstas.	Atraso no início das obras ou na sua conclusão e aumento dos custos	<p>- Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos.</p> <p>- Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação.</p> <p>- O Poder Concedente realiza estudos para estimar os custos e as condições necessárias para obter as demais licenças</p> <p>- Parceiro privado avalia o custo e condições para obtenção das demais licenças e autorizações</p> <p>-Parceiro privado avalia o custo e condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação</p>	No caso de PPP, o art. 10, inciso VII, da Lei Federal 11.079/2004, exige que o Poder Concedente disponibilize ou a licença ambiental ou as diretrizes para sua obtenção	Parceiro privado. Em alguns casos, como grandes usinas hidrelétricas, as dificuldades de obtenção de licenças pelo parceiro privado podem ser tão grandes, que faz sentido o Poder Concedente obtê-las antes da licitação, ou prever no contrato sistema de compartilhamento de

					riscos, caso seja necessário a realização de dispêndios maiores que os estimados para obtenção das licenças e autorizações
<i>Construção/Montagem/Implantação</i>					
Construção, Montagem e implantação	O risco de acontecerem eventos durante a construção que impeçam o cumprimento do prazo ou que aumentem os custos de construção	Atraso e aumento de custos de construção	- O parceiro privado geralmente vai firmar um contrato de construção por preço fixo, pelo qual o risco de construção é transferido para um construtor com capacidade e experiência em gerenciá-lo. - Seguro de completude da obra dado pelo parceiro privado à Administração Pública.	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Geológico	Risco que condições adversas do solo/terrenos em que será construído o projeto causem aumento de custos na construção e/ou atrasos	Atraso na construção e aumento de custo	-Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos. -Possibilidade do parceiro privado avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação. -Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Ambiental (1)	Risco do local do projeto estar contaminado, requerendo uma atividade significativa para	Aumento dos custos e atrasos	- Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lidar com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado. Em alguns casos, pode fazer sentido estabelecer uma verba no edital para lidar com os

	remediá-lo		- Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação		custos decorrentes desse risco, e, caso o custo ultrapasse o valor da verba, o sobrecusto é risco do Poder Concedente
Ambiental (2)	Risco do local do projeto, ou uso anterior que lhe tenha sido dado, tenha provocado poluição aos terrenos adjacentes	Responsabilidade por remediar a poluição recair sobre o parceiro privado, com aumento de custos do projeto	- Poder Concedente e seus consultores ambientais e sociais realizam estudos para identificar e verificar os custos de lida com o passivo ambiental existente e com o passivo ambiental a ser gerado pelo projeto, e disponibilizam publicamente esses estudos. - Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros antes e ao longo da licitação -O sistema de reequilíbrio econômico financeiro	Alocação do custo resultante da responsabilização definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente
Patrimônio cultural	O risco dos custos e atrasos associados com descobertas arqueológicas ou outras atinentes ao patrimônio cultural	Atraso e aumento do custo	- Poder Concedente e seus consultores da área ambiental e social avaliam o impacto do Projeto e a sua relação com áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural e tornam públicos os relatórios sobre esse assunto -Possibilidade do parceiro privado avaliar diretamente as condições do projeto e dos seus impactos futuros em áreas de relevância arqueológica ou atinentes ao patrimônio cultural -O sistema de reequilíbrio econômico financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente geralmente toma esse risco, pois conhece os procedimentos aplicáveis neste caso e está em melhor condição de gerenciar esse risco
Estrutura existente - melhoria/expansão (aplicável apenas a	Risco de que as estruturas existentes sejam inadequadas para sustentar as novas melhorias e	Atraso na construção e aumento de custo	- Estudo pelos consultores técnicos do Poder Concedente das condições da infraestrutura existente e disponibilização pública dos relatórios desses estudos. - Possibilidade do parceiro privado de avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação.	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro Privado

projetos efetivos)	expansões		-Transferência pelo parceiro privado desse risco para um construtor subcontratado especializado em lidar com esse risco		
<i>Operação e manutenção</i>					
Operação e manutenção	Risco de que a operação do projeto e/ou a sua manutenção seja realizada de forma inadequada	Prestação do serviço em níveis inadequados, ou com custos acima do estimado	<ul style="list-style-type: none"> - Poder Concedente e seus consultores estimam as condições de operação e manutenção do projeto e seus custos e tornam públicos os relatórios desses estudos antes da licitação. - Possibilidade do parceiro privado projetar e construir o projeto de modo a facilitar a obtenção do desempenho operacional esperado - Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com expertise em gerenciar esse risco 	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro Privado
Risco de disponibilidade e do serviço	Risco do serviço estar continuamente disponível para os usuários	Interrupção da prestação de serviço	<ul style="list-style-type: none"> - Poder Concedente e seus consultores estimam os níveis exigidos de disponibilidade do serviço e simulam as condições operacionais e custos para isso antes da licitação. - Possibilidade do parceiro privado adequar o projeto e construção de modo a facilitar a obtenção do nível de disponibilidade de serviço exigido. - Possibilidade do parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com expertise em gerenciar esse risco 	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro Privado
Risco de modificação das especificações do serviço	Risco da agência reguladora ou outro órgão público regulador do contrato modificar o plano de investimento ou as especificações do serviço	Aumento de custos de investimento e operação	- Sistema e reequilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato	Poder Concedente

Obsolescência e inovação técnico e tecnológica	Risco que o contratado não consiga manter o serviço atualizado tecnologicamente	Serviço não ser prestado na qualidade adequada com perda de demanda nos casos em que há competição no mercado.	- A especificação adequada do nível de serviço pelo Poder Concedente torna a renovação tecnológica para atingir o nível de serviço pactuado uma decisão do parceiro privado. A questão é mais complexa em setores em que a evolução tecnológica cria novos serviços e novos padrões de serviços. Por exemplo, no setor de telecomunicações. - É possível fazer fundo de reserva para realização da renovação tecnológica.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Há, no entanto, no art. 6º §§ 1º e 2º, princípio geral que exige a atualidade do serviço. O modo como esse princípio se aplica a cada projeto deve ser definido no contrato	Deve ser definida caso a caso
Interface com a rede pública usada para a prestação de serviços (nos casos em que o projeto se inserir em uma rede maior de prestação de serviços, como provedor de internet)	O risco de sobredemanda por consequência da prestação inadequada no serviço na rede pública e risco de baixa qualidade da prestação de serviço na rede afetaram a qualidade dos serviços prestado pelo parceiro privado.	Serviço prestado em qualidade inadequada e redução das receitas	- Avaliação pelo parceiro privado e pelo Poder Concedente dos riscos da interface. - Especificação no contrato dos níveis de serviço a serem prestados pelo Poder Concedente na rede e das obrigações relativas à interface com o projeto operado pelo parceiro privado. - Isenção da Responsabilidade do parceiro privado, quando o descumprimento do seu contrato se der por consequência do Poder Concedente não ter cumprido as suas obrigações - Sistema do sistema do reequilíbrio econômico.	Alocação definida exclusivamente no contrato	Caso a Caso. Em geral, o risco de prestação inadequada dos serviços na rede pública prejudicar os serviços do parceiro privado deve ser o Poder Concedente, seja por dificuldades em relação aos insumos e qualidade de serviço.
Comições sociais	Risco de comições sociais ou protestos públicos que atrasem as obras, impeçam a prestação do serviço	Atraso nas obras, interrupção da prestação dos serviços e redução das receitas	- Atuação do Poder Concedente e do parceiro Privado para comunicação social adequada sobre os benefícios do projeto para o usuário. - Atuação do Poder Concedente no sentido de proteger não só o projeto, mas todo o programa de participação privada em infraestrutura, de movimentos ou comições sociais.	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição específica contratual, incidência da alínea “d” do inciso II do art. 65	Parceiro privado por um limite de tempo determinado no contrato (por exemplo, 15 dias seguidos, ou “x” dias por ano, ou no máximo “y” dias

					por todo projeto). Após isso, Estado.
Risco de greve de trabalhadores do parceiro privado, ou do setor no qual atua.	Risco de greves que impeçam a prestação do serviço, ou que causem atrasos e aumento de custos de construção	Atraso, aumento de custo de construção e redução de receita	- Atuação do parceiro privado adequada no cumprimento dos direitos trabalhistas e nas negociações com sindicatos dos trabalhadores	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado
Mudança do controle do parceiro privado	O risco de que uma mudança no controle do parceiro privado resulte em redução de sua capacidade financeira ou técnica de executar o contrato	Mudança do risco do parceiro privado executar o projeto adequadamente ou passar por situações financeiras difíceis	- A mudança do controle pela lei brasileira depende de autorização prévia do Poder Concedente (art. 27 lei 8.987/95). - Restrição a mudança de controle, por exemplo, nos primeiros 2 anos do projeto, eis que nos anos seguintes, já estão aportadas na SPE as capacidade e as “expertises” necessárias à execução do contrato, de maneira que o impacto da alteração será menor	Art. 27, da Lei 8.987/95 exige a aprovação do Poder Concedente para mudança do Controle da SPE	Parceiro Privado. O Poder Concedente é responsável pela análise das condições de mudança de controle.
<i>Financiamento do projeto e seu pagamento</i>					
Disponibilidade de recursos para implantar o projeto	O risco que o capital para implantar o projeto (sob a forma de dívida ou de participação acionária) não esteja disponível no mercado nos montantes e condições programados	Falta de recursos para implantar o projeto	- O Poder Concedente avalia as condições financeiras dos parceiros privados na licitação e checa se as condições econômico-financeiras do parceiro privado o qualificam para executar o projeto. - O Poder Concedente e seus consultores modelam o projeto de modo que seja viável seu financiamento em condições disponíveis no mercado - Poder Concedente pode requerer apresentação, ao longo do processo de licitação, carta de instituição financeira confirmando que há linha de crédito disponível nos montantes compatíveis. - Estado pode, antes da licitação, angariar instituições financeiras para o projeto	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro Privado

Taxa de juros	O risco de que as taxas de juros aumentem entre o término da licitação e o fechamento do financiamento de longo prazo do parceiro privado, de maneira a inviabilizar o preço do serviço estabelecido na licitação	Aumento do custo de financiamento do projeto	- No contexto econômico atual de taxa de juros cadentes, ou variações menores para cima, em regra não são previstas mitigações para esse risco	Alocação definida exclusivamente em contrato	Parceiro Privado
Risco cambial (no caso de haver custos que são vinculados ao dólar)	O risco de haver deslocamento das receitas em moeda local dos custos de financiamento ou de insumos em moeda estrangeira	Aumento de custos de implantação operacional, ou do custo da dívida	Possibilidade de prever no contrato sistema de mitigação desse risco, como, por exemplo, o que foi desenvolvido para o projeto da PPP da linha 4 do Metrô de São Paulo.	Alocação definida exclusivamente em contrato	Parceiro Privado, mas especialmente quando os custos de implantação ou operação são vinculados a dólar, faz sentido ter algum tipo de mecanismo de compartilhamento com o Poder Concedente
<i>Riscos que afetam as receitas do parceiro privado</i>					
Demanda	Risco da demanda pelo serviço inferior à estimada	Receitas abaixo do estimado, com consequente incapacidade do parceiro privado cobrir os custos de	- Estipulação no contrato de pagamento parcial por disponibilidade do serviço, o que pode ter a forma de uma garantia de demanda mínima.	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado. Em alguns casos quando o risco de demanda é muito alto e o parceiro

		investimento e operação para manter o serviço nos níveis pactuados			privado não tem como controlá-lo, faz sentido atribuí-lo parcial ou totalmente ao Poder Concedente
Risco de não pagamento pelo Poder Concedente	Risco de não pagamento da contraprestação pública pelo Poder Concedente	Receitas abaixo do estimado	- Garantias dadas pelo Poder Concedente de pagamento ao parceiro privado -Obrigações legais atinentes responsabilidade fiscal	Alocação definida exclusivamente no contrato	Esse risco é geralmente alocado ao parceiro privado, mas com diversos mitigantes para que o parceiro privado se sinta confortável em entrar no projeto
Retração Econômica	Risco de redução da atividade econômica afetar as receitas do projeto. Aplica-se mais diretamente aos projetos em que há cobrança de tarifa ao usuário, ou em que o pagamento do Poder Concedente ao parceiro privado é vinculado a demanda	Receitas abaixo das projeções	- A previsão de algum tipo de pagamento por disponibilidade do serviço, ou garantia de demanda mínima; ou acompanhamento da capacidade financeira do parceiro privado, para que seja robusta para tolerar períodos de crise	Alocação definida exclusivamente no contrato	Parceiro privado, a não ser que o Poder Concedente tenha dado alguma garantia de demanda mínima, cujo pagamento seja disparado pela falta de demanda efetiva
Competição	No caso do risco de demanda ser do parceiro privado, o risco de	Receita abaixo das projeções e incapacidade de cobrir custos de investimento	- Parceiro privado deve analisar a existência de competição e de barreiras de entrada para a prestação do serviço por outro parceiro privado	Alocação definida exclusivamente no contrato O artigo 9º, § 1º, da Lei 8987/95 estabelece que, somente nos casos expressamente	Parceiro privado, quando se tratar de competição no mercado

	perda de demanda por consequência de competição com outros prestadores de serviços funcionalmente equivalentes	se e operações de serviço		previstos em lei, a cobrança de tarifa poderá ser subordinada a disponibilidade de serviço público alternativo e gratuito para o usuário	com outros parceiros privados. Quando a competição for com projetos implantados ou subsidiados pelo Poder Concedente, o risco será preferencialmente do Poder Concedente.
Mudança demográfica	O risco de haver uma mudança demográfica, social e econômica que afete a demanda pelos serviços.	Receitas abaixo das projeções, ou necessidade de antecipar investimentos por haver demanda por serviços acima do previsto e/ou custos operacionais mais altos que o esperado	- Poder Concedente e seus consultores realizam estudos sobre a demanda atual e os cenários de evolução da demanda, perfil socioeconômico dos usuários, sua disponibilidade a pagar, preferência declarada sobre as características do serviço e disponibilizam a público o relatório desses estudos, antes da licitação. - Parceiro privado deve realizar as suas análises sobre a demanda pelo serviço e sobre o perfil dos usuários do serviço.	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Parceiro privado; O Poder Concedente pode em alguns casos, contudo, achar conveniente e pagar por disponibilidade do serviço caso em que o parceiro privado não tomaria o risco
Inflação	Risco de que o valor dos pagamentos recebidos durante o contrato seja desvalorizado pela inflação	A depender do nível da inflação, pode ser uma mera redução dos retornos do parceiro privado até uma completa inviabilização da prestação do serviço	- Previsão de reajuste anual dos pagamentos; vinculado a índice de preços gerais ou ao consumidor (IPCA, IGPM etc), ou fórmula que reflita a variação dos custos para a prestação dos serviços	Alocação definida exclusivamente no contrato. A legislação relativa ao Plano Real exige que o prazo de reajuste seja anual, não sendo possível reajuste para refletir inflação em prazos menores que um ano. Cf.: art. 28, da Lei Federal, 9.069/95	Poder Concedente; o parceiro privado assume, entretanto, o risco de descolamento (calculado de acordo com regras contratuais) e os custos efetivos dos seus insumos

					quando há possibilidade de descolamento entre o índice contratual e os seus custos.
Decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa	Risco de decisão judicial que impeça a cobrança de tarifa aos usuários	Redução de receitas e possível inviabilidade da prestação de serviço na qualidade adequada	- O Sistema do reequilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato.	Poder Concedente
<i>Mudança na Legislação e no Sistema Tributário, outras ocorrências fora do controle do parceiro privado e o término do contrato</i>					
Tributário	O risco, no âmbito do Poder Concedente e ou de outros governamentais de criação de novos tributos ou encargos legais, ou alteração dos existentes.	Aumento dos custos ao parceiro privado	- O Sistema do reequilíbrio econômico-financeiro	O art. 9º, §3º, da Lei 8987/95, aloca esse risco ao Poder Concedente para todos os tributos ou encargos legais com exceção do imposto sobre a renda	Poder Concedente
Mudanças na Legislação	O risco de mudanças legislativas no âmbito do Poder Concedente e que afetem diretamente os encargos e custos para a prestação do serviço	Aumento dos custos operacionais do parceiro privado e/ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com novas regras	- O Sistema do reequilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do art. 65, inciso II, alínea “d” da lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Concedente	Poder Concedente
Mudanças na lei de outro	Mudança geral de legislação não	Aumento dos custos operacionais do parceiro	- O Sistema do reequilíbrio econômico-financeiro	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual	Poder Concedente

ente federativo	tributária, de outro ente federativo, que implique em custos diversos daqueles originalmente pactuados	privado e/ou necessidade de fazer investimentos para cumprir com novas regras		específica tratando do assunto, há risco de incidência do art. 65, inciso II, alínea “d” da lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Concedente	
Força maior ou caso fortuito	O risco de não cumprimento do contrato por consequência de ocorrência de evento de força maior ou caso fortuito	Perda ou danos aos ativos, perda de receitas, atrasos nas obras e descontinuidade da prestação de serviços	- Se os eventos forem seguráveis, parceiro privado pode fazer seguro em relação a esses eventos	Alocação definida exclusivamente no contrato. Se não houver disposição contratual específica tratando do assunto, há risco de incidência do art. 65, inciso II, alínea “d” da lei 8.666/93, que diz que o risco é do Poder Concedente	Parceiro privado, os riscos que são seguráveis. Poder Concedente, e os riscos que não forem seguráveis cujo valor do prêmio seja compatível com o fluxo de caixa do projeto. É importante que o contrato especifique quais são os riscos seguráveis, os que são seguráveis mas de preço incompatível com o fluxo de caixa do projeto e os não seguráveis
Término Antecipado do contrato	Risco de perda dos ativos por consequência de decretação de extinção do contrato (por	Perda do investimento do parceiro privado	- As normas previstas nos artigos 36 a 39, da Lei 8.987, preveem ambas a obrigação do parceiro privado transferir a posse e operação dos ativos para o Poder Público quando do término do contrato, e a obrigação do Poder Público	O artigo 36, da Lei 8987/95 estabelece o direito do parceiro privado de receber indenização pelas parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não	A obrigação do Poder Concedente e de indenizar o parceiro privado pelos

	caducidade, encampação ou outra forma), sem pagamento adequado		de indenizar as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciado, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Essa obrigação de indenizar estabelece um piso que mitiga o risco do parceiro privado. São, entretanto, em regra, necessárias outras indenizações para dar segurança ao parceiro privado e seus financiadores em relação ao risco de término antecipado do contrato	amortizados ou depreciado, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido	investimentos amortizados em bens empregados na prestação do serviço se mitiga o risco do parceiro privado em relação ao término antecipado do contrato estabelece um piso para indenização. O contrato poderá completar esse piso com outras proteções para mitigar esse risco. O parceiro privado assume o risco em relação as parcelas que não conseguirem cobrir seus gastos.
--	--	--	--	---	---

Riscos Supracontratuais

Vencido ou da licitação incapaz de cumprir o contrato	O risco de que o parceiro privado seja inapto para prover os serviços estabelecidos no contrato, ou de se tornar insolvente, ou de simplesmente não	Aplicação de multas, outras penalidades, exercício dos <i>step in rights</i> , intervenção e caducidade do contrato	- Credenciais técnicas, econômicas e financeiras apresentadas na licitação pelos parceiros privados. - Exigência de seguros e garantias de completude e desempenho do parceiro privado. - Previsão de penalidades e multas para o caso de não cumprimento do contrato pelo parceiro privado. - Sistema de gerenciamento de situações de inadimplemento e conflito, como, por exemplo, o <i>step in</i>	Esse risco é um risco supracontratual. Por isso, a licitação não define como o contrato deve aloca-lo.	Esse risco é supracontratual que decorre da posição do Poder Concedente, que, em última análise, é responsável pela prestação do serviço. Todo o
---	---	---	---	--	--

	deter as credenciais financeiras indispensáveis para viabilizar o projeto		<i>rights</i> dos financiadores, a intervenção, e, em última análise a possibilidade de decretação de caducidade do contrato		processo de qualificação na licitação e todo o sistema de garantias e punições previstos na licitação e no contrato pretende mitigar esse risco
Risco político	Risco de ação oportunista do Poder Concedente, por exemplo, suspensão da cobrança de tarifa, suspensão imotivada, ou com falsa motivação, do pagamento público, incentivo a manifestações públicas contra cobrança de tarifas, tolerância oficial da condutas ilícitas que levem a utilização do serviço pelos usuários sem pagamento da tarifa, “encampação branca”	Perda do investimento do parceiro privado	As normas previstas nos artigos 36 a 39, da Lei 8.987, preveem ambas a obrigação do parceiro privado transferir a posse e operação dos ativos para o Poder Público quando do término do contrato, e a obrigação do Poder Público de indenizar as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciado, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Essa obrigação de indenizar estabelece um piso que mitiga o risco do parceiro privado. São, entretanto, em regra, necessárias outras indenizações para dar segurança ao parceiro privado e seus financiadores em relação ao risco de término antecipado do contrato.	O artigo 36, da Lei 8987/95 estabelece o direito do parceiro privado de receber indenização pelas parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciado, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido	A obrigação do Poder Concedente e de indenizar o parceiro privado pelos investimentos em bens empregados na prestação do serviço se mitiga o risco do parceiro privado em relação ao término antecipado do contrato estabelecendo um piso para indenização. O contrato poderá completar esse piso com outras proteções para mitigar esse risco. O parceiro privado assume o risco em relação as

					parcelas que não conseguem cobrir seus gastos.
--	--	--	--	--	--

Fonte: RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011.p.78 - 105.

A tabela acima é o ponto chave do autor na distribuição e mitigação dos riscos no contrato de PPP. Nesta adaptação ao contexto brasileiro, da tabela do programa de PPP da Província de Vitória na Austrália, o autor apresenta a tipologia que considera mais correta para agrupamento dos riscos: projeto e obtenção de licenças, construção/montagem/implantação, operação e manutenção, etc.

Além disso, conforme se pode observar apresenta os campos: tipos de risco, descrição, consequência da materialização do aspecto negativo do risco, fatores, medidas ou estruturas contratuais que funcionam como mitigantes do risco, existência de norma legal que defina a quem esse risco deve ser alocado, e sua alocação preferencial, todos esses baseados trazidos ao contexto brasileiro e embasados em sua experiência e opinião como pesquisador e doutrinador do tema.

Sendo assim, a análise contratual que será realizada no próximo capítulo, em relação a opinião do autor, se baseará na remissão e observação do conteúdo que o ele apresenta na tabela acima.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DO CONTRATO DE PPP PARA A REVITALIZAÇÃO DA AEIU PORTUÁRIA QUANTO A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO.

3.1 O Projeto

3.1.1 A “AEIU” Portuária

Para entender esse projeto e a operação, primeiramente é necessário visualizar a área que foi criada pelo art. 3º da Lei Municipal 101 de 2009 criou a Área de Especial Interesse Urbanístico da Região Portuária do Rio de Janeiro “AEIU Portuária”, com a seguinte descrição:

“Art. 3º Fica instituída a Área de Especial Interesse Urbanístico – AEIU da região do Porto, cujos limites encontram-se mapeados e descritos nos Anexos I e I-A desta Lei Complementar. “ANEXO I” “Descrição do limite da ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE URBANÍSTICO –AEIU e da área da Operação Urbana Consorciada da Região do Porto DO Rio”” Do entroncamento da Av. Alfred Agache com a Av. Presidente Vargas seguindo por esta, incluindo apenas o lado par, até a Rua Visconde de Itaboraí; por esta, incluída, até a Rua Visconde de Inhaúma; por esta, excluída; Praça Barão de Ladário, excluída, até o cais do 1º Distrito Naval; seguindo por este, incluído, até a Praça Mauá; por esta, incluída, até a Avenida Rio Branco; por esta, incluindo apenas o lado par, até a Avenida Presidente Vargas, por esta, incluindo apenas o lado par, até o Canal do Mangue; por este, incluído, até a Rua Francisco Eugênio; por esta, incluído apenas o lado par, até a Rua Melo e Souza; por esta, incluído o lado ímpar, até encontrar a Av. Pedro II. Deste ponto por uma linha reta até encontrar a divisa do lote do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR-EX) e do Hospital Frei Antônio, excluídos. Deste ponto por uma linha reta até encontrar a Praça Mário Nazaré; por esta, incluída, até encontrar a Rua São Cristóvão; por esta, incluindo apenas o logradouro, até encontrar a Rua Figueira de Melo. Deste ponto, retornando pela Rua São Cristóvão, incluindo apenas o logradouro, até a Av. Brasil; seguindo por esta, incluindo apenas o lado par, até encontrar a Rua Sá Freire. Deste ponto, retornando pela Av. Brasil, incluindo apenas o logradouro, até a Rua Ver. Odilon Braga, incluindo apenas o logradouro; até encontrar a Av. Rio de Janeiro, deste ponto por uma reta, perpendicular ao Cais do Porto; deste ponto, pelo cais até o Píer Mauá, incluído, e daí, pela linha costeira junto ao cais até o prolongamento da Av. Presidente Vargas.”

É uma área de 5 milhões de metros quadrados, que tem como limites as Avenidas Presidente Vargas, Rodrigues Alves, Rio Branco, e Francisco Bicalho.



Fonte: CDURP <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/operacaourbana/mapa-da-area-2-grande.jpg>: Acesso em 22 mai 2014.

3.1.2 A Concessão

Foi aberta em 2010 a concorrência pública 001/2010, através do edital de licitação, para contratação em regime de Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa para revitalização, operação e manutenção da área designada pela lei, conforme explicitado.

A Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro S/A – CDURP foi, na ocasião, o órgão licitante e, portanto, o Poder Concedente através do qual o município se relacionará com os vencedores do edital.

A proposta vencedora do edital de licitação foi uma proposta conjunta realizada pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht, Construtora Carioca Christiani-Nielsen Engenharia e a OAS Engenharia, que então ficaram com a incumbência de cumprir o contrato ali previsto.

Conforme determina o artigo 9º da lei das PPPs que regulamenta a concessão no regime de parceria público-privada, nesta modalidade de contratação é necessária a constituição de uma sociedade de propósito específico que deverá implantar, gerir o objeto da parceria, vejamos:

“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. § 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. § 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. § 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento. § 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo. § 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento” (BRASIL, Lei nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004).

Dessa determinação legal surgiu a Concessionária Porto Novo S/A, que por opção das acionistas, vencedoras da licitação, foi constituída na forma de sociedade anônima de capital fechado. Hoje está é a empresa responsável pela revitalização da região acima descrita.

Importante ressaltar, que a forma de concessão escolhida e definida no edital foi de concessão administrativa e não patrocinada. A concessão administrativa tem a Administração Pública como usuária direta ou indireta do serviço público concedido, ainda que abarque a execução, a instalação e a operacionalização da obra, ou serviço. O parceiro privado será remunerado unicamente pelos recursos públicos orçamentários, após a entrega do contratado.

3.2 O Contrato, cláusulas de alocação de risco

Nesse item começaremos a discriminar as cláusulas que estão ligadas ao risco no contrato de PPP celebrado entre a CDURP e pela Concessionária Porto Novo, de acordo com o que se extrai do que já foi analisado neste trabalho.

Pertinente lembrarmos que, segundo a classificação que Kleber Luiz Zanchim utiliza do Fundo Monetário Internacional, esse é um contrato de Construir-Operar-Transferir, em que o risco está bastante descolado para o setor privado, somente pela quantidade/complexidade das obrigações.

Aqui não irá ser dada muita ênfase ao assunto da tipologia do risco, a análise pura das cláusulas contratuais do ponto de vista da alocação do risco e da forma de mitigação adotada.

3.2.1 Caso Fortuito, Força Maior, Incompletude do Contrato de PPP e Seguros

Primeiramente temos a cláusula que trata da ocorrência de fortuitos e a determinação de divisão deste, conforme pode se observar nos itens 19.1 e 19.5 da cláusula 19 do contrato ora analisado:

“19.1 – Do Caso Fortuito e da Força Maior - Consideram-se caso fortuito e força maior, com as consequências estabelecidas neste Contrato, os eventos imprevisíveis e inevitáveis, alheios às Partes, e que tenham um impacto direto sobre o desenvolvimento das obras, serviços e atividades da Concessão Administrativa.”²⁷

“19.5 Na ocorrência de caso fortuito ou força maior, cujas consequências não sejam cobertas por seguro em condições comerciais viáveis, as Partes acordarão se haverá lugar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato ou a extinção da Concessão Administrativa, observado o disposto na Cláusula Quadragésima Quarta deste contrato.”²⁸

Nota-se, pela leitura do artigo 19.1, uma divisão do risco entre as partes, isto é, o risco será dividido entre as partes.

As duas cláusulas em conjunto são reflexos da própria teoria que Kleber Luiz Zanchim defendeu da incompletude dos contratos de PPP que, no decorrer do tempo e da especificidade do escopo do contrato, são alvos de uma infinidade de probabilidade e permeados pela incerteza. Assim, deve-se sempre no contrato de PPP favorecer o diálogo próximo para minimizar os riscos e dividir a álea extraordinária.

A solução dada pela cláusula 19.5 é de extremos opostos resolutivos, isto é, equilibra-se o contrato, ou se extingue a concessão. Isso obriga as partes a dividirem os prejuízos de qualquer forma, pelo fim do contrato (quando não for viável continuar com o projeto) ou reequilibrar o contrato, o menos prejudicado entre parceiro privado e Poder Concedente irá dividir suas perdas com o outro.

²⁷ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.34. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

²⁸ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.35. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

O entendimento coaduna com o que se expõe da necessidade de uma relação forte entre as partes na busca de eficiência e de minimizar os danos causados pela incerteza conforme os artigos 19.7 e 19.8 abaixo transcritos:

“19.7 As Partes se comprometem a empregar todas as medidas e ações necessárias a fim de minimizar os efeitos decorrentes dos eventos de força maior ou caso fortuito.”²⁹

“19.8 Revisão do Contrato para Recomposição do Reequilíbrio Econômico- Financeiro. Rompido o equilíbrio econômico-financeiro, deverá promover-se revisão de preços através de alteração bilateral do contrato.”³⁰

Como vemos, temos cláusulas que prezam muito mais pelo dialogo das partes que, tanto desinteressadas em terminar o contrato, como também pelo forte vínculo de investimento que esta modalidade impõe, buscaram, direcionadas por estas cláusulas, minimizar o risco do ocorrido e dividir os prejuízos.

Considerando que segundo o item 20.7 o seguro para todos os riscos principais da companhia devem ser realizados pelos parceiros privados. Segue:

“20.7 Seguros: a Concessionaria obriga-se a contratar os seguros disponíveis em mercado em condições comerciais razoáveis para cobrir os principais riscos envolvidos na Concessão, incluindo sem limitação àqueles previstos no Anexo 10 deste contrato;”³¹

Assim sendo, temos a avaliação de Mauricio Portugal Ribeiro que é um pouco distinta de Zanchim. Apesar de concordar em alocar o risco com o parceiro privado para os riscos seguráveis, para Mauricio Portugal Ribeiro, em todas as hipóteses em que não houver uma obrigação de contratar seguro escrita no contrato, dos riscos por ele considerados com

²⁹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.35. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

³⁰ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.35. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

³¹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.38. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

decorrentes de caso fortuito ou de força maior, estes deverão ser do Poder Concedente. Vejamos o que o autor descreve na tabela como alocação preferencial:

“Parceiro privado, os riscos que são seguráveis.

Poder Concedente, os riscos que não forem seguráveis cujo valor do prêmio seja compatível com o fluxo de caixa do projeto.

É importante que o contrato especifique quais são os riscos seguráveis, os que são seguráveis, mas de preço incompatível com o fluxo de caixa do projeto e os não seguráveis”³²

Caso não seja definida exclusivamente no contrato, quanto a esse risco, haverá possível a incidência da alínea “d” do inciso II do art. 65 da lei 8.666/93 que diz:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nesse sentido, Maurício acha de suma importância que o contrato, diferentemente de prezar pela teoria da incompletude, esmiúce todas as espécies de risco que são seguráveis e os que não são seguráveis a fim de “amarrar” o contrato nesse ponto. O sentido disso é que, de tal forma, a negociação contratual já visa considerar o mercado quanto à oferta de seguros para esses riscos, e também de certa forma forçar a participação do Poder Concedente no estudo desses riscos (forçar o diálogo). Dessa forma na fase pós-contratual não se mudariam as “regras do jogo” avençadas contratualmente. Não se encontra aqui o seguro de completude da obra, pois este, para Maurício Portugal Ribeiro, é uma das formas de mitigação do risco de construção dada pelo parceiro privado, conforme tabela.

³² RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011

O anexo 10 do contrato se refere ao plano geral de urbanização da AEIU Portuária e o seguro que deverá ser feito pelo parceiro privado em nome do poder concedente para as obrigações assumidas no contrato e pela conclusão do objeto (revitalização da região portuária do Rio de Janeiro) - garantia de desempenho na realização deste. Nesse sentido, conforme se observa no item citado, a negociação em relação aos riscos seguráveis, excetuando-se os acima citados, contrariam o entendimento de Maurício Portugal Ribeiro, uma vez que estes foram deixados para uma fase pós-contratual e não do momento de negociação das cláusulas contratuais. Essa conclusão dá-se pela não determinação dos principais riscos contratuais no texto da cláusula.

3.2.2 Tributação

Outra avença contratual importante que vale a pena analisar deste contrato é o dispõe os itens 21.1 e 21.2 e seu subitem 21.2.1 quanto à incidência da tributação e divisão da álea:

“21.1 Inclusão dos Tributos na Remuneração. A remuneração da Concessionaria por meio da Contraprestação Pública compreende todos os impostos, taxas, contribuições, inclusive para fiscais, e demais tributos e encargos vigentes na Data da Proposta, cujo recolhimento seja atribuído pela Legislação Aplicável a Concessionaria.”³³

“21.2 Sujeição a Legislação Aplicável. A Concessionária ficará sujeita, nos termos e nas condições da Legislação Aplicável, ao regime fiscal e previdenciário que vigorar no prazo de vigência deste Contrato, obrigando-se ao pontual recolhimento de todas as contribuições sociais e outros encargos a que porventura estiver sujeita, ressalvado o seu direito a revisão do contrato, para mais ou para menos, objetivando a preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro em caso de alteração da carga fiscal subsequente a Data da Proposta que altere o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Na forma da Legislação Aplicável, a Concessionaria devera cuidar para que todos os seus subcontratados cumpram regularmente suas obrigações fiscais e previdenciárias.”³⁴

³³ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.38-39. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

³⁴ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.39. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

21.2.1 Em se tratando de aumento de tributos diretos sobre a renda, a Concessionaria não terá direito a reequilíbrio da equação econômico-financeira, nos termos do art. 9o, § 3o, da Lei de Concessões”³⁵

Não há dúvidas quando se lê que o item 21.2.1 nada mais é do que a repetição da determinação legal quanto à distribuição de risco, em se tratando de alterações legislativas relativas ao imposto de renda, conforme a lei 8987/95. Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro também concordam com essa distribuição.

Interessante é a análise dos dois outros artigos. Pelo que é possível perceber, todos os tributos estão incluídos no pagamento da contraprestação pública. Não tendo ainda sido retidos, fica a cargo da concessionária toda a tributação, exceto aquelas subsequentes à Data da Proposta, e que alterem o equilíbrio econômico-financeiro.

A solução dada foi de que na proposta inicial já estão todos os tributos e durante a licitação o parceiro privado considerou isso no seu orçamento. Entretanto, com exceção do imposto de renda, qualquer alteração legislativa que altere tributos poderá ser alvo de reequilíbrio econômico-financeiro.³³

Analisando o entendimento Maurício Portugal Ribeiro e de Kleber Luiz Zanchim a avença está em conformidade com o pensamento dos dois. As alterações tributárias são de responsabilidade do Poder Concedente, exceto mudanças de interpretação ou imposto de renda.

3.2.3 Risco do Projeto e Obtenção de Licenças e Autorizações

3.2.3.1 – Risco do Projeto

Neste ponto, importante ressaltar a presença dos elementos básicos do projeto com estimativas de custos, entregues pelo Poder Concedente ao parceiro privado constantes no ANEXO III ao contrato ora analisado.

Por ser muito detalhado e técnico, e não ser esse o objeto do presente trabalho, não será aqui analisado os projetos em si, mas sim a alocação do risco decorrente deste. A entrega desses elementos básicos do projeto, na visão de Maurício Portugal Ribeiro é um dos fatores de mitigação do risco do projeto.

³⁵ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.39. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

Outro ponto ressaltado por Maurício Portugal Ribeiro como forma de mitigação é a possibilidade de o poder público reduzir o pagamento público pela qualidade do serviço, que é feita por um controle de envio de termos de verificação mensais e avaliações quadrimestrais de desempenho, e, esta possibilidade está muito clara na Cláusula Décima Sexta do contrato ora analisado, vejamos:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – PERFORMANCE DA CONCESSIONÁRIA E QUALIDADE DOS SERVIÇOS E OBRAS

16.1 Medição da Performance. A performance da Concessionaria e a qualidade de seus Serviços e Obras serão medidas pelo Poder Concedente, em periodicidade mensal, de acordo com os Critérios de Desempenho constantes do Anexo 5, conforme procedimento descrito na Clausula 17 abaixo.

16.2 Abatimento da Contraprestação Publica. O pagamento da Contraprestação a Concessionaria ocorrerá sem abatimentos desde que a Concessionaria atinja nota igual ou superior a Nota Mínima de Desempenho (80), em conformidade com o sistema de avaliação mensal de desempenho dos serviços e obras durante o período correspondente.

16.2.1 A Nota de Desempenho será apurada quadrimestralmente com base nas avaliações mensais, realizadas separadamente para os serviços e obras, em conformidade com o Anexo 5 deste contrato.”³⁶

Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro aqui divergem quanto à solução dada para a divisão de riscos no projeto. Para Zanchim a divisão desses riscos se dá de acordo com o envolvimento das partes na elaboração/aprovação do projeto. Já para Maurício Portugal Ribeiro a alocação deve ocorrer sempre junto ao parceiro privado.

O contrato determina que o risco seja do parceiro privado, deixa claro ainda que o projeto básico detalhado e o projeto executivo (itens 4.3 e 4.4) devem ser de confecção da Concessionária, entretanto devem requisitar aprovação junto ao Poder Concedente. Nesse sentido, para Kleber Luiz Zanchim:

“O primeiro parâmetro para essa divisão é quanto cada parte influenciou no delineamento estrutural do empreendimento.

³⁶ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.31. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

Quanto maior a interferência da parte no projeto, maior parcela de risco que lhe cabe”.³⁷

Nesse sentido, Kleber Luiz Zanchim defende uma postura menos ativa do Estado nessa questão, concentrando-se mais na fiscalização dos serviços, talvez até pelo alta ingerência deste.

Como forma de mitigar esses riscos tem a disponibilização dos “elementos básicos do projeto” conforme art. 18 da lei 8.987/95, ou a divisão

O contrato, como já visto de forma simples na parte seguros, prevê uma garantia de desempenho da concessionária em relação às etapas do projeto a serem concluídas para finalização do escopo do contrato. Essa garantia não será necessariamente feita na forma de seguro, tendo em vista as faculdades dadas ao parceiro privado pelo art. 56 da lei 8666/93.

A garantia acordada é de 4% do Valor Estimado do Contrato, que irá sendo reduzida periodicamente com a conclusão das etapas do contrato conforme tabela abaixo

Marco Contratual	Percentual do Valor Inicial de Garantia
Assinatura do Contrato	100%
Conclusão da Etapa 1	80%
Conclusão da Etapa 2	70%
Conclusão da Etapa 3	60%
Conclusão da Etapa 4	50%
Conclusão da Etapa 5	40%
Conclusão da Etapa 6	25%
Conclusão da Etapa 7 até o término do Contrato	05%

Fonte: CDURP, <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/EDITAL%20PPP%20E%20ANEXOS.zip>

Acesso em 22 mai 2014.

3.2.3.2 – Risco com meio ambiente, licenças e autorizações e patrimônio cultural.

Aqui é importante analisarmos os itens 9.3, 9.4, 9.5, 11.2 e seu subitem 11.2.1. Os últimos itens constam na Cláusula 11 junto com o item 9.5 do contrato que apresentam o auxílio que, o Poder Concedente, tem de dar na obtenção destas licenças, mas não transfere essa carga para si a obrigação de obtê-las, vejamos:

³⁷ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p102

“9.5 Licenças e Autorizações. A Concessionaria deverá manter e renovar as licenças e autorizações já obtidas pelo Poder Concedente, bem como obter as licenças e autorizações legalmente exigíveis para a prestação do Serviço e para a execução das Obras.”³⁸

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – OBRIGAÇÕES ADICIONAIS DO PODER CONCEDENTE

“11.2 Obtenções de Autorizações Governamentais. A CDURP deverá apoiar a Concessionaria na obtenção de Autorizações Governamentais, inclusive por meio de participação conjunta em reuniões e de envio de manifestações.

“11.2.1 A obrigação de que trata a Sub clausula 11.2 não tem o condão de transferir ao Poder Concedente a obrigação de obter as Autorizações Governamentais, cuja responsabilidade será da Concessionaria.”³⁹

Quanto à obtenção de licenças, a ideia do risco está bem próxima de Maurício Portugal Ribeiro, em que o risco quanto às licenças deve recair sobre o parceiro privado, mas diante da morosidade dessa obtenção, às vezes pode o Poder Concedente ajudar para agilizar esse processo. Nesse sentido, quanto a quem deve recair a alocação preferencial, o autor afirma:

“Parceiro privado. Em alguns casos, como grandes usinas hidrelétricas, as dificuldades de obtenção de licenças pelo parceiro privado podem ser tão grandes, que faz sentido o Poder Concedente obtê-las antes da licitação, ou prever no contrato sistema de compartilhamento de riscos, caso seja necessário a realização de dispêndios maiores que os estimados para obtenção das licenças e autorizações”⁴⁰

Assim, também define o autor quanto à forma de mitigação desse risco apresenta:

³⁸ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.28. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

³⁹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.29. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁴⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011p.82

“O Poder Concedente realiza estudos para estimar os custos e as condições necessárias para obter as demais licenças”⁴¹

No caso das PPPs, o art. 10, inciso VII, da Lei Federal 11.079/2004, exige que o Poder Concedente disponibilize ou a licença ambiental ou as diretrizes para sua obtenção.

Já quanto às obrigações ambientais o contrato está em parte, de acordo com que descreve Luiz Kleber Zanchim. Apesar de sua concordância quanto a obrigação do parceiro privado, até a obtenção das licenças autorizações pertinentes, que dão a chancela do poder público e transferem para si, poder público, essa álea. Nesse sentido, quanto aos riscos ambientais o autor afirma:

“O filtro desses riscos está no licenciamento ambiental, conjunto de procedimentos definidos pelo Estado. Quando o projeto obtém todas as licenças previstas no burocrático procedimento legal, é sinal que recebeu chancela estatal, muitas vezes nos três níveis da Federação (União, Estados e Municípios, dependendo do impacto das intervenções). Dessa forma, a tendência é que o risco ambiental recaia sobre o ente público, provedor das licenças.”⁴²

Entretanto, apesar da observação, para o autor, que nos parece mais lógico quanto a esse risco, a preocupação maior não é a alocação do risco e sim com sua superação.

Apesar desse conceito do papel do Estado como segurador universal do risco ambiental, para Kleber Luiz Zanchim cabe ao parceiro privado conduzir o processo de aprovações ambientais em diálogo profundo com o Estado a fim de ultrapassar tal álea. Assim descreve quanto ao risco ambiental:

“Nesse contexto, a preocupação é menos a imputação do risco e mais a sua superação. Por isso, na medida do possível deve-se permitir ao parceiro privado conduzir o processo de aprovações ambientais, criando-se um espaço de diálogo constante com as autoridades públicas. Dessa forma, podem ser coordenadas mudanças nos projetos de modo a resguardar ao máximo o meio ambiente, além de se fomentar uma situação de aprendizado conjunto (Estado e iniciativa privada) sobre soluções ambientais para grandes empreendimentos.”⁴³

⁴¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011, p.82

⁴² ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p 173

⁴³ ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p.173-174

Assim, nos parece também definir o contrato, conforme item 9.3

“9.3 Obrigações e Responsabilidade Ambiental. A Concessionária obriga-se a cumprir e a observar rigorosamente todas as normas e exigências relativas à Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal nº 6.938/81 e demais normativos relacionados, adotando as medidas e ações necessárias à prevenção e a correção de eventuais danos ambientais, potencial ou efetivamente causados pelas Obras ou pela execução do Serviço, realizados a partir da Data de Assinatura, e, ainda, a manter em situação regular suas obrigações perante os órgãos de fiscalização ambiental.”⁴⁴

A cláusula coloca o parceiro privado na linha de frente no cumprimento “das normas e exigências relativas a Política Nacional do Meio Ambiente e demais normativos relacionados”, e se manter em situação regular suas obrigações perante os órgãos de fiscalização ambiental, aparenta haver um diálogo de superação.

Entretanto, o trecho que dispõe que a deve o parceiro privado “adotar as medidas e ações necessárias à prevenção e a correção de eventuais danos ambientais, potencial ou efetivamente causados pelas Obras ou pela execução do Serviço, realizados a partir da Data de Assinatura” parece dar mais valor em imputar o risco, do que a ultrapassá-lo, e ainda de forma diversa do que expõe Kleber Luiz Zanchim, para quem, como visto, a alocação do risco deveria ser junto ao ente público.

Quanto aos critérios de distribuição dos riscos delineados durante o trabalho, as obrigações relacionadas a Tombamento, previsto no contrato, falharam logicamente com o sentido do princípio de deixar o risco com quem melhor pode gerenciá-lo, como se expõe:

“9.4 Obrigações Relacionadas a Tombamento. A Concessionária se obriga a observar as restrições impostas em razão de tombamentos existentes na AEIU Portuária, comunicando ao Poder Concedente sempre que, por força de tombamento, alguma Obra ou parcela do Serviço venha a ser afetado, eximindo-se de executá-los até que o órgão competente aprove a realização da Obra ou a prestação da parcela do Serviço mediante a supressão ou abrandamento do tombamento, conforme o caso.”⁴⁵

⁴⁴ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.28. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁴⁵ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.28. Disponível em: 67

É fácil notar que o Poder Concedente detém todo o conhecimento desse procedimento e pode de forma muito melhor administrar esse risco. Inclusive na tabela de Maurício Portugal Ribeiro, segundo as melhores práticas de alocação do risco em PPP, é o Poder Concedente quem deve assumir esse risco .

3.2.4 – Risco da Inflação.

Não há muitos detalhes quanto ao que falar aqui quanto ao ajuste da inflação previstos na cláusula Decima Quinta, nela o índice do IPCA é concedido de forma integral, transferindo a maior parte do risco do parceiro privado para o Poder Concedente. Vejamos:

15.1 Reajuste. As Contraprestações Públicas serão reajustadas, anual e automaticamente, segundo a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado e divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou, caso este venha a ser extinto, por outro índice oficial que venha a substituí-lo.⁴⁶

Entretanto, é possível observar que o risco de “descolamento”, isto é o aumento dos preços dos objetos, itens, insumos, produtos utilizados para realização projeto, este permaneceu com o parceiro privado conforme entendem os dois autores que se trata da prática correta para alocação deste risco.

3.2.5 – Risco de Mudança do Controle do Parceiro Privado

Neste ponto será apresentado o risco de queda de capacidade financeira ou técnica do parceiro privado, em relação à mudança ocorrência de uma transferência de controle acionário deste parceiro.

A própria legislação, art. 27 lei 8987/95, já dispõe que a mudança deste controle acionário poderá ocorrer somente se expressamente autorizado previamente pelo Poder Concedente, exceto quando esta for feita pelos financiadores do parceiro privado para assegurar a continuidade da prestação do serviço conforme §2º do referido art. Vejamos: Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia

<http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁴⁶ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.31. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão; § 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

O contrato, na cláusula 36, item 36.1, dispõe sobre a possibilidade de transferência do controle acionário da Concessionária, porém não inova em nenhum ponto em relação a lei acima descrita. Vejamos:

36.1 Transferência do Controle Acionário da Concessionária. Salvo por eventual transferência de controle societário no âmbito da Intervenção dos Financiador na Concessão, regulada pela Cláusula 35 supra, os Controladores só poderão transferir o bloco de Controle da Concessionária mediante prévia e expressa autorização do Poder Concedente, sob pena de declaração de caducidade da Concessão. Demais alterações da composição acionária regular-se-ão pelo disposto na Cláusula 10 do contrato.⁴⁷

Entretanto, a alínea “b”, do item 36.2 da cláusula 36 do contrato, que dispõe quanto aos critérios que deverão ser observados na autorização da transferência do controle acionário já inova quanto a legislação e mitiga esse risco. Observemos:

36.2 Submissão e Autorização do Pedido de Transferência do Controle Acionário. Autorização pelo Poder Concedente da transferência do Bloco de Controle observará o quanto segue:

(...)

b) A autorização para a transferência do Bloco de Controle não será concedida nos 3 (três) primeiros anos de vigência do contrato.⁴⁸

Esta alínea apresenta uma forma de mitigação desse risco, tendo em vista que em três anos, teoricamente, já estão transferidas na SPE as capacidade e a técnica necessárias à execução do contrato.

⁴⁷ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.51. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁴⁸ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.51-52. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

Esse posicionamento, em relação à alocação do risco contratual, encontra-se de acordo com o pensamento de Mauricio Portugal Ribeiro, que não se altera da alocação determinada por lei, porém, se difere um pouco quanto à hipótese descrita por ele na forma de mitigação deste risco. Conforme o autor, sobre a alocação preferencial deste risco:

“Parceiro Privado. O Poder Concedente é responsável pela análise das condições de mudança de controle.”⁴⁹

Nisto não há muita surpresa tendo em vista que a própria legislação no Art. 27, da Lei 8.987/95 exige a aprovação do Poder Concedente para mudança do Controle da SPE.

Entretanto quanto a forma de mitigação apresentada pelo autor, esta sim, mostra importantes inovações, para ele se mitiga esse risco impondo uma:

“Restrição a mudança de controle, por exemplo, nos primeiros 2 anos do projeto, eis que nos anos seguintes, já estão aportadas na SPE as capacidade e as “expertises” necessárias à execução do contrato, de maneira que o impacto da alteração será menor”⁵⁰

A hipótese apresentada pelo autor de mitigação deste risco é a restrição à mudança de controle nos primeiros dois anos do projeto. Neste caso tem-se o pensamento voltado para o efetivamente início do projeto de tal forma que a SPE já possuísse capacidade técnica e financeira do contrato.

Quanto à alínea destacada no contrato de PPP de revitalização da região portuária do Rio de Janeiro, temos mais tempo (3 anos), porém condicionados ao início de vigência do contrato. Apesar do aumento de 1 (um ano) ser um fator positivo para o poder concedente, caso ocorra um atraso logo no início do projeto, independente da vontade das partes, que cause a paralização de ou impossibilidade momentânea de prosseguimento com o projeto, o prazo de vigência continua contando para os efeitos determinados nessa alínea. Desse modo pode ainda sim não haver sido transferido os aportes financeiros e técnicos desejáveis ao cumprimento do contrato.

⁴⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011p. 85

⁵⁰ ⁵⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011p. 85

3.2.6 – Riscos com a Construção e a Operação e Manutenção.

Em relação aos riscos de construção, operação e manutenção, no contrato, estes foram alocados junto ao parceiro privado, nada de especial até então, já a estes riscos constituem o próprio escopo do contrato ora analisado, e suas especificações se encontram nos anexos 3, 5 e 10. Aqui estamos diante de um contrato Construir-Operar-Transferir a Região do Porto do Rio de Janeiro.

Primeiramente uma das obrigações do parceiro privado no contrato apresentada na alínea “v” do item 9.1 da Cláusula Nona do Contrato é refazer ou corrigir quaisquer das obras que forem executadas em desacordo com o projeto executivo e ou o Anexo 3. Vejamos:

“9.1 Obrigações relacionadas ao Objeto da Concessão. Sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas nesse contrato e na Legislação Aplicável a Concessionária obriga-se:

(...)

(v) Sem qualquer ônus para o Poder Concedente, refazer ou corrigir quaisquer das Obras que forem executadas em desacordo com o Projeto executivo e/ou Anexo 3;”⁵¹

Vale ressaltar, que a obrigação de contratação de um seguro geral, que cubra o fiel cumprimento do contrato, pela Concessionária, conforme item 3.1, da cláusula terceira constante no Anexo 3 do contrato, combinada com a declaração da seguradora de aceite e conhecimento dos termos e condições do contrato de PPP, prevista na alínea “(i)” no item 7.1 da cláusula sétima, também do Anexo 3, garante a execução deste inclusive quanto aos erros de projeto. Neste ponto, Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal são defensores desse seguro. Entretanto, Kleber Luiz Zanchim vai além apresentando também a ideia do seguro que cobre a responsabilidade civil e indenização de danos a terceiros:

“A cadeia de externalização pode continuar com figuras como o seguro de Obra Civil em Construção (OCC) e o seguro-garantia (*completion bond*). No OCC, as coberturas são para estrutura do empreendimento (incluindo, em alguns casos, erro do projeto), sendo possível também contratar cobertura de

⁵¹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.26. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

responsabilidade civil para indenização de danos a terceiros.”⁵²

Vejam os trechos do anexo citados:

“3 Objeto do Seguro

“3.1 Garantir o fiel cumprimento de todas as obrigações contraídas pela Concessionária perante o Poder Concedente, nos termos do Contrato de PPP, devendo o Segurado ser indenizado, pelos valores fixados no item 5 abaixo, quando ocorrer descumprimento contratual.”⁵³

E também:

“7 Disposições Adicionais

7.1 A Apólice de Seguro-Garantia deverá conter as seguintes disposições adicionais:

(i) declaração da Seguradora de que conhece e aceita os termos e condições do Contrato de PPP;”⁵⁴

Conforme o pensamento de Maurício Portugal Ribeiro e Kleber Luiz Zanchim, neste contrato é adotado, também como forma de mitigação do risco referente à Construção Operação e Manutenção, a possibilidade de o parceiro privado subcontratar empresa especializada na operação do projeto, com expertise em gerenciar esse risco. Apesar da não vedação dessa subcontratação por cláusula específica já de certa forma permiti-la implicitamente, tal entendimento também pode ser extraído da leitura do item 4.2 Cláusula Quarta do Contrato que descreve o plano geral de urbanização:

“4.2 Plano Geral de Urbanização da AEIU Portuária. As Obras deverão ser implementadas em conformidade com os termos, premissas técnicas e prazos estabelecidos nos Anexos 3, 4 e 10 do Contrato, consistindo em atividade preliminar ou cumulada com a prestação do Serviço. As obras não ensejarão pagamento específico pelo Poder Concedente à

⁵² RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011p. 86

⁵³ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Edital PPP e anexos. Anexo 9. p.1. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/EDITAL%20PPP%20E%20ANEXOS.zip>

⁵⁴ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Edital PPP e anexos. Anexo 9. p.2. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/EDITAL%20PPP%20E%20ANEXOS.zip>

Concessionária, devendo ser executadas pela Concessionária (direta ou indiretamente, neste último caso sob sua supervisão e responsabilidade) e remuneradas no bojo da Contraprestação Pública, seguindo o cronograma de etapas/desembolso/pagamento dos Anexos 10 e 11 do Contrato.”⁵⁵

Apesar da especificidade em relação às obras, nesse caso, as cláusulas específicas de alocação dos riscos quanto à responsabilidade trabalhista – que neste trecho do contrato já aloca este risco (supervisão e responsabilidade) com o parceiro privado – aceita a possibilidade de subcontratação pelo parceiro privado de terceiros com expertise em gerenciamento desse risco específico.

Cumprе salientar o quão importante é esse ponto na mitigação dos riscos do contrato de PPP para os dois autores. É muito comum, e desejável segundo os autores, que a SPE criada desempenhe um papel muito mais de gerenciadora do que efetivamente executora do escopo contratual. Normalmente, ela recebe a expertise de seus sócios para administração de várias subcontratadas que executam o escopo do projeto. A SPE, diretamente, pouco participa na realização do escopo para poder transferir o risco subcontratando outras empresas com a expertise na execução do mesmo, transferindo assim os riscos de má qualidade na prestação de serviços, atrasos na obra, dentre outros.

Nesse sentido, muito do escopo contratual – como dito, em casos mais simples e de menor potencial de risco – principalmente nos contratos em que muitos riscos são alocados junto ao parceiro privado, são realizados indiretamente e sob a supervisão da SPE.

Também, nesse ponto, temos o risco da disponibilidade do serviço para os usuários do mesmo. Nesse ponto, para a revitalização da região do porto do Rio de Janeiro, principalmente com a necessidade da derrubada do Elevado da Perimetral, foram necessárias diversas intervenções viárias na região que restringiram a utilização das mesmas aos usuários. Assim sendo o contrato dispõe no item 3.5 da cláusula terceira sobre a interrupção do serviço:

“3.5 Interrupção do serviço – O serviço será prestado de forma ininterrupta. Não obstante, certos Equipamentos Públicos poderão ter seu acesso aos Usuários parcial ou integralmente limitados em razão da realização das obras, manutenção ou melhorias a serem realizadas pela Concessionária. Sempre que

⁵⁵ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.16. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

ocorrer a restrição parcial ou integral do acesso ou uso de um Equipamento Público, as Partes envidarão os seus melhores esforços (dentro de suas atribuições legais e contratuais) para fazer com que tal interrupção dure o menor tempo possível, e que as necessidades atendidas pelo referido Equipamento Público possam ser atendidas por outra forma durante o período de restrição, observando o disposto na Cláusula 16 e no Anexo 5.”⁵⁶

Primeiramente, para esclarecer o teor da cláusula acima, temos que o termo Equipamentos Públicos, conforme o contrato de PPP define, significa: “... as vias, praças, viadutos, edifícios e demais instalações públicas, atuais ou futuros do Município, na AEIU Portuária...”. Então, conforme a cláusula as intervenções que forem realizadas no âmbito dessa concessão devem ter os esforços de ambas as partes para reduzir a duração e busca de outras maneiras de atender as necessidades dos usuários cerceadas pela restrição.

Assim sendo, tem-se que a alocação do risco está com o parceiro privado, pois não se pode interromper o serviço, mas o parceiro público deve auxiliar na mitigação desse risco. Sua omissão quanto a esse esforço ensejará um descumprimento contratual, dividindo o risco com o parceiro privado.

Também a interrupção dos serviços de forma injustificada, pela Concessionária, é uma das formas de inadimplemento previstas no contrato, constante na alínea “c”, do já citado item 24.1, da cláusula vigésima quarta do contrato ora analisado, e conforme transcrito abaixo:

“(c) Interrupção injustificada ou abandono da prestação do Serviço por período superior a 15 (quinze) dias;”⁵⁷

As próprias notas de desempenho já citadas da cláusula 16 mitigam os riscos do projeto como um todo, e assim a qualidade e execução completa do escopo do contrato, tendo em vista que, se a mesma não for cumprida, existe a possibilidade contratual de abatimento do valor pago a título de contraprestação pública.

3.2.7 – Trabalhista

⁵⁶ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.16. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁵⁷ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.41. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

O risco trabalhista, não é um risco específico. Trata-se de um risco da operação e manutenção. Entretanto devido a sua importância deve ser destinado um item somente para discutir esse risco.

Apesar de o risco trabalhista ser um tema diretamente ligado à interrupção do serviço, uma vez que uma greve poderá paralisar todo o serviço como este é de suma importância para os autores, e até pelo que já foi dito da moderna visão da função da SPE de gerenciamento do projeto, o tema será tratado em apartado. Não que a SPE irá contratar uma empresa para realizar o objeto principal da empresa, irá terceirizar outras atividades-fim conforme entendimento de Sérgio Pinto Martins de terceirização:

“... possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividade-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constituam seu objeto principal, sua atividade essencial. Existem terceirizações de atividades-fim, como por exemplo, na indústria automobilística, por aquela empresa que reúne as peças fornecidas por diversos fornecedores e monta uma parte do veículo.”⁵⁸

A terceirização que visasse o objeto principal da empresa seria ilegal, visto que teria como único objetivo frustrar a aplicação da lei trabalhista.

A regulamentação da terceirização é algo extremamente moderno, assim como são as Parcerias Público-Privadas. Assim, seria, na prática, complicado para o parceiro privado, de um contrato de PPP, com um escopo desafiador e com riscos variados, se amparar na doutrina clássica de atividade-fim, em que hipóteses distintas de labor temporário, vigilância, conservação e limpeza, conduzem à ilegalidade da contratação.

Ainda que tal entendimento continue expressivo nas decisões trabalhistas do país, o conceito das SPE moderno se assemelha muito com o exemplo dado por Sérgio Pinto Martins da montadora automobilística citado acima. Na prática a SPE junta as peças e se situa na ponta da execução do contrato reunindo as peças com a tecnologia adquirida através de seus sócios.

Assim, a SPE vira tomadora de vários serviços e a Administração Pública também. O funcionário da prestadora de serviços não forma vínculo com a Administração, conforme dita o mandamento constitucional contido no art. 37, II da Constituição Federal, deixando clara a impossibilidade de reconhecimento de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da administração direta ou indireta, em razão da prestação de serviços por meio de contratação

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.142.

irregular, sem o necessário concurso público. Esse também é o teor do inciso II da Súmula 331 do TST que dispõe sobre a terceirização do trabalho.

Entretanto, o inciso IV da Súmula 331 do TST aduz que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Para se chegar a essa responsabilidade subsidiária basta que possua a culpa *in eligendo* (má escolha da empresa contratada) e culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização quanto ao cumprimento por parte desta em relação a suas obrigações para com os empregados que atuaram junto à tomadora de serviços). No caso do parceiro privado as duas possibilidades são plausíveis para configurar a responsabilidade subsidiária, já para o Poder Concedente, somente a culpa *in vigilando* poderia o obrigar a pagar os débitos trabalhistas do contrato de trabalho, parciais ou integrais, que não foram pagos oportunamente.

Com um escopo de revitalização, operação e manutenção de toda a região portuária do Rio de Janeiro, o número de trabalhadores envolvidos nessa obra, tem o potencial de gerar um passivo enorme para o ente público e para o parceiro privado em decorrência da não fiscalização e da contratação de empresas inidôneas. Sem contar a possibilidade de paralizações por greve desses trabalhadores pelo não cumprimento, ou cumprimento parcial das obrigações trabalhistas.

A forma de mitigação desse risco é simples, para os dois autores, isto é, a atuação do parceiro privado no adequado cumprimento dos direitos trabalhistas e nas negociações com sindicatos dos trabalhadores, com a fiscalização e supervisão do parceiro público quanto ao cumprimento dos direitos trabalhistas. Ele deve ser alocado, segundo os autores, junto ao parceiro privado. E assim esta, como se pode observar, na alínea “iv” do item 9.2 da cláusula nona, e também na cláusula vigésima-segunda:

“9.2 Obrigações Adjacentes. Sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas neste contrato e na Legislação Aplicável, a Concessionária obriga-se a:

(...)

(iv) Cumprir, em relação aos seus empregados, contratados e subcontratados, as determinações legais relativas à legislação trabalhista, previdenciária e de segurança e medicina do trabalho;”⁵⁹

E também:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA –
RESPONSABILIDADE E INDENIZAÇÕES

22.1 Responsabilidade Geral. A Concessionária responderá, nos termos da Legislação Aplicável, por quaisquer prejuízos causados a terceiros e/ou Poder Concedente, que tenha dado causa, por si ou seus administradores, empregados, prepostos, subcontratados e prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício de suas atividades abrangidas pela Concessão, sem prejuízo do direito de regresso contra terceiros, isentando o Poder Concedente de qualquer responsabilidade decorrente ou relacionada à prestação do Serviço ou execução de Obras.

22.2 Direito de regresso do Poder Concedente. A Concessionária obriga-se a ressarcir o Poder Concedente de todos os desembolsos provenientes de determinações judiciais, para satisfação de obrigações originalmente imputáveis à Concessionária neste Contrato, incluindo sem limitação reclamações trabalhistas propostas por empregados ou terceiros vinculados à Concessionária e indenizações por perdas e danos.”⁶⁰

Pela leitura da cláusula, observa-se que a alocação do risco está com o parceiro privado. É ele que deve zelar pelo cumprimento de suas obrigações trabalhistas, de seus contratados e subcontratados. Assim sendo, a não observância deles gera responsabilidade contratual pelos prejuízos causados e direito de regresso para ressarcimentos ao poder concedente, para satisfação dessas obrigações que não tenham sido cumpridas.

⁵⁹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.27. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁶⁰ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.39. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

3.2.8 – Risco de Financiamento do projeto e seu pagamento

Quanto ao risco de financiamento se traduz na falta de recursos no mercado (ou com condições inviáveis) para que o projeto seja implantado. Em um projeto que exige um aporte financeiro tão alto (principalmente no início), normalmente, se faz necessária a busca de recursos, principalmente através de empréstimos.

Neste sentido, a impossibilidade de conseguir essa contratação de financiamento pode dificultar ou até inviabilizar a realização do projeto. Para os dois autores esse é um risco a ser alocado junto ao parceiro privado.

Assim sendo, a maioria das formas de mitigar esse risco, conforme os dois autores, não está no contrato, mas sim durante o procedimento licitatório. É nesse momento que o poder concedente poderá analisar a condição econômico-financeira do seu parceiro privado. É nesse momento que o poder concedente irá modelar um projeto que seja economicamente viável para sua realização e com recursos disponíveis no mercado.

Além disso, Maurício Portugal sugere, como forma de mitigar esse risco, que o poder concedente, ao longo do processo licitatório, requeira a apresentação de carta de uma instituição financeira confirmando uma linha de crédito, nos valores compatíveis para o projeto, para o parceiro privado.

O Estado pode ainda, antes da licitação, segundo Maurício Portugal, angariar instituições financeiras para o projeto.

Pelo contrato, a alocação do risco se encontra com o parceiro privado. Assim está disposto no item 34.1 da cláusula trigésima quarta do contrato. Vejamos:

34.1 Contratação de Financiamentos. A Concessionária será diretamente responsável pela contratação dos Financiamentos necessários à execução das Obras e à adequada prestação do serviço, podendo escolher, a seu critério e de acordo com sua própria avaliação, as modalidades e os tipos de financiamento disponíveis no mercado, em moeda nacional ou estrangeira, assumindo os riscos diretos pela liquidação de tais Financiamentos. Estão contidas no Plano de Negócios as premissas financeiras adotadas pela Concessionária para fins de formulação de sua Proposta Econômica.⁶¹

⁶¹ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.48. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

Além da alocação do risco de acordo, nota-se que foi organizada no contrato, através plano de negócios e proposta econômica, contida no anexo 6 do mesmo, a modelagem econômica do projeto colocada já no edital, ainda antes do processo licitatório.

Apesar de o risco estar alocado no contrato junto ao parceiro privado, existem algumas cláusulas contratuais do contrato, ora analisado, que auxiliam o parceiro privado a conseguir através de faculdades contratuais garantidas a ele nos itens 34.2 e 34.3 conforme se apresenta abaixo:

34.2 Direitos Emergentes da Concessão. A Concessionária poderá oferecer em garantia dos Financiamentos por si contratados ou como contra-garantia de operações de crédito vinculadas ao cumprimento das obrigações deste Contrato os direitos emergentes da Concessão, ai expressamente abrangidos os direitos creditórios relativos à Contraprestação Pública, e os bens porventura adquiridos pela Concessionária em conexão com o Serviço, podendo, para tanto ceder fiduciariamente, vincular, empenhar, hipotecar, gravar, ou por qualquer forma constituir ônus real sobre os direitos principais e acessórios aqui referidos, desde que o oferecimento de tais garantias não inviabilize ou impossibilite a continuidade de execução do Serviço objeto deste Contrato. Em caso de reversão dos bens móveis, a garantia sobre eles constituída sub-rogar-se-á no direito de indenização, conforme previsto neste Contrato, ressalvada a ordem de prioridade estabelecida de acordo com a precedência de registro ou, em caso de falência ou recuperação judicial, nos termos da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.⁶²

34.3 Garantia de Ações. Também poderão ser oferecidas em garantia de Financiadores as ações representativas do capital social da Concessionária, inclusive do Bloco de Controle, neste último caso com prévia autorização do Poder Concedente, sob forma de cessão, usufruto ou penhor, ai, expressamente abrangida todos os títulos, valores mobiliários, respectivos rendimentos (dividendos e juros sob capital próprio) e quaisquer outros bens eventualmente adquiridos com o produto da realização de tal garantia.⁶³

⁶² COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.48-49. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

⁶³ COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.49. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

No item 34.4 é possível enxergar a liberalidade dada pelo poder concedente para o oferecimento de garantias aos financiadores das ações, inclusive do bloco de controle (com prévia autorização), do parceiro privado.

No item 34.3 já é possível enxergar a possibilidade de oferecer como garantia a seus financiadores as operações de crédito vinculadas às obrigações contratuais avençadas no contrato, inclusive o das Contraprestações Públicas.

Esses dois itens sem dúvida tornam mais simples os esforços depreendidos pelo parceiro privado em conseguir os financiamentos desejáveis; portanto, mitigam esse risco contratual.

3.2.9 – Risco de não pagamento pelo poder concedente

As receitas abaixo do estimado podem prejudicar o pagamento da contraprestação pública. Por se tratar de uma concessão administrativa, e o único cliente ser a Administração Pública, deve ser bem estruturada a forma de pagamento da contraprestação pública.

No contrato de PPP da revitalização da região portuária do Rio de Janeiro, a forma de pagamento se dá através dos Certificados de Potencial Adicional de Construção CEPAC(s).

Este instrumento foi criado pela Lei Federal 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, com o objetivo de possibilitar o financiamento de grandes obras previstas em Operações Urbanas, sem que o município precise utilizar recursos vinculados ao orçamento municipal, tendo sido regulado pela Instrução 401/03 da CVM - Comissão de Valores Mobiliários.

Com a emissão dos CEPAC(s) são gerados os chamados “direitos adicionais de construção” nas áreas definidas pelas Operações Urbanas. A Lei Municipal Complementar 101/2009 amplia o potencial construtivo na área da região do porto e com a venda desses a Administração remunera o parceiro privado.

Aqui vamos encontramos certa divergência dos autores com a alocação contratual desse risco no contrato ora analisado. Não com a alocação contratual exatamente, pois nos dois casos ela se encontra o parceiro privado, porém com o conceito trazido pelo autor e o adotado no contrato.

Para Maurício Portugal, devem ser as garantias dadas pelo poder público para conseguir atrair o parceiro privado, além de muitos fatores que mitigam esse risco. Vejamos:

“Esse risco é geralmente alocado no parceiro privado, mas com diversos mitigantes para que o parceiro privado se sinta confortável em entrar no projeto”⁶⁴

No contrato de PPP do porto maravilha, aparentemente, houve muito confiança na capacidade remunerativa dos CEPAC(s) e as garantias e as formas de mitigar esse risco não apareceram no contrato.

As únicas formas citadas são a multa por atraso (que não garante o pagamento verdadeiramente) e a fiscalização da situação contábil da concessionária.

Assim, mesmo com a aceitação do parceiro privado, a falta de interesse na compra de CEPAC(s) pode ser muito onerosa às partes. Pode gerar atrasos no pagamento da contraprestação pública, por conseguinte, multas ao parceiro público podem gerar também pagamentos parciais, atrasos na obra e dessa forma torná-la onerosa demais a uma das partes.

Nesse sentido, apesar da grandiosidade do projeto e da aparente boa rentabilidade dos CEPAC(s) a configuração adotada de poucas garantias e de poucos instrumentos de mitigação desse risco, se encontram distantes das posições tomadas pelos autores aqui analisados.

Confiou-se demais que o avanço do mercado imobiliário da cidade, que cresceu entre 2009 e 2013, principalmente, iria garantir o pagamento da Contraprestação pública. Entretanto, vê-se na verdade uma retração desse mercado no ano de 2014. Conforme essa visão temos a matéria jornalista do jornal O Estado de São Paulo, de título “*Até agora, só um projeto foi vendido no Porto Maravilha*”, que em um trecho apresenta essa problemática do projeto:

“A desaceleração do mercado imobiliário e impasses na negociação entre a Caixa e incorporadores estão atrasando empreendimentos privados no Porto Maravilha, projeto de revitalização da região portuária do Rio, um investimento de cerca de R\$ 8 bilhões em infraestrutura urbana”.⁶⁵

⁶⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011p. 88

⁶⁵ Marina Durão e Vinícius Neder/ RIO, **Até agora, só um projeto foi vendido no Porto Maravilha – O ESTADO DE SÃO PAULO – 21 de Julho de 2014**, disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ate-agora-so-um-projeto-foi-vendido-no-porto-maravilha-imp,1531715>

Nesse sentido, apesar da fiscalização ser apontada por Maurício Portugal como uma das formas de mitigação desse risco, ainda fica muito aquém da teoria trazida pelos autores.

3.2.10 – Equilíbrio Econômico-Financeiro e término antecipado do contrato.

A forma de mitigação mais comum dos riscos, nos contratos administrativos em geral, e que é conseqüentemente a mais abrangente quanto aos diferentes tipos de mitigação do risco também, aparece no contrato de PPP do porto maravilha se encontra junto com as situações de caso fortuito e força maior e já foi anteriormente explicitada.

Quanto ao término antecipado do contrato, temos as cinco possibilidades presentes nas cláusulas vigésima oitava, vigésima nona, trigésima, trigésima primeira e trigésima segunda que tratam da encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência respectivamente.

Esse risco é extremo no contrato e a alocação do risco de indenizar o parceiro privado pelos investimentos amortizados em bens empregados é crucial na montagem contratual, e mais que isso é obrigação legal ter essas cláusulas no contrato.

A ideia acima é o que está disposto nos arts. 36 a 39 da lei 8.987/95. Ali se encontram os dispositivos que versam tanto quanto obrigação do parceiro privado transferir a posse e operação dos ativos para o Poder Público quando do término do contrato, quanto a obrigação do Poder Público de indenizar as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

CONCLUSÃO

Ao fim da análise empreendida, é possível observar diversos pontos importantes, primeiramente em relação aos autores em que esta análise se baseou; às práticas adotadas utilizadas no contrato de PPP do Porto Maravilha; à conformidade destas com a visão dos autores; ou eventualmente, a distancia da prática para a teoria na alocação de riscos para os contratos de PPP na lei 11.079/2004.

Em primeiro lugar, após a leitura dos dois autores em que se embasa esta monografia, observa-se que temos diferentes focos em suas obras quanto ao risco nos contratos de PPP.

Kleber Luiz Zanchim parece muito mais preocupado com a tipologia do risco, em definir os riscos que ele considera mais importantes, dessa modalidade de contratação. Dessa forma, o autor busca mais adentrar a fundo na teoria sobre os riscos e alocação destes dentro do contrato de PPP, de forma a subsidiar a prática não de forma exaustiva, mas de forma genérica dentro da tipologia apresentada.

Por esse motivo, na primeira parte dessa obra ele é mais utilizado como referência do que Maurício Portugal Ribeiro. Como sua obra é muito mais específica e adentra mais o campo da teoria das áleas contratuais dessa espécie de contrato administrativo, essa apresenta mais subsídio para a primeira parte dessa obra.

Por outro lado, Maurício Ribeiro Portugal, em sua obra Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos apresenta uma abordagem muito mais prática quanto à distribuição do risco. Essa sua obra preocupa-se mais em descrever as possibilidades de materialização negativa desse risco e as formas de mitiga-los.

Dessa forma, a obra de Maurício Ribeiro Portugal é muito mais útil para uma abordagem direta, por exemplo, da confecção do contrato, ou como realizado nessa obra, a análise de um contrato. Porém, como sua obra aqui analisada não é focada na teoria desta distribuição, diante de um risco que não esteja ali especificado, torna-se mais difícil, tanto a alocação deste, quanto encontro de possíveis formas de mitigação.

Nesse sentido, ocorreu maior utilização da obra de Maurício Portugal na segunda parte do trabalho, isto é na análise do contrato de PPP da região portuária do Rio de Janeiro. Mais simples torna-se a análise com esta obra, a tabela ali descrita é uma forma direta da para descrição, alocação, e formas de mitigação do risco.

Na obra de Kleber Luiz Zanchim, torna-se mais difícil identificar a alocação e formas de mitigação ali apresentadas, isto porque a maior parte se infere da teoria por ele apresentada.

Quanto às práticas adotadas no contrato de PPP do contrato ora analisado, é possível chegar à conclusão que muitas das práticas de alocação dos riscos contratuais também foram utilizadas neste contrato. Excetuando-se algumas diferenças de visão também encontradas pelos autores, muito se assemelham as práticas adotadas na confecção deste contrato.

Tem-se, sem dúvida, das práticas utilizadas nesse contrato, à distribuição e às formas de mitigação dos riscos mais próximas da abordagem de Maurício Portugal Ribeiro do que das apresentadas por Kleber Luiz Zanchim. Consequência, provavelmente, da praticidade e forma mais direta oferecida pela abordagem de Maurício.

As diferenças encontradas estão muito mais presentes na mitigação dos riscos do que na alocação destes. Entretanto a forma de mitigação da contraprestação pública esta bem distante da doutrina dos dois. Aparentemente a confiança no potencial da região e talvez das já famosas belezas naturais da cidade foi suficiente para convencer o parceiro privado da certeza destas.

Conforme visto também, a cláusula que aloca o risco ambiental está divergente da doutrina apresentada por Kleber Luiz Zanchim. Apesar de a cláusula apresentar a ideia do autor em relação à incumbência do parceiro privado de buscar os licenciamentos e se ater as obrigações ambientais durante a obra, esta é vaga quanto à interação, muito importante na visão de Zanchim conforme visto no capítulo anterior, do poder público e do poder privado que devem se preocupar em ultrapassar juntos esse risco e não em à quem imputá-lo.

Por fim, deixa aberta a possibilidade de o parceiro privado arcar com os custos ambientais, alocação que diverge da do autor que a coloca com o parceiro público conforme também apresentado no capítulo anterior.

Mesmo sob a ótica da responsabilidade, não é do interesse do poder concedente, muito menos se coaduna com o interesse público que um imóvel tombado, por exemplo, seja demolido pelo parceiro privado, mesmo que ele seja indenizado posteriormente por isso. Assim, aquele com maior capacidade de analisar essa questão deveria assumir esse risco, isto é, o poder concedente.

Não obstante, muito do que se encontra no contrato está de acordo com as ideias dos dois autores aqui estudados, a questão da nota de desempenho da concessionária que garantem um formato de medição mensal e trimestral da qualidade do serviço da Concessionária. Sem contar na graduação feita, parece bastante com o que apresenta Maurício Portugal Ribeiro, na parte do livro em que ele analisa especificamente essa parte

As formas de mitigação do risco de financiamento do projeto, além de seguirem a prática trazida pelos dois eminentes autores, foram ampliadas. Uma maior liberdade foi concedida ao parceiro privado para poder conseguir financiamento necessário para o projeto.

Talvez pela grandeza do projeto e da complexidade de escopo tenha sido dada essa maior atenção, pelos envolvidos na confecção das cláusulas, a esse risco. Esses itens contratuais ampliam as chances de encontrar opções de financiamento no mercado. Principalmente, a cláusula que habilita poder dar em garantia as obrigações contratuais (referentes às contraprestações públicas) acordadas no contrato.

O risco trabalhista, também de acordo com os dois autores aqui analisados, foi alocado junto ao parceiro privado numa com a criação das três obrigações contratuais mais importantes para retirá-lo do parceiro público. Sendo estas três: a obrigação criada ao parceiro privado de cumprir a legislação trabalhista, tanto para seus funcionários quanto para seus contratados, e subcontratados; a responsabilidade sobre os prejuízos causados pelo descumprimento desta legislação também pelos três grupos citados; e o direito de indenização pelos prejuízos causados ao poder concedente pela não observância desta obrigação de cumprimento desta legislação.

A alínea trabalhista, principalmente na área de construção (pelas particularidades da CLT para os contratos de empreitada), e em vista da particularidade brasileira de um protecionismo maior nesta área, gera o potencial de prejuízo enorme caso não haja extremo desta.

Como vimos no capítulo anterior, a melhor alocação é com o parceiro privado, pois o mesmo tem mais condição de fiscalizar seus contratados e subcontratados que o poder concedente. Além disso, a idoneidade e capacidade das empresas contratadas em gerenciar tais riscos pode ser mais bem encontrado pelo parceiro privado, isto tendo em vista a expertise que este detém quando se trata da área de sua atuação.

Apesar de alguns pontos de desencontro apresentados nesta conclusão, o projeto de revitalização da região portuária do Rio de Janeiro promete transformar a cidade que será o palco e cartão de visitas das Olimpíadas de 2016.

Não somente essas, mas outras concessões na modelagem de Parceria Público-Privadas estão ocorrendo na cidade. Foi criada inclusive uma secretaria municipal somente referente ao gerenciamento de parcerias público-privadas. O nível de investimento e os avanços das obras devem modificar um pouco a situação de queda do mercado imobiliário nesta região e talvez mitigar o problema apontado nesta obra.

O interesse, das incorporadoras e dos investidores, é a alma da remuneração da PPP de revitalização da região portuária. Os financiadores do parceiro privado, se existirem, se não recebem pelo atraso do ente público em remunerar a Concessionária, gera, não só uma instabilidade, mas também a incidência de multa e juros em relação aos empréstimos tomados. E nesse sentido que os autores trazem a importância da organização contratual para esse ponto.

A ideia do projeto não está somente ligada à estética da região. Esta busca promover a reestruturação urbana AEIU, por meio da ampliação, articulação e requalificação dos espaços livres de uso público da região do Porto, visando à melhoria da qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, e à sustentabilidade ambiental e socioeconômica da região.

O ganho para a cidade, neste sentido, é imenso, tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista social e ambiental, trazendo a região central da cidade de volta ao que já foi um espaço de beleza natural incomparável.

Assim a população carioca também conta com o sucesso desse projeto, e para isso que este trabalho foi direcionado. A tentativa de análise desse contrato, do ponto de vista da distribuição e tipologia do risco, com base nos autores Kleber Luiz Zanchim e Maurício Portugal Ribeiro, nada mais é do que uma tentativa de compreender melhor esse projeto do ponto de vista jurídico, ou pelo menos a organização deste.

BIBLIOGRAFIA

COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – CDURP. Contrato de PPP versão final. p.48-49. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/conteudo/contratos/Contrato%20PPP%20vers%C3%83%C2%A3o%20final.zip>

DURÃO Marina e NEDER Vinicius/ RIO, **Até agora, só um projeto foi vendido no Porto Maravilha** – O ESTADO DE SÃO PAULO – 21 de Julho de 2014, disponível em: http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ate-agora-so-um-projeto-foi-vendido-no-porto-maravilha_imp,1531715

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**.13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, V 13, N. 25, P 155-182, Jun. 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1. ed. São Paulo. Atlas S.A., 2011

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.