

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 8 | n. 3 | setembro/dezembro 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## **Compartilhamento de incentivos, riscos e resultados negociais na gestão pública contemporânea: abordagem pelas parcerias público-privadas**

*Sharing incentives, risks and negotiating results in  
contemporary public management: public-private partnerships  
approach*

**Maria Marconiete Fernandes Pereira\***

Centro Universitário de João Pessoa (Brasil)

mmarconiete@gmail.com

**Valéria Fernandes de Medeiros\*\***

Centro Universitário de João Pessoa (Brasil)

valeriafernandes.adv@gmail.com

Recebido: 31/08/2017

Received: 08/31/2017

Aprovado: 25/09/2017

Approved: 09/25/2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes; MEDEIROS, Valéria Fernandes de. Compartilhamento de incentivos, riscos e resultados negociais na gestão pública contemporânea: abordagem pelas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 545-565, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18993.

\* Professora de Direito do Centro Universitário de João Pessoa (João Pessoa-PB, Brasil). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral do Estado da Paraíba. E-mail: mmarconiete@gmail.com

\*\* Professora do Centro Universitário de João Pessoa (João Pessoa-PB, Brasil). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Integrante do Grupo de Pesquisa LABIRINT/UFPB. Advogada. E-mail: valeriafernandes.adv@gmail.com

## Resumo

O presente artigo busca examinar o contrato administrativo aplicável às concessões de parcerias público-privadas. A abordagem é feita numa perspectiva da operacionalidade da Administração Pública na prestação de serviços públicos e na estipulação das cláusulas contratuais. Tem por objetivo identificar, no ajuste dos contratos administrativos, os critérios de desempenho de incentivos, os riscos e os resultados a serem compartilhados entre as entidades participantes. A abordagem metodológica aponta-se qualitativa, na qual se utilizará de levantamento legal e doutrinário na literatura jurídica e econômica. Na pesquisa, constata-se que a formatação contratual será alcançada quando os atores convergirem para um ambiente institucional de incentivos. Esse instrumento jurídico deve permitir que a iniciativa privada participe de forma efetiva, desse mercado, em termos de negócios públicos. Para tanto, é fundamental o compartilhamento de riscos entre os setores público e privado, buscando atingir resultados com base em parâmetros de desempenho de melhorias.

**Palavras-chave:** parceria público-privada; contrato; incentivos; riscos; gestão pública.

## Abstract

*This paper examines the administrative contract applicable to Public-private Partnerships (PPP). The approach is made from an operability of the Public Administration perspective in the provision of public services and in the contract clauses settlement. The main purpose of this paper is to identify, in the adjustment of administrative contracts the performance criteria of incentives, risks and results to be shared among the participating entities. The approach methodological is qualitative using legal and doctrinal investigation in juridic and economic literature. The research found that contractual collaboration will be achieved when the actors converged in an institutional environment of incentives that allow private initiative to participate effectively in this market, in terms of public affairs. For that, its fundamental share risks between public and private sector with results based on performance parameters of improvements.*

**Keywords:** public-private partnership; contract; incentives; risks; public administration.

## Sumário

1. Introdução. 2. Ambiente institucional de incentivos. 3. Ambiente de relações complementares. 4. Ambiente relacional. 5. Compartilhamento de riscos: identificação e alocação. 6. Resultados: desempenho com base em parâmetros e indicadores. 7. Conclusão. 8. Referências.

---

## 1. Introdução

O estudo do contrato administrativo aplicável às concessões de parcerias público-privadas não tem a pretensão de demonstrar a evolução histórica do instituto, visto que o interesse da análise recai sobre o compartilhamento do risco entre os parceiros, os resultados contratuais advindos, com base em parâmetros e indicadores de desempenho, e a incompletude contratual. Essa proposta realça a perspectiva da estrutura jurídica vinculada à operacionalidade do contrato administrativo que assegura a prestação de serviços públicos. Nesse sentido, pretende “buscar o que há de essencial na categoria jurídica contrato, tomada em seu aspecto substancial” (ALMEIDA, 2012, p. 66).

O contrato administrativo tradicional vem passando por uma nova leitura, a partir do final do século XX, assumindo um importante papel organizativo central na relação entre administração pública e administrado. Esse novo enfoque ocorre em consequência das mutações do direito administrativo, acompanhando as tendências mundiais de *fuga para o direito privado*. Embora o instrumento jurídico seja dotado de relações e peculiaridades próprias, uma cultura jurídica intrínseca deveria ser aplicada no seu ordenamento.

As inquietações em torno dos instrumentos contratuais vêm sendo verificadas desde o período colonial. Conforme se pode verificar nos relatos, discutem-se os elementos de disputa entre os setores público e privado. Os principais aspectos envolvem a procedimentalização pormenorizada, receios dos agentes em desvirtuar o espírito dos instrumentos contratuais, timidez na aplicação de uma linguagem contemporânea, patrimonialismo e aceitação das regras econômicas. Estes são traços ensejadores de influências política e econômica presentes em formatos organizativos da administração pública. Como se sabe, os contratos públicos exercem funções estratégicas dentro de uma organização, na medida em que permitem a aquisição de materiais e serviços para o funcionamento da máquina administrativa, destacando-se como meio de cooperação para o desenvolvimento.

O Estado tem, no instrumento contratual, uma estratégia fundamental, entre suas atividades, para impulsionar e prover sua operacionalização. Essa ferramenta permite que o poder público e a empresa privada se submetam aos termos e ajustes estabelecidos nos contratos, mesmo que haja finalidades antagônicas. Na perspectiva de abranger os mais diversos ajustes, a colaboração entre as entidades públicas

ou entre estas e o setor privado envolve uma pluralidade de atores, resultante do surgimento de novas figuras vinculadas à contratualização. Trata-se de um instrumento de aperfeiçoamento de contratação com vista à prestação de serviço de qualidade. Esse instrumento contratual visa a atingir o desempenho almejado. Para tanto, utiliza critérios de avaliação objetivamente definidos, nos quais são estabelecidos compromissos mútuos e eficazes, definindo-se os meios e as metas, de forma comum, entre as partes.

Convém frisar que o termo “contratualização” é mais abrangente do que o contrato, pois engloba uma gama de atividades para estabelecer relações entre as pessoas jurídicas. Desse modo, dá-se a substituição das relações comandadas pela subordinação, adotando-se novas modalidades de relações fundadas na discussão e na negociação. Nesse sentido, o legislador constitucional submeteu o sistema contratual ao regime de concessão de serviços públicos, como veículo de relação entre terceiros para prestação de serviços em segmentos específicos. Esse regime possui instrumentos de previsões mais rigorosos, garantindo a qualidade no desempenho dos serviços. Com isso, é possível descrever a vontade das partes em termos de responsabilidade e obrigação, identificando o cumprimento de atividades para cada parte individualmente considerada.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o contrato administrativo de concessões em regime de parcerias público-privadas, abordando a complexidade de aplicação em serviços estruturantes. Estuda, por um lado, o ambiente relacional institucional entre os parceiros e, por outro, a inter-relação dos parceiros no compartilhamento dos riscos que podem ocorrer em um ambiente econômico complexo. A metodológica terá por suporte o método dedutivo, de modo a permitir um raciocínio linear na análise. Busca-se, com isso, um melhor entendimento do contrato administrativo nesse ambiente comercial de prestação de serviços públicos. Embora a pesquisa esteja inserida num contexto jurídico, faz-se pertinente a aplicação de instrumentos da economia, de modo que a ordem econômica constitucional e o comportamento dos atores econômicos convirjam para uma melhor qualidade nos serviços.

## **2. Ambiente institucional de incentivos**

As parcerias público-privadas permitem um engajamento dos dois setores, público e o privado, como participantes diretos dos arranjos jurídicos. No universo desse instrumento, cabe à representação do setor público conduzir o procedimento para o fornecimento de serviços, por meio da concessão patrocinada ou da concessão administrativa. No propósito de buscar a eficiência pela via das parcerias público-privadas, os participantes desse processo devem imbuir-se do sentido de cultura gerencial e de responsabilidade social, estabelecendo um sólido e eficaz inter-relacionamento, o qual resultará na oferta de bons serviços aos usuários. Existem argumentos favoráveis e contrários quanto à participação da administração pública em ações e serviços, nos mesmos moldes da iniciativa privada.

Nos projetos de formatação para a instalação dessas parcerias público-privadas, utilizam-se mecanismos institucionais, jurídicos e financeiros, tendo em vista sua composição extremamente complexa, diferentemente do que ocorre nos tradicionais modelos de concessão de serviços públicos. Há, por exemplo, uma preocupação do governo em criar um suporte de financiamento. Provê também o respectivo ato normativo para permitir a inserção de investimentos da iniciativa privada, por meio de instituições de fomento. Em outras palavras, os arranjos institucionais proporcionados para o estabelecimento de parcerias público-privadas contribuem para a melhoria de fornecimento de serviços à população. Nesses arranjos, leva-se em consideração a inter-relação das estruturas básicas da economia, sociedade e ambiente institucional. Essas estruturas compreendem fundamentos valorativos, favorecendo a escolha de políticas públicas e diretrizes adequadas. Em todo esse processo, devem ser levadas em consideração a eficiência de meios e resultados, a responsabilidade fiscal e a transparência. Também a repartição de riscos deve atentar para os direitos do particular e a sustentabilidade do projeto.

Nesse ambiente de incentivos, o principal objetivo do Estado é atender os interesses da sociedade como um todo e não, somente, a implementação do ambiente jurídico à institucional favorável ao funcionamento desse instrumento. Diante disso, com base no fator econômico, esse sistema de parcerias garante uma distribuição equitativa de participações entre o privado, o público e o usuário, sustentado por uma sólida estrutura social. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o papel do

Estado é assegurar um elevado nível de eficiência, equidade e sustentabilidade, que seja aceitável por todos os stakeholders, dentro de uma determinada sociedade (URIO, 2010, p. 34-35).

A participação do setor privado e a mobilização das instituições financeiras, incluindo-se os organismos multilaterais, geram um processo de transição da prestação de serviços públicos, operacionalizando-a através de parcerias negociais. Para tanto, o ambiente de investimentos deve ser percebido de forma transparente<sup>1</sup>. Deve, portanto, demonstrar as vantagens e desvantagens de cada área, os riscos e as garantias de solvência, bem como o método de aferição do desempenho dos serviços que estão sendo postos à disposição dos cidadãos. Ademais, o propósito teleológico das parcerias entre os atores público e privado é proporcionar serviços com resultados eficientes. Os setores envolvidos devem buscar maximizar seus pontos fortes e minimizar seus pontos fracos (URIO, 2010, p. 37-38).

### **3. Ambiente de relações complementares**

Os projetos de parcerias público-privadas envolvem a participação de diversos atores no seu processo de construção. De um lado, exigem a participação de um órgão público, com diferentes interesses e estruturas organizacionais distintas, estabelecendo um relacionamento comercial com vista aos interesses dos usuários. De outra parte, o setor privado não se restringe a determinada empresa ou consórcio participante do processo de licitação. Há também o envolvimento de organismos multilaterais, como o Banco Mundial, que fornecem serviços de consultoria ou de intermediação aos financiamentos provenientes de instituições financeiras (DELMON, 2010). Acrescente-se que as instituições de fomento, especialmente os bancos de desenvolvimento, a exemplo do BNDES, assumem papel expressivo como financiadores de concessões. Dessa forma, contribuem para a redução de probabilidades de eventos que possam afetar a liquidez do investimento.

A administração pública autoriza a abertura de procedimento para a contratação de obras ou serviços, por meio de uma autoridade competente integrante do órgão responsável. A motivação toma por base pareceres

---

<sup>1</sup> Segundo Jeffrey Delmon (2010), a parceria público-privada deve ser adotada de maneira transparente, principalmente em relação ao ambiente de investimentos. Quando os projetos não são conhecidos de forma clara ou não são revelados em sua integridade, podem levar ao fracasso. Conseqüentemente, acarretarão o dispêndio de dinheiro e de tempo para o Estado e para o setor privado.

consubstanciados em fatores de sustentabilidade financeira e fiscal. Observa-se também a importância da alternativa de financiamento privado para alcançar melhorias na prestação de serviços nas áreas delimitadas. Os prováveis concessionários ou parceiros se habilitam, segundo o objeto licitado. Podem participar de forma individual ou por consórcios privados, em que haja combinação de expertise e de meios de financiamento. Uma estrutura de compartilhamento dos riscos pode ser construída entre os parceiros, de acordo com a expertise, garantindo-se o gerenciamento dos projetos. O desafio dessa interação encontra-se no enfrentamento das incertezas geradas a partir da perspectiva da duração do contrato de longo prazo. Em razão disso, o compartilhamento deve ser proporcional ao valor agregado para os parceiros.

Segundo Richard M. Steinberg (2007), “a incerteza emana da incapacidade de se determinar com precisão a probabilidade de ocorrência de determinados eventos e impactos a eles associados”. Por isso, a estabilidade do ambiente gerador do procedimento licitatório sustenta-se na fase interna de planejamento e na estrutura contratual definida. A matriz pode prever que o risco maior seja alocado para o setor público ou privado. Essa preparação *ex ante* é fundamental para a escolha e posterior, relacionamento contratual entres os parceiros.

A participação do setor privado caminha em direção ao ciclo de inovações. Nesse novo contexto, os investidores privados assumem atividades em infraestrutura pública, ante a necessidade de comprometimento fundamental de segurança jurídica e creditícia. Por isso, as parcerias público-privadas devem assegurar compromissos regulamentares e contratações adequadas, a fim de que os investidores privados tenham um ambiente de incentivo e capacidade de financiamentos (GRAY, 2001). O contrato de longa duração, o financiamento assegurado em parte pelo setor privado, o papel do agente econômico e a identificação dos riscos a serem compartilhados entre o setor público e o setor privado constituem elementos caracterizadores centrais para a implementação das parcerias público-privadas (COMISSÃO EUROPEIA, 2004). Os parâmetros convencionados para o fornecimento dos serviços devem atender às mutações do contrato de longa duração dentro dos limites traçados. O contrato deve adaptar-se a mudanças, tais como, ao modelo



socioeconômico, ao avanço tecnológico (AZEVEDO, 2009) e à sustentabilidade do empreendimento.

Nessa relação, os atores precisam levar em consideração a capacidade de conhecimento do produto, os meios financeiros adequados e os aspectos econômicos. Essa interação transacional permite o compartilhamento dos recursos envolvidos, inclusive os complementares. O principal aspecto econômico da formação de parcerias público-privadas consiste no financiamento privado, com destaque para a parte financeira. Nesse sentido, os atores privados levam em conta a rentabilidade dos projetos e seu objetivo, compatibilizando-os com as metas internas da empresa. Já para os agentes públicos, o acréscimo de rentabilidade revela-se por meio das receitas sociais (BULT-SPIERING, 2006, p. 27). A relação de parceria entre o público e o privado cria uma expectativa de valores a serem alcançados pelas partes, destacando-se os seguintes (BULT-SPIERING, 2006, p. 21-29):

Valor incorporado ao conteúdo: Nessa fase do projeto, a inserção de melhorias de qualidade e a inovação buscam formas de integrar os acréscimos aos empreendimentos públicos. Nesse caso, a participação do setor privado é salutar, devido à sua capacidade de competição no mercado em relação ao custo e benefício.

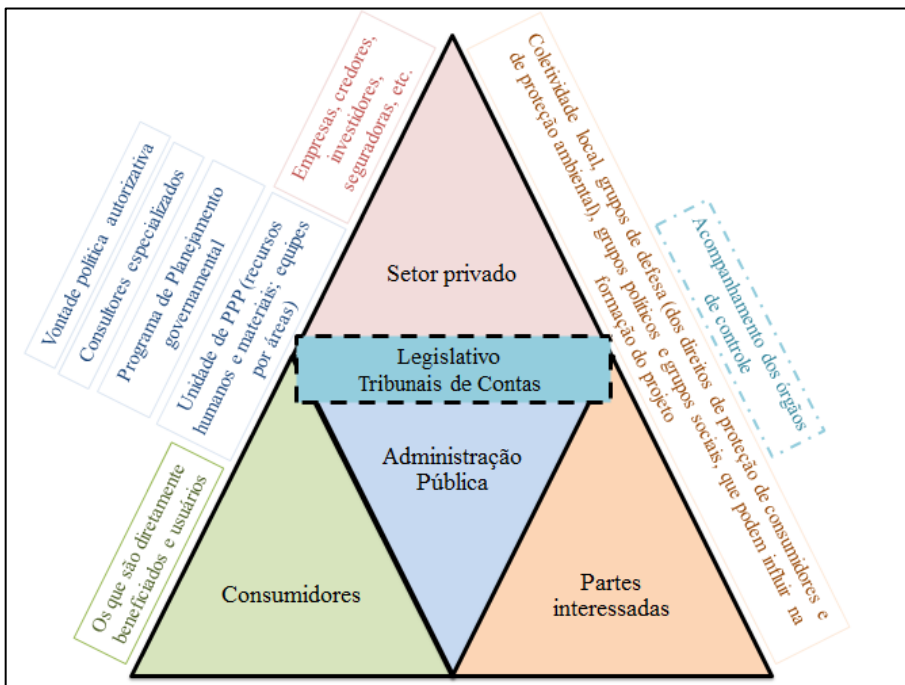
Valor integrado ao processo: Durante a estruturação da parceria, os objetivos e interesses devem ser ajustados em função do conhecimento e do objeto a ser implantado. Nessa fase, os atores se complementam. O ator público detém o domínio em relação aos procedimentos e às inserções políticas. Já o ator privado possui eficácia e eficiência para a alocação de recursos financeiros.

Valor adicionado ao financeiro: Essa meta poderá ser alcançada pelo compartilhamento de riscos e pelo acompanhamento da produtividade em relação à contraprestação aos usuários pelo custo e pela qualidade do serviço.

Valor anexado às externalidades de projetos e iniciativas: A evolução das áreas adjacentes ameaça áreas determinadas.

#### **4. Ambiente relacional**

A decisão de criar um ambiente relacional capaz de contemplar as ponderações depende do modelo institucional do país, levando-se também em consideração a importância dos participantes envolvidos. Esse ambiente relacional entre os atores envolvidos apresenta objetivos distintos, mas complementares, quais sejam: administração pública, setor privado, consumidores e partes interessadas. Os atores envolvidos no processo de criar um ambiente de PPPs, conforme a figura abaixo mostra os elementos dessa relação:



Fonte: Elaborada pelas autoras, com base em DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. Washington, DC: The World Bank Group, PPIAF, 2010.

Nota: Adotou-se uma inter-relação com a realidade da legislação de PPP do Brasil.

A capacidade institucional de obtenção de sucesso advém dos recursos humanos. Eles são os mais indicados para atuarem no processo de consolidação das parcerias público-privadas. Devem ter experiências e conhecimento multidisciplinar prévio sobre essas parcerias. A capacidade institucional deve ser formada com o objetivo de criar um ambiente

organizacional favorável. Para tanto, é fundamental a instalação da unidade vinculada a um Ministério ou Secretaria. Um ambiente institucional adequado requer a definição dos projetos prioritários. Deve também levar em conta as possíveis “viáveis, a fim de evitar a concentração em projetos mais rentáveis, em detrimento de projetos estratégicos para as administrações públicas” (DELMON, 2010). Nesse ponto, deve-se acautelar da influência política, adotando critérios que resguardem, prioritariamente, o interesse da coletividade.

Além disso, há a necessidade de se definirem os serviços que devem ser executados no regime de parceiras público-privadas. Em seguida, são estabelecidos os critérios para uma provável contratação, como também para subsidiar a análise de aspecto como conveniência e oportunidade. Esses propósitos envolvem algumas fases necessárias, como: a) identificar os projetos prioritários, de acordo com a necessidade real; b) decidir pela opção do regime de PPP; c) justificar a escolha em comparação com a concessão comum, com base em pareceres técnicos de viabilidade, nos quais fiquem demonstrados os ganhos econômicos, fiscais, ambientais e sociais.

Outrossim, os estudos de mercado precisam ser realizados com ênfase nos ganhos macroeconômicos proporcionados pelos projetos da área pretendida para futura implantação do regime, bem como nos benefícios para o governo e o consumidor. Devem também analisar as facilidades de acesso aos serviços e as tarifas prováveis, de acordo com a capacidade contributiva dos usuários. Nesse caso, identifica-se a necessidade de tarifas sociais para determinadas camadas da população, como também os incentivos ao setor privado, como, por exemplo, a demanda e a taxa de retorno.

Os projetos mal concebidos contribuem para o enfraquecimento de todo o programa ao longo do processo. Isso acontece quando são apresentados fundamentos frágeis (DELMON, 2010) em sua capacidade institucional de escolher projetos considerados viáveis, sob a perspectiva política. Por isso, é necessária a construção do plano de parceria público-privada, exigindo-se também o acompanhamento e a avaliação da execução, através do monitoramento sistemático e de procedimentos de rotinas. Há ainda a necessidade de realizar sondagens de mercado, a fim de identificar projetos viáveis.

## **5. Compartilhamento de riscos: identificação e alocação**

Em decorrência das inúmeras atividades a serem construídas e desenvolvidas pelas parcerias público-privadas, nascem também as variedades e as diversidades de itens que se relacionam com o sistema de risco. Convém lembrar que o risco é um componente que faz parte de qualquer negócio, inclusive público. Alguns desses riscos envolvem itens referentes à demanda do negócio, ao projeto, ao campo jurídico, regulamentar, financeiro, ambiental e social, ao tipo de exploração, entre outros. Nesse aspecto, os riscos fazem parte de uma das matrizes construtivas do contrato administrativo de concessão, quando se trata de parcerias público-privadas.

No sistema brasileiro, os riscos ganham status no âmbito administrativo contratual, em razão de dispositivos previstos na Lei das Parcerias (Lei nº 11.079/2004). A citada lei inclui como um dos itens nas diretrizes a “repartição objetiva de riscos entre as partes”, consoante uma perspectiva de melhorias a otimizar a execução do objeto, conseqüentemente, do contrato. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada ampliam sua abrangência, inclusive, nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Os riscos podem ser observados ainda na prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução que sejam suficientes e compatíveis com os ônus. Exige-se, no entanto, que sejam observados os limites das garantias contratuais, tais como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Em razão disso, caso o contratado envolva alta complexidade técnica e custos financeiros expressivos, os riscos devem ser demonstrados em parecer técnico aprovado pela autoridade competente. Na análise dos projetos, identificam-se três momentos caracterizadores da concepção de riscos aplicados às parcerias público-privadas: a) diretrizes de contratação; b) cláusulas contratuais asseguradoras da repartição dos prejuízos, se ocorrerem caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária; c) observância das garantias.

Nessa espécie de parceria, os dois principais vetores são: a) escolha do parceiro hábil para assumir o risco (aquele que possuir maior controle sobre o fator); b) atribuição do risco (parte mais capaz de assumi-lo) (GUASCH, 2004, p. 121). No primeiro, identifica-se aquele parceiro que tem condições de gerir o risco; no segundo, não há uma base concreta que possa verificar a

possibilidade de os parceiros suportarem os riscos. Em consequência, buscam-se agentes privados para agregar sua expertise, por exemplo, as seguradoras.

Os riscos tornam-se um elemento fundamental na estruturação do contrato. Isso ocorre em decorrência dos fatores que podem trazer resultados efetivos. Não se pode perder de vista que a expertise assume a responsabilidade de cada um dos parceiros na repartição objetiva dos riscos. Essa repartição objetiva entre as partes desencadeia o surgimento de um ambiente favorável para o enfrentamento de incertezas consideradas como causas de riscos. Acerca dessa questão, podem-se associar diferentes questões, tais como:

- falhas na identificação do risco inerente ao parceiro, seja público ou privado, diante da complexidade dos eventos envolvidos;
- confiabilidade na capacidade de gestão dos riscos e na segurança jurídica;
- interesses heterogêneos envolvidos;
- probabilidades de perdas e ganhos financeiros com reflexo no mecanismo do pagamento.

Essa instabilidade doutrinária sobre o risco, segundo Fernando Araújo (2007, p. 298), remete a eventos prováveis e possíveis de calculá-los. Mesmo ante a incerteza de ocorrência eventos, há a possibilidade de serem calculados. O entendimento do risco deve partir de uma perspectiva em considerar as consequências que repercutirão no futuro. Todavia, não há uma certeza absoluta, uma vez que as incertezas advêm das mudanças ocorridas na sociedade (AVEN; RENN, 2010, p. 2).

O advento de uma possível ocorrência pode impactar o investimento (NÓBREGA, 2011, p. 126.) com consequências que produzirão resultados inesperados. Trata-se de uma situação na qual a administração pública está inserida. É o caso também da atividade empresarial, incluindo-se as parcerias público-privadas, nas quais “o risco existe, independentemente de percepções teóricas ou políticas sobre o que é o risco e qual a probabilidade de um risco se concretizar” (ROSA, 2008. p. 101-116). Nessa esfera de conhecimento, são formuladas algumas concepções de riscos:

- Trata-se de um evento que pode ou não ocorrer, provocando um impacto financeiro positivo ou negativo (CARTLIDGE, 2006, p. 182).

- A essência do risco encontra-se nos aspectos do evento, na probabilidade de ocorrer (temporal) e no impacto financeiro (NÓBREGA, 2011, p. 126).
- Exige uma abordagem ligada ao projeto de parcerias público-privadas. Seu impacto dá-se em relação à alocação dos recursos decorrentes de financiamento e aos cálculos de receitas ou tarifas em níveis esperados. Portanto, os riscos estão diretamente relacionados às estimativas do projeto (DELMON, 2010).
- Envolve uma situação de aleatoriedade frente a uma entidade econômica que pode ser expressa em termos de probabilidades numéricas específicas (objetiva ou subjetiva) (GRIMSEY; LEWIS, 2004, p. 15).
- Constitui um dos maiores incentivos na repartição dos riscos para os setores público e privado (GREVE; HODGE, 2005, p. 1-21).
- É inerente à prestação de serviços públicos, na medida em que comporta riscos do negócio. Existem certos riscos que são melhor geridos pelo governo, sem a necessidade de transferi-los (CORNER, 2005, p. 44-61).
- Expressa igual combinação de duas dimensões de eventos e suas consequências (ou resultados), associadas a incertezas que se manifestam através dos eventos, os quais terão consequências em relação a uma atividade que acrescente valor aos seres humanos ( AVEN, 2010, p. 2).

Uma atividade pode produzir eventos e consequências, as quais estão sujeitas a incertezas (AVEN, 2010, p. 3). Por exemplo, em uma parceria público-privada administrativa de presídios, a ressocialização é tomada como evento. Este constitui o centro da perspectiva de resultados. Os valores envolvidos precisam ser sopesados e inseridos em um ambiente de incertezas, tendo sempre em vista o retorno do apenado à convivência na sociedade. Diante disso, uma PPP com esse objetivo se justificaria pelos resultados relacionados à valorização do ser humano. Logo, a ressocialização é o risco do projeto a ser considerado no evento.

Outro exemplo é uma parceria público-privada patrocinada para fins de exploração de rodovias. Nesse caso, o evento identificado seria a

acessibilidade. Como se sabe, as estradas constituem bens de capital que permitem a mobilidade de pessoas e bens. Além disso, destinam-se aos agentes econômicos que necessitam de acesso a determinados locais para o escoamento de bens, produtos e serviços (BUHR, 2003, p. 15). Em razão disso, haveria uma estimativa de demanda a ser alcançada, exigindo o desafio de estabelecer uma medida exata de incerteza, bem como a previsão de riscos envolvidos.

A ferramenta adequada para expressar a incerteza é a probabilidade, “visto que as atribuições de probabilidades são condicionadas a uma série de hipóteses e suposições” (AVEN, 2010, p. 4). As incertezas poderão ser camufladas em probabilidades e valores esperados em resultados superestimados, já que “a probabilidade é a medida de incerteza, mas as incertezas existem dentro de probabilidades específicas” (AVEN, 2010, p. 5). Em razão disso, tecnicamente, “o risco é frequentemente definido por valores esperados, mas é igualmente comum definir a combinação de probabilidades e de resultados” (AVEN, 2010, p. 5a). Nos dois exemplos apontados, percebe-se que a perspectiva do risco parte de ângulos distintos e de uma abordagem comum: a análise dos custos versus benefícios. A escala de observação do primeiro exemplo tem, como medida de benefícios, o valor humano; já, no segundo, pode-se adotar o tradicional valor econômico.

Convém destacar que os riscos podem ser transferidos para o parceiro privado. No entanto, sua identificação e alocação são determinadas de acordo com a área envolvida e a escolha do sistema de pagamento. Enfatize-se, ainda, que um dos mais comuns argumentos aceitos para a escolha das PPP consiste, em tese, em ser esse modelo mais eficiente. Além disso, o Estado pode transferir riscos e custos para o parceiro privado. Some-se a isso o fato de que o risco é transferido à parte considerada mais capaz de absorvê-lo e controlá-lo (BRENNINKMEIJER, 2010. p. 95). A repartição objetiva do risco supõe um projeto de parceria público-privada com viabilidade de resultados eficientes, sob o ponto de vista de retorno financeiro e social. Os riscos devem ser compartilhados de acordo com a proposta do projeto. Não se pode perder de vista que uma “alocação de riscos excessivos para um parceiro produziria custos e instabilidades, de modo que a alocação ineficiente resultaria em uma sub-otimização de recursos” (DELMON, 2010. p. 65).

Para uma alocação eficaz, faz-se necessário identificar alguns riscos inerentes às concessões de parcerias público-privadas em três momentos:

na fase da elaboração do projeto, na execução e na finalização. Nessas fases, identificam-se os riscos que podem afetar a formalização das parcerias público-privadas. São eles: a) riscos comuns: técnicos (projeto e execução), econômicos (projeto e execução) e operacionais (riscos de receita, riscos de custo operacional e riscos financeiros); b) riscos de eventos imprevisíveis (riscos de força maior, riscos macroeconômicos, riscos jurídicos e institucionais, riscos de desempenho); c) riscos específicos (riscos fiscais, riscos de valor residual, riscos de licitação)(CHECHERITA; GIFFORD, 2008; DELMON, 2010; GUASCH, 2004; RENN, 2008; BRASIL).

Os riscos comuns podem ser considerados aqueles que afetam o resultado do projeto com consequências na fase operacional. Já os riscos de eventos imprevisíveis têm grande propabilidade de ocorrer, provocando um impacto considerável na execução e no desempenho da concessão. Por sua vez, os riscos específicos envolvem a ocorrências de procedimentalização administrativa e fiscal que provocam impacto na gestão da parceria público-privada. Nessa perspectiva, a avaliação dos riscos seria tomada a partir da geração de conhecimentos que interligariam as ocorrências específicas, com as consequências incertas daquela área específica. Porém, é possível de serem previstos em termos de distribuição de probabilidades. Com isso, haveria a possibilidade de identificação e de estimativa para a criação de uma determinada parceria público-privada (BRENNINKMEIJER, 2010, p. 96).

## **6. Resultados: desempenho com base em parâmetros e indicadores**

A visão teleológica da parceria público-privada reside na busca de uma melhor alocação de riscos, traduzida em termos de desempenho. Nesse sentido, quatro dimensões devem estar vinculadas: a) obrigações de serviços especificados; b) estrutura de contraprestação ao preço, isto é, mecanismos de pagamentos; c) expressa disposição contratual ajustando a alocação do risco no controle de cada parceiro; d) existência de algum grau de riscos fora do controle de ambas as partes (GRIMSEY; LEWIS, 2004, p. 175-176).

O papel do poder público está em procurar firmar parceria com o particular, visando a adquirir serviços e recursos financeiros, além de um nível desejado de transferência de risco. A quantidade e a qualidade do serviço devem possibilitar a medição e a comparação com os indicadores-



chave de desempenho (GRIMSEY; LEWIS, 2004, p. 176-177). Uma estrutura eficaz contratual é essencial para mensurar adequadamente os critérios de desempenho por resultados, no conjunto dos deveres e obrigações estabelecidas para as partes envolvidas. O quadro jurídico contratual representa as potencialidades ensejadoras de uma política de mercado de concessões de parcerias público-privadas. Nesse caso, surgem possibilidades de inserções de novas metas a serem alcançadas, com especificações dos resultados esperados da prestação de serviços, sem a necessidade de detalhar o serviço que deve ser entregue. Isso permite a liberdade empresarial de optar pela melhor forma de prestação de serviços. A proposta de preços deve ser atrelada à estimativa de custos, não necessariamente a de menor preço, mas a proposta mais vantajosa para a administração pública.

O sistema de pagamento é essencial para estipular o grau de alocação de riscos e para estimular o desempenho assegurado ao setor privado. Os parâmetros de desempenho e os indicadores de resultados podem utilizar os seguintes critérios: a) mecanismos de prestação de serviços com pagamentos baseados em uma combinação de disponibilidade de serviços e níveis de desempenho; b) elementos baseados em unidade de operação de cada uso do serviço; c) incentivos com base em pagamentos atrelados a melhorias de eficiência acima dos parâmetros preestabelecidos (GRIMSEY; LEWIS, 2004, p. 178). O ambiente de incentivos constitui uma ferramenta de melhoria, com a junção de parâmetros de mecanismos de pagamentos e de serviços adequados. Cita-se o caso, por exemplo, dos hospitais, em que o número de atendimentos pode refletir na eficiência do serviço e nos incentivos de desempenho.

O procedimento administrativo, apesar de exigir formalidades tanto de cunho operacional como legislativo, não deve ser visto como extremamente formalista. Isto porque há um conjunto de elementos materiais e circunstanciais que influenciam a formação da relação jurídica entre a administração e o administrado. As exigências procedimentais justificam as diretrizes da atividade pública em relação a compras, obras e serviços, concessão comum e concessão na modalidade de parceria público-privada. Em razão disso, a estrutura da relação contratual molda-se de acordo com a atividade e o objeto, bem como com as normas jurídicas inerentes à matéria.

Uma característica destacável nesse processo de interação público e privado diz respeito ao interesse público, uma vez que os objetivos dos atores envolvidos são diferentes. Portanto, a estruturação do projeto de parceria público-privada, sob a ótica da salvaguarda do interesse público, deve ser constituída em cada caso e de acordo com as especialidades do setor. Ademais, as cláusulas contratuais firmadas para uma PPP, diferentemente das estabelecidas para a concessão comum, não podem ser formalizadas nos moldes de minuta padronizada, pois possuem especificidades previstas e negociadas.

Em razão da possibilidade de existência de conflitos, o direito positivo estabelece mecanismos, cada vez mais aperfeiçoados, para minimizar esses conflitos, procurando estabelecer o equilíbrio e a segurança jurídica. A formatação do contrato é estruturada na perspectiva do investimento, com base em dados técnicos. Porém, não se pode admitir a inércia frente à evolução dos fatos e à necessidade de observação da continuidade e da mutabilidade. Dentro dessa perspectiva, a demanda do interesse público deve estar vinculada aos indicadores de desempenho mensuráveis no resultado (BULT-SPIERING, 2006, p. 38-40). Assim, a normativa referente ao interesse público envolve processos que podem ser formulados na fase de planejamento e indicadores a serem cumpridos como metas.

O desempenho financeiro para implementar projetos de infraestrutura pública, a partir da escolha do modelo de parcerias público-privadas, tem sido a tônica na literatura jurídica. Entretanto, excepcionalmente, as externalidades são sopesadas nas análises (BULT-SPIERING; DEWULF, 2006). Dessa maneira, os argumentos questionando as vantagens advindas do desempenho financeiro das atividades assumidas pelas PPP são fundamentados na possibilidade de que o setor público poderia obter empréstimos por menores custos em relação ao setor privado. Embora tal observação seja pertinente, a principal questão está na alocação desses recursos, de modo a tornar os projetos viáveis, numa contraposição de custos versus benefícios. Avaliar a qualidade ou a falta de qualidade dos projetos do setor público exige um mecanismo extremamente complexo, tendo em vista as variáveis envolvidas, tais como custo de manutenção e desempenho, estabelecidos contratualmente.

## 7. Conclusão

A abordagem feita neste trabalho teve como objetivo analisar a alocação de recursos como ponto central na busca da maximização do bem-estar da sociedade, sob a perspectiva de resultados eficientes (AVEN; RENN, 2010, p. 29). Evidentemente, essa relação impacta a mensuração vinculativa de desempenho, resultando em desembolsos pecuniários.

As parcerias público-privadas estão sujeitas a riscos devido aos grandes custos iniciais, à complexidade dos projetos e à durabilidade contratual. Convém observar que as partes envolvidas possuem diferentes objetivos<sup>2</sup>, percepções e limitações. Dessa forma, a extensão e a alocação do risco se materializam em um contrato administrativo com cláusulas relativas à repartição objetiva dos riscos, tornando o contrato executável.

O desempenho das parcerias público-privadas está diretamente relacionado aos objetivos do modelo adotado. Em termos de resultados, esse sistema precisa de melhorias legislativa e de planejamento para gestão dos riscos de maneira a maximizar os resultados e minimizar os custos. Ademais, os riscos de desempenho foram deslocados do setor público para a iniciativa privada. São assumidos pelos investidores, numa tentativa de reduzir os encargos dos contribuintes em decorrência de ineficientes alocações de recursos, acarretando um menor impacto na dívida pública (WORLD BANK, 2001). Esses objetivos foram reforçados pela inserção de cláusulas contratuais que demonstram a necessidade de avaliar o desempenho do parceiro privado, com base em critérios transparentes. Isso reflete nas mudanças processadas no cenário legislativo e contratual das concessões, no âmbito do sistema brasileiro.

## 8. Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier, 2012.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

AVEN, Terje; RENN, Ortwin. **Risk management and governance**. Concepts, guidelines and applications. New York: Springer, 2010.

---

<sup>2</sup> O objetivo principal do Poder Público é prestar um serviço de qualidade a sociedade, enquanto o Particular, considerado parceiro privado, tem a pretensão de obter uma lucratividade em vista ao retorno esperado sobre o investimento aplicado.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas**: instrumento de uma nova governança pública. Coimbra: Almedina, 2009.

BRASIL. **Ministério da Integração Nacional**. Classificação Brasileira de Desastres. Disponível em: <[http://www.integracao.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=2a09db34-e59a-4138-b568-e1f00df81ead&groupId=185960](http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=2a09db34-e59a-4138-b568-e1f00df81ead&groupId=185960)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRENNINKMEIJER, Olivier A. J. **Questions, risks and challenges**: public-private partnerships in Western European Countries. In: URIO, Paolo. Public-private partnerships success and failures factors for in-transition countries. New York: University Press of America, 2010.

BUHR, Walter. **What is Infrastructure?**. Department of Economics, School of Economic Disciplines, University of Siegen (Siegen Discussion Paper No. 107-03), 2003.

BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. **Strategic issues in public-private partnerships**: An international perspective. Oxford: Blackwell, 2006.

CARTLIDGE, Duncan. **Public private partnerships in Construction**. London: Taylor & Francis, 2006.

CHECHERITA, Cristina; GIFFORD, Jonathan. **Risk sharing in public-private partnerships**: general considerations and the U.S. Practice in Road Transportation. Proceedings of the 87th Annual Meeting of the Transportation Research Board, Washington, D.C., jan. 13-17, 2008. Disponível em: <[http://www.trforum.org/forum/downloads/2007\\_1B\\_PartFin\\_paper.pdf](http://www.trforum.org/forum/downloads/2007_1B_PartFin_paper.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Sínteses da Legislação da União Europeia**: Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT), 2004. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/public\\_procurement/l22012\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CORNER, David. The United Kingdom private finance initiative: the challenge of allocating risk. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (Eds.) **The challenge of public-private partnerships**. Learning from International Experience. Northampton: Edward Elgar, Massachusetts, USA, 2005.

DELMON, Jeffrey. **Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures**: guide pratique à l'intention des décideurs publics. Washington, D.C: The World Bank Group, 2010.

DELMON, Jeffrey. **Understanding options for public-private partnerships in infrastructure**. Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease Policy Research (Working Paper n. 5173). Washington, DC: The World Bank Group, 2010.

GRAY, Philip. **Private Participation in Infrastructure**: A Review of the Evidence. Private Provision of Public Services Group Private Sector Advisory Services, 2001. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.1200&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

GREVE, Carsten; HODGE, Graeme. Introduction. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (Eds.) **The challenge of public-private partnerships**. Learning from International Experience. Northampton: Edward Elgar, Massachusetts, USA, 2005.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. **Public private partnerships**. The worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2004.

GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions**: doing it right. Washington, DC: The World Bank Group, 2004.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier, 2011.

RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D. (eds.). **Global risk governance**: concept and practice using the IRGC Framework. Netherlands: Springer, 2008.

ROSA, Eugene A. White, Black, and Gray: Critical dialogue with the international risk governance council's framework for risk governance. In: RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D. (Eds.). **Global Risk Governance**. Concept and Practice Using the IRGC Framework. The Netherlands: Springer, 2008.

STEINBERG, Richard M. et al. **Gerenciamento de riscos na empresa** – estrutura integrada: Sumário Executivo e Estrutura e Gerenciamento de Riscos na Empresa – Integrated Framework: Application Techniques, 2 vol. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), 2007 (Portuguese). Disponível em: <[http://www.coso.org/documents/COSO\\_ERM\\_ExecutiveSummary\\_Portuguese.pdf](http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2017.

URIO, Paolo. **Public-private partnerships success and failures factors for in-transition countries**. New York: University Press of America, 2010.

WORLD BANK. **Private sector development strategy**: issues and options (A Discussion Document). Washington, DC: WBG, 2001. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/Seminar%20PDFs/development%20strategy.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.