

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO

**UMA ANÁLISE DA ALOCAÇÃO DE
RISCOS NOS CONTRATOS PARA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
O CASO DO TRANSPORTE
RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE
PASSAGEIROS POR ÔNIBUS**

Fernando Graeff

Francisco Giusepe Donato Martins (Mestre)

Brasília – DF
2011

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO

**UMA ANÁLISE DA ALOCAÇÃO DE
RISCOS NOS CONTRATOS PARA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
O CASO DO TRANSPORTE
RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE
PASSAGEIROS POR ÔNIBUS**

Fernando Graeff

Orientador: Francisco Giuseppe Donato Martins (Mestre)

*Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa
– ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do
grau de Especialista em Controle da Regulação.*

**BRASILIA - DF
2011**

Brasília, 15 de março de 2011.

RESUMO

A ocorrência de um evento desfavorável (risco) pode vir a onerar os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando, por conseguinte, a rentabilidade e a eficiência do projeto. A literatura indica várias técnicas e procedimentos para a alocação eficiente dos riscos, reduzindo, assim, incertezas e, por conseguinte, diminuindo custos de transação. Este artigo analisa pontual e comparativamente, com a finalidade de verificar a evolução da alocação de riscos no Brasil, as respectivas cláusulas em contratos de serviços públicos de infraestrutura e de transporte coletivo de passageiros por ônibus, e testa a aplicação de técnica para alocação do risco de demanda associado aos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus. Os resultados sinalizam que a alocação de riscos nos contratos administrativos para a delegação de serviços públicos tem recebido tratamento distinto em função da especificidade do empreendimento e da legislação aplicável, e que técnicas, procedimentos e modelos para alocação eficiente de riscos, em especial, o instrumento denominado matriz de riscos, podem subsidiar a elaboração dos contratos.

Palavras-chave: Contratos; Alocação de riscos; Transporte de passageiros; Serviços públicos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	ALOCAÇÃO DE RISCOS.....	2
2.1	DEFINIÇÃO DE RISCO	3
2.2	RISCOS COMUNS NOS PROJETOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	3
2.3	PRINCÍPIO BÁSICO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS.....	5
2.4	A TEORIA DAS ÁLEAS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NO BRASIL.....	5
2.5	ATENUAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA	7
2.6	TÉCNICA E IMPORTÂNCIA DA ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCOS	7
3	METODOLOGIA.....	10
4	ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL.....	11
4.1	CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	11
4.2	CONTRATO DO TREM DE ALTA VELOCIDADE - TAV	14
4.3	CONTRATO DO AEROPORTO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE (ASGA)	15
4.4	EVOLUÇÃO DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS	16
5	ALOCAÇÃO DOS RISCOS RELEVANTES NOS CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS.....	17
5.1	SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS – SÃO PAULO.....	18
5.2	SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL DE PASSAGEIROS.....	19
5.2.1	<i>Município de Bagé.....</i>	<i>20</i>
5.2.2	<i>Município do Rio de Janeiro</i>	<i>20</i>
5.2.3	<i>Município de Mogi das Cruzes.....</i>	<i>21</i>
5.2.4	<i>Conclusão quanto ao serviço de transporte coletivo municipal de passageiros por ônibus.....</i>	<i>22</i>
5.3	SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS (TRIP).....	22
5.3.1	<i>Características e importância dos serviços de TRIP no contexto nacional</i>	<i>22</i>
5.3.2	<i>Permissão vs. Concessão no Serviço de TRIP.....</i>	<i>24</i>
5.3.3	<i>Alocação na minuta de contrato do TRIP</i>	<i>26</i>
5.3.4	<i>Risco de demanda na prestação dos serviços de TRIP.....</i>	<i>27</i>
6	CONCLUSÃO.....	28
	REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

As delegações de serviços públicos no Brasil, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.987/1995, denominada Lei das Concessões (BRASIL, 1995), e do art. 5º da Lei nº 11.079/2004, conhecida também como Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei das PPPs) (BRASIL, 2004), são instrumentalizadas por contratos administrativos desenhados para contemplar a previsão dos elementos essenciais necessários à prestação adequada do serviço e ao estabelecimento de uma relação jurídica estável ao longo do período de sua execução.

Esses contratos, por natureza, são instrumentos complexos, pois envolvem a realização de um negócio jurídico que têm por objeto empreendimentos de grande vulto e partes com interesses antagônicos, e incompletos “haja vista que se apresenta difícil à previsão de forma exaustiva das diversas situações possíveis” (ARAGÃO et. al., 2005, p. 2). Ademais, normalmente, são feitos por um prazo longo, necessário para que as receitas advindas do projeto sejam suficientes para amortizar o investimento e ainda proporcionar o retorno justo ao particular. Assim, cabe ao Poder Concedente elaborá-los da forma mais completa possível, contendo todos os elementos mínimos necessários para minimizar problemas futuros que possam impedir a prestação adequada do serviço (BRASIL, 1995, art. 6º, § 1º) ou causar dúvidas quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Os riscos, de acordo com a literatura técnica, podem ser conceituados como a ocorrência de eventos desfavoráveis, imprevistos ou de difícil previsão, que oneram os encargos contratuais de uma, ou de ambas as partes (IRWIN et. al., 1997; PARTNERSHIPS VICTORIA, 2001). A alocação representa, por sua vez, à repartição objetiva desses riscos entre as partes. Quando feita de forma clara e eficiente tem o condão de diminuir as incertezas quanto ao futuro, proporcionando maior segurança jurídica e reduzindo o custo global do projeto (COMISSÃO EUROPEIA, 2003).

Na literatura internacional, encontram-se diversos trabalhos que cuidam da classificação e alocação objetiva dos riscos, por exemplo, Kerf et. al. (1998) e Partnerships Victoria (2001), voltados para as chamadas *Private Finance Initiative* (PFI), ou seja, para parcerias entre o setor público e o privado no desenvolvimento de infraestrutura.

Na literatura nacional, a outro turno, a doutrina jurídica clássica brasileira, com respaldo legal no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), baseia a alocação dos riscos de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária, ideia essa que deve ser conciliada, no caso da execução de serviços públicos, com o disposto no art. 2º da Lei das

Concessões (BRASIL, 1995), segundo o qual as delegações são exploradas por conta e risco do contratado (DI PIETRO, 2008; JUSTEN FILHO, 2003; ARAGÃO, 2008). É possível, contudo, encontrar trabalhos recentes, contemporâneos à promulgação da Lei das PPPs (BRASIL, 2004), que questionam referida teoria ao tratar da alocação objetiva dos riscos (PEREZ, 2006; ARAGÃO, ORRICO FILHO & CÂMARA, 2009).

A alocação objetiva de riscos é fundamental em qualquer contrato de delegação de serviços públicos, contudo, toma maior significância na medida em que cresce a complexidade do empreendimento. Assim, este trabalho busca analisar pontual e comparativamente a alocação de riscos efetuada no âmbito de contratos de serviços de infraestrutura e de transporte coletivo de passageiros por ônibus no Brasil, a fim de verificar se houve evolução nesse procedimento, tendo como objetivo primário testar técnica de alocação de riscos, mais especificamente, o risco de demanda associado aos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus (TRIP).

Este trabalho, a fim de atingir seu objetivo, está estruturado em 6 capítulos contando com a presente introdução. O segundo capítulo trata da definição e importância da alocação de riscos; da identificação e categorização dos riscos relevantes; e de apresentar técnicas utilizadas para uma alocação eficiente. O terceiro capítulo descreve a metodologia utilizada neste trabalho. O foco do quarto capítulo está na evolução da alocação dos riscos no Brasil, para tanto, é feita análise pontual e comparativa da alocação de riscos nos contratos de concessões rodoviárias, do Trem de Alta Velocidade (TAV) e do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (Asga). O quinto capítulo dá destaque à alocação dos riscos relevantes no transporte terrestre de passageiros por ônibus, por meio da análise comparativa das respectivas cláusulas contratuais de delegação do serviço nos âmbitos municipal e intermunicipal, com as da minuta de contrato do TRIP, testando-se técnica para alocação do risco de demanda associada aos serviços de TRIP. Por fim, no último capítulo é apresentada a conclusão da pesquisa.

2 ALOCAÇÃO DE RISCOS

Neste capítulo será explorada a definição de riscos e como se dá a sua identificação. Será abordada a importância e a influência de sua alocação eficiente ao longo do processo licitatório. Também serão discutidas formas de alocação com a utilização da matriz de riscos.

2.1 DEFINIÇÃO DE RISCO

O risco em projetos de infraestrutura, nas palavras de Irwin et. al. (1997), representa os acontecimentos que podem reduzir a expectativa de retorno do investidor. Já, para Partnerships Victoria (2001), o risco é a possibilidade da ocorrência de circunstâncias que possam causar diferenças entre os encargos assumidos no projeto e o efetivamente ocorrido quanto ao lucro e à previsão de custos. Para a Comissão Europeia (2003, pág. 53), o risco é definido como “qualquer fator, evento ou influência que ameace a conclusão bem sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade”.

Assim, podemos caracterizar o risco, em síntese, como a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso da parte privada, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da parte pública.

2.2 RISCOS COMUNS NOS PROJETOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Esses eventos desfavoráveis, conforme se depreende da literatura internacional (v.g. KERF et. al., 1998; PARTNERSHIPS VICTORIA, 2001), e da literatura nacional (v.g. ARAGÃO, ORRICO FILHO & CÂMARA, 2009; PEREZ, 2006), dependendo da ótica sob a qual são analisados, do setor de atividade em que estão inseridos e das peculiaridades de cada projeto, podem ser classificados de diversas maneiras. O Quadro 1 apresenta comparativamente a classificação feita pelos mencionados autores:

Quadro 1 – Categorias de riscos

Tipos de Riscos	Kerf et. al.	Partnerships Victoria	Perez	Aragão, Orrico Filho & Câmara
	A	B	C	D
Custos operacionais				
Demanda				
Financiamento				
Caso fortuito e força maior				
Especificação do contrato				
Construção				
Políticos				
Rede				
Trabalhistas				
Licitatórios				

Interno dos operadores				
Regulatórios				
Fatos do Príncipe e da Administração				
Desapropriação				
Projeto				
Propriedade dos ativos				
Investimentos				
Jurídicos				
Econômico				
Técnicos				

Fonte: Kerf et. al. (1998); Partnerships Victoria (2001); Perez (2006); Aragão, Orrico Filho & Câmara (2009).

O Quadro 1 permite alguns comentários. Inicialmente, destaque-se que as classificações encontradas na literatura internacional (colunas A e B) estão voltadas para as chamadas *Private Finance Initiative* (PFI), ou seja, para parcerias entre o setor público e o privado para o desenvolvimento de infraestrutura. Por sua vez, as classificações encontradas na literatura nacional (colunas C e D) referem-se a projetos de prestação de serviços públicos.

Percebe-se, também do Quadro 1, que as categorias não são exaustivas, Perez (2006), por exemplo, categoriza os riscos em: econômico-financeiros, técnicos, jurídicos, e políticos, mas alerta que cada um desses rótulos encobre uma série de âleas sob sua formulação genérica e não revelam a priori uma divisão de riscos entre as partes contratuais, porque essa divisão deve se dar caso a caso, segundo o perfil e as especificidades de cada concessão. Já, no setor de transporte de passageiros por ônibus, de maneira exemplificativa, sem muito aprofundar, o mesmo autor reconhece nessa área alguns riscos específicos como a variação imponderada do preço dos combustíveis (derivados do petróleo ou eletricidade); o alto risco de demanda em virtude da competição de outras modalidades de transporte ou de evasão provocada pela deterioração do serviço em passado recente; e a alçada elevada dos investimentos a comprometer a modicidade da tarifa.

Pode-se concluir, ainda, que apesar das especificidades de cada projeto, muitas categorias são semelhantes quanto ao seu conteúdo e, muitas vezes, até na denominação dada. É possível afirmar, desta forma, que a classificação dos riscos na maior parte é comum a qualquer tipo de delegação de serviço público, por exemplo, os riscos de demanda, de financiamento e de custos operacionais. Contudo, a relevância de cada um vai depender substancialmente da especificidade de cada delegação, e é nesse ponto que reside a maior dificuldade da modelagem contratual. Como exemplo desse fenômeno, no caso do TRIP, pode-se citar os riscos trabalhistas, pois o setor é usuário intensivo de mão de obra.

2.3 PRINCÍPIO BÁSICO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

Uma vez identificados os riscos relevantes é necessária a sua alocação, ou seja, a clara e objetiva responsabilização de cada parte na hipótese de sua ocorrência.

Nesse sentido, Irwin et. al. (1997) ressaltam que a desestatização somente irá realizar o seu potencial se a administração alocar adequadamente os riscos enfrentados pelo parceiro privado. Indo um pouco mais adiante, Allen (2001) afirma que nos projetos de parceria em que o setor público é parte, o “*Value for Money*”, isto é, o aumento da eficiência da gestão pública, é atingido através da transferência dos riscos. Ainda, segundo Allen (2001), uma vez que os riscos inerentes ao projeto tenham sido identificados, eles devem ser alocados entre os parceiros públicos e privados, seguindo o princípio básico de que o risco deve ser atribuído a quem tem melhor condição para administrá-lo.

Esse princípio é largamente difundido na literatura técnica internacional, por exemplo, Kerf et. al. (1998) afirmam que os critérios para a alocação dos riscos são bem simples: os riscos devem ser suportados pela parte que tem as melhores condições para avaliar, controlar e gerenciar ou a parte com melhor acesso a instrumentos de cobertura, a maior capacidade para diversificar, ou o menor custo para suportá-los. Ainda, nessa linha de raciocínio, Irwin et. al. (1997) reconhecem que existem dois fatores que devem ser levados em consideração na alocação dos riscos: primeiro, o grau em que o agente pode influenciar ou controlar o resultado sujeito a riscos; segundo, a capacidade do agente em suportar o risco com menor custo.

2.4 A TEORIA DAS ÁLEAS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NO BRASIL

Apesar de consolidado na literatura internacional, o princípio básico da alocação de riscos não é tão difundido no Brasil. Devido à nossa herança positivista, a doutrina jurídica clássica brasileira baseia a alocação dos riscos de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária (DI PIETRO, 2008; JUSTEN FILHO, 2003; ARAGÃO, 2008).

As concessões, de acordo com essa teoria, são contratos de natureza tipicamente administrativa pelos quais a Administração – Poder Concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público. A doutrina administrativista brasileira considera os contratos de delegação como atos jurídicos bilaterais, que preveem, em regra, igualdade de direitos e obrigações. Todavia, nos contratos administrativos, a Administração busca o atendimento do interesse geral, enquanto

que o contratado está buscando o atendimento do seu interesse privado. Daí se justificar, nos contratos de delegação de serviço público, a desigualdade de tratamento e a regência dos contratos administrativos pelo direito público (SOUTO, 2005).

Por isso, Perez (2006, p. 14) afirma que de uma forma bastante simplista a “leitura tradicionalmente feita da expressão ‘por sua conta e risco’ divide os riscos na concessão de serviço, como nos contratos administrativos em geral, em ordinários e extraordinários e conclui que o concessionário assume os riscos ordinários do empreendimento”.

A excessiva rigidez da teoria das áleas impõe limitações à alocação eficiente dos riscos e, por conseguinte, põe em risco a própria prestação adequada do serviço, pois, nas palavras de Di Pietro (2008), o “problema é saber como se concilia a ideia de equilíbrio econômico-financeiro com a ideia de que a execução do serviço, na concessão, se faz por conta e risco do concessionário”. Atento a esse fato, como uma forma de atenuar o problema adaptando nossa teoria ao princípio básico de alocação dos riscos, Perez (2006) defende que “por sua conta e risco” não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos de acordo com o que foi estabelecido no contrato. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa e explicitamente, transferir-lhe.

Perez (2006) propugna, ainda, que o correto planejamento da delegação deve ter como um de seus objetivos a identificação dos riscos a ela inerentes para que esses riscos obtenham tratamento contratual expresso. Melhor dizendo, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial não só para a verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também deve conduzir, do ponto de vista estritamente jurídico, a previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual dessas áleas e dos mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes (divisão do ônus, inclusive), que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Perez (2006) conclui que não há concessão sem riscos para uma das partes e que a assunção de todos os riscos ou de nenhum risco pelo concessionário são situações meramente imaginárias que não condizem com o que o sistema jurídico estabelece. Argumenta, ainda, que avançar a partir do marco colocado pela teoria das áleas ordinária e extraordinária é imprescindível, aprofundando a análise dos problemas concretos nas concessões de serviço público e buscando alternativas que representem a sua efetiva solução, de modo a proporcionar maior segurança jurídica a quem contrata uma concessão.

Nossa doutrina, portanto, aos poucos cede espaço ao princípio básico da alocação de riscos propugnado pela literatura internacional.

2.5 ATENUAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

Com o objetivo de minimizar o efeito danoso da interpretação literal da expressão “por sua conta e risco” expressa no art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei de Concessões (BRASIL, 1995), bem como da rigidez da teoria das áleas consubstanciada no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), parte da doutrina e a própria legislação têm evoluído para uma repartição mais equânime dos riscos entre as partes.

A Lei Federal das PPPs (BRASIL, 2004), por exemplo, entre outras medidas mitigadoras do risco do parceiro privado, estabeleceu regra explícita de repartição de riscos (art. 4º, VI e art. 5º, III) entre a administração pública e o contratado, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Ainda no âmbito federal, segundo Perez (2006), a própria Lei das Concessões foi alterada pela Lei nº 11.196/2005 (BRASIL, 2005), com a inclusão de duas novas regras de atenuação do risco financeiro nas concessões, criando o direito de as instituições financeiras assumirem o controle da concessionária para promoção de sua reestruturação financeira e possibilitou, nas concessões em geral, a cessão, “em caráter fiduciário” dos créditos operacionais futuros do concessionário.

Esse novo modelo de repartição, inaugurado no Brasil pela Lei das PPPs, já encontra eco em alguns estudos no Brasil (FRANCO & PAMPLONA, 2008; ARAGÃO et. al., 2005) e, em maior proporção, na produção internacional (QUEIROZ, 1999; PARTNERSHIPS VICTORIA, 2001; ALLEN, 2001; LEWIS, 2001; COMISSÃO EUROPÉIA, 2003; OUDOT, 2005; VÄLILÄ, 2005). Contudo, ainda é pouco explorada a possibilidade da alocação dos riscos nos contratos de concessão comum; muito mais, em se tratando dos riscos relevantes e sua alocação nos contratos de prestação do serviço de TRIP (ARAGÃO et. al., 2005).

Em síntese, a doutrina e a legislação caminham juntas no sentido de atenuar a rigidez da teoria das áleas.

2.6 TÉCNICA E IMPORTÂNCIA DA ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCOS

Não há que se olvidar, portanto, da importância da alocação eficiente dos riscos em projetos de longa duração. Segundo a Comissão Europeia (2003, pág. 53) “A alocação

eficiente do risco tem um impacto financeiro direto sobre o projeto, já que resultará em menor custo global e, dessa forma, propiciará melhor vantagens socioeconômicas em comparação com os métodos tradicionais”. Para tanto, é necessário que essa alocação seja feita de forma racional, seguindo técnicas pré-definidas, pois deve haver coerência entre a alocação eficiente do risco e o estudo de viabilidade econômico-financeiro do projeto, e entre esses e o edital e as cláusulas contratuais.

A estruturação de qualquer projeto de longa duração consiste na elaboração de um modelo que contemple as projeções de parâmetros básicos, e toda projeção, por melhor que seja, está cercada de riscos. Para o planejamento e desenvolvimento do processo licitatório é essencial que esses riscos sejam identificados, analisados e tratados dentro do modelo e, quando possível, quantificados. Desta maneira, o primeiro passo, dentro de um processo de gestão de riscos, é mapeá-los.

A sistematização torna o processo de alocação mais fácil. Segundo Partnerships Victoria (2001), o processo de gestão de riscos segue um ciclo que visa identificar, prevenir, conter e mitigar os riscos de um projeto, dividido em cinco etapas: identificação dos riscos; avaliação de risco; alocação de risco; mitigação de risco; e monitoramento/revisão. A partir das informações obtidas, é montada a matriz de riscos. Dependendo do escopo do projeto essa matriz poderá ser mais ou menos detalhada (nas colunas) e ter mais ou menos tipos e desdobramento de riscos (nas linhas).

Esse instrumento é construído com base no princípio da alocação ótima de riscos e visa assegurar maior eficiência no processo de contratação pública evitando que o concessionário assuma determinados riscos que podem ser melhores geridos pela Administração Pública e vice-versa. A assunção demasiada de riscos pelo concessionário, por exemplo, é precificada pelo particular, onerando ao Poder Concedente ou ao usuário do serviço. Assim, todos os riscos relevantes devem ser indicados de forma genérica nessa matriz, para orientar a elaboração dos estudos e, no momento da elaboração do contrato de concessão, ter a sua mitigação regulamentada de forma clara e precisa.

A viabilidade do negócio, assim, é avaliada com certo grau de segurança levando-se em conta estudos sobre o potencial de geração de receitas do empreendimento; sobre os investimentos, os custos e as despesas necessários para gerar essas receitas; sobre a taxa mínima de atratividade; sobre as formas de financiamento do projeto (% capital próprio / % de terceiros); tudo isso projetado para um longo espaço de tempo. O resultado desse estudo irá apontar aspectos como: viabilidade do projeto; necessidade de aporte público; caracterização do modelo como PPP ou concessão comum; e o parâmetro de julgamento da licitação.

Constatada a viabilidade do empreendimento, consubstanciada no potencial do projeto para atrair investidores em número suficiente para que seja garantida a concorrência em um certame que resulte na melhor proposta para o Poder Público, e definido o parâmetro de julgamento da licitação, os dados do modelo e as informações da matriz de risco irão subsidiar a formulação das cláusulas do edital de licitação e da minuta do contrato.

Os licitantes irão apresentar suas propostas, sendo que a vencedora servirá de base para caracterizar a equação econômico-financeira inicial da avença respeitada a repartição de riscos estabelecida contratualmente. É fácil perceber, portanto, que a alocação eficiente dos riscos tem o condão de subsidiar a modelagem do projeto, criar um ambiente seguro para os possíveis licitantes, proporcionar um gerenciamento eficiente do contrato, delimitar o processo de reequilíbrio, aumentando significativamente a probabilidade de a proposta vencedora ser a mais vantajosa para a administração e do serviço ser prestado adequadamente nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei das Concessões (BRASIL, 1995).

A matriz elaborada pela Partnerships Victoria (2001), por exemplo, possui um rico detalhamento dos riscos incidentes nos projetos de PFI, divididos em diversas categorias e subcategorias. Sendo que as colunas contêm informações sobre a categoria do risco, sua descrição detalhada, consequência caso o risco se concretize, medidas mitigadoras que devem ser tomadas para amenizar essas consequências e a alocação preferencial, ou seja, a quem cabe a responsabilidade pelo risco. No Quadro 2, como exemplo, é apresentado o tratamento adotado para dois tipos de riscos: de financiamento; e de alteração do projeto original.

Quadro 2: Exemplo de matriz de riscos de financiamento e de alteração do projeto original

Categoria do Risco	Descrição	Consequencia	Medidas Mitigadoras	Alocação Preferencial
Risco de Financiamento	Risco de que não esteja disponível financiamento, nos montantes e nas condições previstas, quando a dívida e / ou o capital é exigido da entidade privada.	Não haverá recursos para o progresso ou complemento do projeto.	Exigência de que todas as propostas conttenham garantias quanto aos compromissos financeiros com condições mínimas e facilmente realizáveis.	Parceiro Privado
Risco de alteração do projeto original	Risco de que o projeto seja alterado pela administração após a assinatura do contrato.	A alteração no projeto pode aumentar em demasia os custos da parte privada.	A administração deve minimizar a chance de mudar as especificações do projeto e, para o caso de mudança, deve incluir cláusulas claras no contrato que garantam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial.	Parceiro Público

Fonte: Partnerships Victoria (2001).

Visualizando o Quadro 2, nota-se que o princípio básico da alocação dos riscos foi considerado na confecção da matriz, na medida em que o risco de financiamento foi alocado

preferencialmente ao parceiro privado, enquanto que o risco de alteração do projeto original coube ao parceiro público, por reunirem, teoricamente, as melhores condições de administrá-los no âmbito do projeto. Outro ponto de destaque é a existência da previsão das “consequências” e das “medidas mitigadoras”, essas colunas, nem sempre presentes nas matrizes de riscos, têm por finalidade auxiliar o desenho das cláusulas contratuais.

Em suma, a matriz de riscos deve ser elaborada de acordo com as peculiaridades de cada projeto, podendo ser mais ou menos detalhada, levando-se em consideração o custo *versus* benefício de sua confecção. Considerando essas características, é natural que empreendimentos complexos, onerosos e de longa duração, como o TRIP, tendem a suscitar a necessidade de matrizes mais detalhadas.

3 METODOLOGIA

Para a consecução dos objetivos do presente trabalho foi adotada metodologia dividida em três etapas. Na primeira, correspondente ao capítulo 2, por meio de pesquisa bibliográfica, foi feita a revisão do referencial teórico relativo à alocação de riscos, no âmbito nacional e internacional.

Na segunda etapa, correspondente ao capítulo 4, com base no conhecimento auferido na etapa anterior e por meio de pesquisa empírica do tipo documental aplicada nos contratos de concessão rodoviárias federais, do TAV e do Asga, as respectivas cláusulas contratuais sobre alocação de riscos foram tabuladas e analisadas qualitativamente de forma pontual, para em um segundo momento, ser feita a análise comparativa, com o objetivo de verificar a evolução da alocação dos riscos nos contratos de prestação de serviço e identificar boas práticas para serem replicadas nos contratos do TRIP.

Por fim, na última etapa, relacionada ao capítulo 5, por meio de pesquisa empírica do tipo documental aplicada nos contratos de concessão de serviço de transporte coletivo de passageiros por ônibus nos âmbitos intermunicipal (Região Metropolitana de São Paulo) e urbano (Rio de Janeiro/RJ, Bagé/RS e Mogi das Cruzes/SP), foi realizada análise comparada, para verificar quais foram os riscos relevantes adotados nesses contratos e como vem ocorrendo a sua alocação, a fim de contrapor com o modelo, em consulta, adotado na minuta do contrato de TRIP.

Com base no referencial teórico adotado e nos contratos analisados nas etapas anteriores, foi realizada uma avaliação crítica sobre a alocação do risco de demanda associada à prestação do TRIP, bem como proposto estudos mais aprofundados sobre essa matéria.

4 ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Neste capítulo serão tabuladas, comparadas e analisadas qualitativamente, com base no referencial teórico adotado, as respectivas cláusulas contidas em editais e contratos de concessão de rodovias federais, do TAV e do Asga, com o objetivo de verificar a evolução da alocação dos riscos nos contratos de prestação de serviço e identificar boas práticas para serem replicadas nos contratos do TRIP.

4.1 CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

O setor de rodovias, segundo Vasconcelos (2008), no início dos anos 90, foi um dos primeiros setores no Brasil a experimentar a concessão de serviço público à iniciativa privada. Antes mesmo da edição da Lei das Concessões, foi criada, em 1993, a primeira versão do Programa de Concessão de Rodovias Federais. A primeira etapa de concessões, ocorrida antes da criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), foi realizada pelo Ministério dos Transportes. Posteriormente, a ANTT assumiu a responsabilidade pelas rodovias já concedidas e promoveu a segunda etapa de concessões, fases I e II, ambas concluídas. Atualmente, encontra-se em andamento a 3ª etapa de concessões federais (fases I e II).

Na primeira etapa de concessão, por determinação contratual (ANTT, 1997), as concessionárias assumiam integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrato expressamente ressalvasse (VASCONCELOS, 2008). De acordo com esse autor, dentre esses riscos estão os inerentes ao negócio, ou seja, aqueles que dependerão da forma de gestão da concessão, pois, ao concessionário são atribuídos os riscos normais de mercado, como qualquer empreendedor comercial ou industrial estaria submetido. Em outras palavras, a concessão se dá por “conta e risco do concessionário”.

Os contratos da 2ª etapa, fase I (ANTT, 2007), de concessões de rodovias federais repetiram a fórmula da etapa anterior, ou seja, não alocaram objetivamente grande parte dos riscos e o tratamento aos poucos alocados está disperso por todo o contrato. Agrava essa situação o fato de que esses contratos não continham cláusulas com a previsão de revisão periódica a fim de manter o inicial equilíbrio econômico-financeiro da concessão (revisão ordinária da tarifa). Nesse caso, na prática ocorre que os eventos que oneram a concessionária são objeto de solicitação de reequilíbrio por parte da concessionária, mas o contrário não

acontece, ou seja, ganhos de produtividade, redução de custos, e outros, não são repassados à modicidade tarifária.

Nota-se, contudo, ainda na 2ª etapa de concessões, fase II (ANTT, 2008a), uma evolução na alocação de riscos. Trata-se do contrato de concessão da BR 116/324 no Estado da Bahia (ANTT, 2008b), que inicialmente havia sido modelado como uma PPP patrocinada (art. 2º, § 1º da Lei das PPPs) (BRASIL, 2004), todavia, acabou por ser concedida na forma de concessão comum. Ressalte-se que esse contrato é o primeiro a prever cláusula (19.1) específica de alocação de riscos. Nessa cláusula os riscos são exaustivamente alocados ao parceiro público e exemplificativamente ao parceiro privado, ficando os riscos residuais a cargo deste último. Além disso, nesse contrato foi incluída cláusula de revisão periódica da tarifa (TCU, 2008). Esse modelo de alocação de riscos foi replicado nos contratos da 3ª etapa em andamento de concessões de rodovias federais. O Quadro 3 demonstra um esquema comparativo da evolução do modelo de alocação dos riscos adotado nas concessões de rodovias federais:

Quadro 3 – Modelo de alocação adotado nas concessões de rodovias federais

Etapa	Parte Pública	Parte Privada	
		Riscos explícitos	Riscos implícitos
1ª etapa e 2ª etapa (fase I)	a) modificação unilateral; b) alteração tributária, exceto IR; c) força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração; d) modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção; e) alteração legislativa de caráter específico; e f) desapropriação ou imposição de servidão administrativa.	a) tráfego. b) erros na determinação de quantitativos; c) danos seguráveis na rodovia; d) variação nos custos; e e) passivo ambiental após assinatura contrato.	Todos os riscos inerentes a concessão, exceto nos casos em que o risco seja explicitamente assumido pela parte pública e não sejam passíveis de seguro.
2ª etapa (fase II) e 3ª etapa	a) manifestações sociais e/ou públicas acima de 15 dias; b) decisão arbitral, judicial ou administrativa; c) descumprimento, pelo	a) tráfego b) recusa de usuários de pagar a Tarifa; c) obtenção de licenças, permissões e autorizações; d) desapropriações; e) aumento de custos; f) cumprimento dos cronogramas do PER;	Todos os riscos relacionados à Concessão, a exceção dos riscos assumidos pela parte

	Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares; d) caso fortuito ou força maior; e) alteração unilateral; f) alteração tributária, exceto IR; g) implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de Tarifa de Pedágio.	g) tecnologia; h) perecimento, destruição, roubo, furto e perda dos bens da concessão; i) manifestações sociais e/ou públicas até 15 dias; j) defeitos ocultos nos bens da concessão; k) aumento do custo de capital; l) variação das taxas de câmbio; m) modificações na legislação (exceto tributária); n) passivo ambiental; o) inflação superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa; p) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais; q) responsabilidade civil por acidentes; l) diferença de arrecadação.	Pública que não sejam passíveis de seguro.
--	--	---	--

Fonte: Contratos de concessões de rodovias federais da 1ª etapa (ANTT, 1997), 2ª etapa-fase I (ANTT, 2007) e fase II (ANTT, 2008a) e 3ª etapa-fase I (ANTT, 2008c).

Do Quadro 3 percebe-se, mesmo nos contratos mais antigos, uma preocupação com o risco de demanda, sendo explicitamente alocado à parte privada. Tal preocupação encontrava justificativa na assimetria de informações, pois o Poder Público não tinha controle sobre a demanda real e dependia dos dados do próprio prestador do serviço para conhecê-la. Assim, o licitante poderia ofertar uma demanda mais alta do que a efetivamente projetada, e uma vez ganha a concorrência, pleitear reequilíbrio do contrato no provável caso de sua frustração.

Nesse sentido, parece que na 1ª etapa e na 2ª etapa, fase I, das concessões de rodovias federais, foi utilizado o método de alocação de riscos baseado na teoria das áleas, a despeito de à época já existirem trabalhos como os de Irwin et. al. (1997) e Kerf et. al. (1998) que tratavam da alocação objetiva. Nessa linha, depreende-se que não houve uma análise pormenorizada dos riscos inerentes à atividade, a fim de identificá-los, classificá-los e alocá-los de forma mais eficiente à parte que tenha melhor condição de minimizar os efeitos danosos na hipótese de sua ocorrência, tal como preconiza a literatura consultada. Percebe-se, ainda, um avanço na alocação a partir do contrato da BR 116/324 na Bahia (ANTT, 2008b), constante da 2ª etapa, fase II, e contemporâneo à Lei de PPP. Ou seja, até então, parece que se fazia o que a Lei das Concessões literalmente previa, considerando que a concessão corria por conta e risco da parte privada.

4.2 CONTRATO DO TREM DE ALTA VELOCIDADE - TAV

A ANTT replicou a experiência obtida com as concessões rodoviárias da 2ª etapa, fase II, na concessão do TAV (ANTT, 2010). Nesse sentido, o contrato estipula que, com exceção dos casos expressa e nomeadamente previstos, a concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à concessão. O Quadro 4 demonstra, resumidamente, essa alocação:

Quadro 4 – Alocação de riscos no contrato do TAV

Parte Pública	Parte Privada
a) desapropriações (até certo limite); b) manifestações sociais ou públicas que excedam os períodos de responsabilidade da concessionária; c) decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a concessionária de cobrar a tarifa; d) descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares; e) custos adicionais ou prejuízos decorrentes de atrasos causados pelo Poder Concedente; f) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros; g) alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da concessionária, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda; h) interrupção do fornecimento de energia elétrica ensejada por falha no sistema que não seja de responsabilidade da concessionária ou de seu fornecedor; e i) custos socioambientais que ultrapassem certo valor.	a) demanda; b) obtenção de licenças; c) investimentos; d) custos; e) atraso no cumprimento dos cronogramas; f) metodologia de execução e do projeto executivo; g) tecnologia; h) perecimento, destruição, roubo, furto e perda dos bens da concessão; i) manifestações sociais ou públicas até certo tempo; j) aumento do custo de capital; k) variação das taxas de câmbio; l) contratação e aquisição da energia elétrica; m) modificações na legislação do IR; n) caso fortuito e força maior, objeto de seguro; o) inflação superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa; p) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais; q) prejuízos causados a terceiros; r) prejuízos advindos da fixação dos valores cobrados a título de tarifas; e s) vícios ocultos dos bens da concessão.

Fonte: Minuta do Contrato de Concessão Trem de Alta Velocidade (ANTT, 2010).

Pode-se observar no Quadro 4 que, apesar de a concessão, conforme reza o contrato, se dar por conta e risco da concessionária, são pormenorizados riscos bem específicos a cargo do Poder Concedente, em contrapartida, detalhados alguns riscos de responsabilidade exclusiva da concessionária. Se comparado com os contratos de concessões

estudados até o momento, verifica-se que o do TAV é o que aloca os riscos com mais precisão e detalhamento.

Tome-se, por exemplo, o risco de contratação e fornecimento de energia, infere-se que por trás dessa alocação, parte pública / parte privada, foi utilizado método para alocação de riscos que resultou em um instrumento similar à matriz de riscos demonstrada no Quadro 2, para identificar esse risco como relevante nesse tipo de empreendimento e prever formas para sua mitigação por meio do seu compartilhamento.

4.3 CONTRATO DO AEROPORTO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE (ASGA)

Pode-se perceber que o processo de alocação evoluiu desde os primeiros contratos de concessões rodoviárias até o contrato do TAV. Só recentemente, contudo, os processos de concessão no Brasil começaram a ser estruturados com a formulação e apresentação de matriz de riscos conforme orienta a literatura analisada. Tome-se, por exemplo, o projeto do Asga, conduzido pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), cujo estudo de viabilidade disponibilizado na consulta pública foi instruído com o relatório denominado “Matriz de Risco” (ANAC, 2010a). Nessa matriz, a Anac classificou os riscos da concessão nas seguintes categorias: projeto de engenharia; construção; *performance*; operacionais; demanda; término antecipado; ambientais e outros. Cada categoria, por sua vez, é subdividida nos riscos que a Anac entendeu relevantes para esgotá-la.

Importante notar que a matriz elaborada pela Agência Reguladora é muito semelhante ao modelo apresentado no Quadro 2, com apenas uma diferença, o acréscimo da coluna denominada “Probabilidade”, que tem por função orientar o gestor sobre a frequência em que o risco ocorre. Devido à extensão e ao detalhamento da referida matriz, optou-se por exemplificar no Quadro 5 o tratamento dado para o risco de demanda.

Quadro 5 – Alocação do risco de demanda - Asga

Risco	Definição	Alocação	Impacto	(a) Prob.	Mitigação
Aumento / Redução da Demanda	Redução / aumentos inesperados de receita devido à demanda causada pelo desempenho econômico.	Privado	Médio / Alto	Ocasional	Vinculação de novos investimentos com base em gatilhos associados à demanda.
Demanda e dimensão da Infraestrutura aeroportuária	Responsabilidade pela manutenção/ampliação dos componentes da infraestrutura de acordo com a demanda.	Privado	Alto	Ocasional	Cláusula contratual prevendo aplicação de penalidades para os casos de não realização dos investimentos necessários.
Demanda desviada	Redução da demanda permanente por desvio para novo modal concorrente (Aeroporto)	Privado	Médio / Alto	Ocasional	Implantação pela Concessionária de mecanismos que visem o aumento da

	ou trem).				competitividade.
Demanda desviada para o Aeroporto Internacional Augusto Severo	Concorrência com o Aeroporto Internacional Augusto Severo, no tocante a voos comerciais.	Público	Alto	Improvável	Cláusula contratual que obriga a Anac a encerrar a operação do Aeroporto de Augusto Severo quando do início da operação do novo Aeroporto. Cláusula contratual de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Fonte: Matriz de Riscos (ANAC, 2010a). (a) Probabilidade.

Verifica-se no Quadro 5 que a Anac, ao contrário do que ocorria até então nos contratos de concessão de serviços públicos, nos quais toda a responsabilidade sobre a demanda recaía na parte privada, tratou detalhadamente esse risco, inclusive, alocando parte ao Poder Público. Para tomar essa decisão, como aconselha a teoria, é provável que tenha sido levado em consideração fatores como a capacidade de cada parte em lidar com aquele risco, a assimetria existente nas informações e o modo de regulação peculiar ao projeto. No caso, quanto ao risco alocado à parte privada, a Agência pode ter avaliado que o empreendimento é um indutor de demanda, ou seja, que o concessionário tem meios para atrair demanda para o aeroporto e detém o controle das informações necessárias para administrar o risco, o que poderia dificultar a regulação por parte da Agência. Já, quanto à demanda desviada para o Aeroporto Augusto Severo, não resta dúvida que se trata de um risco do Poder Concedente, uma vez que é ele quem o administra.

Verifica-se na prática, portanto, que a configuração da matriz de riscos é um instrumento valioso para subsidiar a alocação eficiente de riscos e redigir as respectivas cláusulas contratuais.

4.4 EVOLUÇÃO DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

Pode-se extrair, da análise feita neste capítulo, que a alocação de riscos é um processo dinâmico, riscos antes suportados por uma parte, podem em outra oportunidade ser compartilhados ou mesmo atribuídos totalmente à parte contrária, de forma a diminuir as incertezas e, consequentemente, os custos de transação. O Quadro 6 sintetiza essa evolução:

Quadro 6 – Evolução da alocação dos riscos nos contratos de concessão

Fator	Concessão Rodoviária (etapas)		TAV	Asga
	1ª e 2ª (fase I)	2ª (fase II) e 3ª		
Usa instrumento de identificação de riscos	Não	Não	Sim	Sim
Cláusulas específicas de alocação de riscos	Não	Sim	Sim	Sim
Utilização da teoria das áleas	Sim	Não	Não	Não

Revisão periódica	Não	Sim	Sim	Sim
-------------------	-----	-----	-----	-----

Fonte: Contratos ANTT (1997); ANTT (2007); ANTT (2008a); ANTT (2008c); ANTT (2010) e ANAC (2010b)

Pode-se extrair do Quadro 6 que o contrato de concessão rodoviária da 2ª etapa, fase II, representa a quebra de paradigma quanto à alocação de riscos. Isso pode ser explicado, pois inicialmente essa concessão havia sido modelada como uma PPP patrocinada, nos termos da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), todavia, acabou sendo delegada na forma de concessão comum, de acordo com a Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Apesar disso, o contrato manteve as cláusulas específicas de alocação de riscos, mitigando a teoria das áleas ordinária e extraordinária, deixando a delegação de ser por conta e risco do concessionário, para ter seus riscos razoavelmente alocados entre as partes. Outra evolução no referido contrato foi a inclusão da revisão periódica das tarifas com o intuito de instrumentalizar a alocação dos riscos contratuais, principalmente em se tratando dos riscos suportados pelo Poder Público. Extraí-se, ainda, que nos contratos que se seguiram os riscos foram alocados de forma mais precisa, mais detalhada, pois contaram com o auxílio de instrumentos adequados.

Conclui-se, portanto, que a utilização de instrumentos indicados pela literatura consultada, como por exemplo, Kerf. et. al. (1998) e Partnerships Victoria (2001), auxilia ao Poder Concedente no desenho adequado dos contratos, e isso pode ser replicado no contrato de delegação do TRIP. A experiência internacional e os estudos recentes no âmbito nacional sobre alocação de riscos analisados no referencial teórico, bem como, a evolução nos desenhos contratuais demonstrada no presente capítulo, avalizam esse ponto de vista.

5 ALOCAÇÃO DOS RISCOS RELEVANTES NOS CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS

Neste capítulo serão analisadas delegações de serviço de transporte terrestre de passageiros por ônibus no âmbito intermunicipal (Estados) e urbano (Municípios) com o intuito de identificar, com base no referencial teórico revisado no capítulo 2, os riscos relevantes nesse setor e sua alocação nos contratos, a fim de contrapor com o modelo adotado na minuta do contrato de TRIP ora em consulta.

5.1 SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS – SÃO PAULO

A Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. (EMTU) realizou em 2006 a licitação para a outorga onerosa dos serviços públicos de transporte coletivo intermunicipal, por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade, na Região Metropolitana de São Paulo, modalidade regular, compreendendo os municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e São Paulo. O critério de julgamento foi o maior valor de outorga na modalidade concorrência de âmbito internacional e envolveu, além da prestação do serviço de transporte de passageiros, a conservação e manutenção dos terminais de integração e pontos de parada. O regime jurídico adotado foi o da concessão.

O edital não é claro quanto à alocação de riscos, ela está inserida no capítulo 23 que trata do reajuste e da revisão contratual. A cláusula 23.2 determina que fica assegurada às partes a revisão contratual, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, para corrigir eventuais distorções na estrutura de custos e pelo compartilhamento de ganhos, em especial, quando ocorrer alguma das situações descritas nas respectivas subcláusulas. Portanto, cabe ao intérprete, de acordo com a definição do risco, presumir a quem cabe e em que medida. O Quadro 7 resume referida alocação:

Quadro 7 – Riscos e suas definições – Concorrência EMTU/SP nº 004/2006

Risco	Definição
Receita	a) disparidade entre o reajuste determinado à tarifa e os efeitos inflacionários; b) incremento de ganhos oriundos de fontes alternativas de receitas; c) surgimento de fontes alternativas de receita; d) integração tarifária compulsória das linhas de ônibus metropolitanas às linhas do Sistema “sobre trilhos”; e e) implantação do Projeto Metropass.
Custos	a) redução de custos oriundos de ganhos de produtividade gerados por fatores externos à Concessionária; e b) introdução compulsória de outros combustíveis.
Fato da administração	a) modificação unilateral imposta pelo Poder Concedente, que importe variação de custos ou de receitas, para mais ou para menos.
Fato do príncipe	a) criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, de comprovada repercussão nos custos e receitas da concessionária; e b) alteração legislativa de caráter específico, que tenha impacto direto sobre as receitas da concessionária, exceto sobre aquelas cuja concretização constitui risco exclusivo da concessionária.
Investimentos	a) implantação total ou parcial do Projeto da Racionalização Operacional; b) implantação, operação e manutenção dos novos terminais e novos abrigos; e c) demais intervenções previstas no Plano Integrado de Transportes Urbanos e nos sistemas municipais.

Fonte: Concorrência EMTU/SP Nº 004/2006.

De acordo com o Quadro 7, os riscos podem ser divididos em 5 categorias distintas: receita, custos, investimento e fatos da administração e do príncipe. As duas últimas, normalmente, a luz da teoria das áleas, são de responsabilidade do Poder Concedente, e na hipótese de sua ocorrência, a concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico-financeiro. Contudo, as demais categorias são confusas, pois contêm alguns riscos que são claramente associáveis à concessionária, como o surgimento de fontes alternativas de receitas, e outros, que podem ser alocados tanto ao Poder Concedente quanto à concessionária, como a introdução compulsória de outros combustíveis.

Importante destacar, ainda, que o Poder Concedente adotou a concessão como forma de delegação, instituto considerado como o mais adequado pela doutrina (SOUZA, 2003; DI PIETRO, 2008; BANDEIRA DE MELLO, 2004; PEREZ, 2006), principalmente nesse caso, na medida em que a prestação do serviço está associada à exploração da infraestrutura.

5.2 SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL DE PASSAGEIROS

Nos últimos anos foram realizadas diversas licitações para delegação do serviço de transporte coletivo municipal de passageiros por ônibus, neste trabalho analisaremos 3 contratos, listados no Quadro 8:

Quadro 8 – Contratos de delegação do serviço de transporte coletivo municipal de passageiros por ônibus analisados

Município	Documento	Modalidade	Exploração Infraestrutura	Alocação clara dos riscos
Rio de Janeiro/RJ	Concorrência nº 01/2008	Concessão	Não	Não
Bagé/RS	Concorrência nº 001/2008	Concessão	Sim	Não
Mogi das Cruzes/SP	Concorrência nº 005-5/2003	Concessão	Não	Não

Fonte: Contratos Concorrência Rio de Janeiro/nº 01/2008; Bagé/nº 001/2008; Mogi das Cruzes/nº 005-5/2003

Pode-se observar no Quadro 8 que em dois certames o objeto da licitação é apenas o serviço de transporte municipal de passageiros por ônibus, e em apenas um, o do Município de Bagé, a prestação do serviço envolve a exploração de infraestrutura.

Nota-se também no Quadro 8 que a alocação de risco nesses contratos não foi feita de forma clara, possivelmente por não ter ocorrido estudo minucioso por parte do Poder Concedente dos riscos relevantes, a fim de reparti-los adequadamente e antever medidas de mitigação. De fato, os contratos, escorando-se na Lei das Concessões (BRASIL, 1995), limitam-se a afirmar que a concessão se dará por conta e risco do concessionário. Nesse contexto, passa-se à análise individualizada.

5.2.1 Município de Bagé

O contrato referente ao Município de Bagé (cláusula 12.1), de forma semelhante ao contrato analisado no item 5.1., não tem uma seção própria de alocação de riscos, limita-se a prever situações que asseguram às partes a revisão contratual para corrigir eventuais distorções na estrutura de custos e pelo compartilhamento de ganhos, inseridas no capítulo 12 da minuta de contrato que trata do reajuste e da revisão contratual. Cita, em especial, as seguintes hipóteses, conforme Quadro 9:

Quadro 9 – Alocação de riscos no contrato de concorrência nº 001/2008 - Município de Bagé

Risco	Definição
Receita	a) incremento de ganhos oriundos de fontes alternativas de receitas; e b) surgimento de fontes alternativas de receita.
Custos	a) redução de custos oriundos de ganhos de produtividade gerados por fatores externos à Concessionária.
Fato da Administração	a) modificação unilateral imposta pelo Poder Concedente, que importe variação de custos ou de receitas, para mais ou para menos; e b) alteração legislativa de caráter específico, que tenha impacto direto sobre as receitas da concessionária.
Fato do Príncipe	a) criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, de comprovada repercussão nos custos e receitas da Concessionária.

Fonte: Minuta do contrato de concessão da concorrência nº 001/2008 Município de Bagé/RS.

Percebe-se do Quadro 9 que a alocação de riscos foi feita de forma incipiente e pouco clara, cabendo à concessionária, na ocorrência de qualquer das situações, pleitear a recomposição do equilíbrio do contrato, fundamentando em estudo que o justifique (cláusula 12.4.1).

Interessante notar que o objeto do contrato compreende a prestação do serviço de transporte em conjunto com a conservação e manutenção dos abrigos, em pontos de parada, proporcionando inclusive sua exploração publicitária. Ou seja, é mais um exemplo de contrato de prestação de serviço associado à exploração da infraestrutura e que, portanto, deve ser delegado por meio do instituto da concessão, como de fato foi.

5.2.2 Município do Rio de Janeiro

O contrato do Município do Rio de Janeiro não é diferente dos analisados até o momento. Incluiu a alocação de riscos na cláusula quinta que trata do reajuste e da revisão da tarifa, prevendo as hipóteses constantes no Quadro 10:

Quadro 10 – Alocação de riscos no contrato de concorrência nº 001/2008 - Município do Rio de Janeiro

Risco	Definição
Fato da Administração	Sempre que por imposição do Poder Concedente, houver modificação unilateral do contrato, que importe em variação dos seus gastos, com repercussão, devidamente

	comprovada, sobre o custo dos serviços, tanto para mais como para menos.
Fato do Príncipe	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 nos custos.
Diversos	Nos demais casos permitidos pela legislação aplicável.

Fonte: Minuta do contrato de concessão da concorrência nº 01/2008 do Município do Rio de Janeiro/RJ.

Extraí-se do Quadro 10 que a alocação de riscos foi feita com base na teoria das áleas abordada no item 2.4 deste artigo. Verifica-se, ainda, que a inclusão de hipótese genérica que remete à “legislação aplicável” torna o contrato, que por natureza é um instrumento complexo e incompleto, também incerto e dúbio, portanto, cláusulas dessa natureza vão de encontro à metodologia de alocação de riscos exposta no referencial teórico deste trabalho, em especial a apresentada por Irwin et. al. (1997) e Partnerships Victoria (2001).

Interessante notar, ainda, na primeira hipótese do Quadro 10, que o contrato prevê que a concessionária terá direito à revisão da tarifa sempre que seus custos forem afetados para mais ou para menos. Parece lógico que ela abrirá mão dessa revisão nos casos em que a afetação se dê para menos, ou seja, ganhos de produtividade podem não ser repassados para a modicidade tarifária.

Por fim, importa destacar que, apesar do objeto da concessão não compreender a exploração de infraestrutura, o serviço foi delegado por meio de concessão.

5.2.3 Município de Mogi das Cruzes

O contrato do Município de Mogi das Cruzes, no mesmo sentido dos contratos anteriores, incluiu a alocação de riscos na cláusula sexta que trata do reajuste e da revisão da tarifa. Prevê as hipóteses de riscos constantes no Quadro 11:

Quadro 11 – Alocação de riscos no contrato da Concorrência nº 005-5/2003 – Município de Mogi das Cruzes

Risco	Definição
Fato da Administração	Alterações nos parâmetros operacionais dos serviços concedidos, originárias de determinações unilaterais do Poder Concedente.
Fato do Príncipe	Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais.
Custos	Varição dos preços dos insumos característicos do serviço de transporte de passageiros municipal, sempre por <u>pleito de iniciativa da concessionária</u> ; e Evoluções tecnológicas (melhoramentos, substituição de tipos ou modelos de veículos e pneus) promovidas pelos fornecedores de insumos utilizados pela concessionária na <u>prestação dos serviços concedidos, que impliquem em aumento de preços.</u>

Fonte: Minuta do contrato de concessão da Concorrência nº 005-5/2003 do Município de Mogi das Cruzes/SP.

Extraí-se do Quadro 11 que a alocação de riscos não é clara e parece ter sido baseada na teoria das áleas, tendo em vista os conceitos e argumentos de Di Pietro (2008), Justen Filho (2003) e Aragão (2008). Pode-se concluir, ainda, quanto à categoria custos, que a

cláusula é falha ao deixar a cargo exclusivo da concessionária a possibilidade de pleitear o equilíbrio do contrato e ainda ao determinar que somente a evolução tecnológica que aumente os preços irá ensejar o reequilíbrio do contrato, ou seja, nesse caso, a alocação de riscos está pendendo somente para o lado da concessionária em detrimento da modicidade tarifária, o que caracteriza afastamento em relação às recomendações da literatura consultada (IRWIN et. al., 1997; PARTNERSHIPS VICTORIA, 2001). Cabe destacar ainda que esse é outro exemplo de contrato cujo objeto não comporta exploração de infraestrutura, entretanto, prevê a delegação por meio de concessão, estando coerente com a argumentação exposta por Souza (2003) e Perez (2006).

5.2.4 Conclusão quanto ao serviço de transporte coletivo municipal de passageiros por ônibus

Com base nos contratos de delegação do serviço de transporte coletivo municipal de passageiros por ônibus, percebe-se a opção pela utilização do instituto da concessão ao invés da permissão, mesmo quando o objeto não compreende a exploração de infraestrutura. Por outro lado, é generalizada a falta de metodologia para a alocação dos riscos, aumentando significativamente as incertezas, portanto, diminuindo a eficiência da concessão. Dessas conclusões extrai-se que de nada adianta dar ao contrato a estabilidade inerente ao instituto da concessão sem o necessário suporte de cláusulas de alocação de riscos adequadamente redigidas.

5.3 SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS (TRIP)

Neste capítulo será abordado o serviço de transporte terrestre de passageiros por ônibus, apontando algumas características, destacando sua importância e a forma de delegação. Serão abordadas, ainda, diferenças relevantes entre a prestação atual dos serviços de TRIP e a do novo modelo de delegação em consulta pública, enfatizando a alocação do risco de demanda.

5.3.1 Características e importância dos serviços de TRIP no contexto nacional

Os serviços de transporte coletivo de passageiros por ônibus, por previsão assentada nos artigos 21, XII, “e”, e 175, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), tem natureza de serviço público e pode ser delegada à iniciativa privada sob o regime de

concessão ou permissão, conquanto, sempre precedida de licitação (BRASIL, 1988). O próprio texto constitucional define o modal urbano, ou seja, aquele realizado dentro dos limites de um mesmo município (art. 30, V), como essencial. O mesmo não acontece com os serviços interestaduais e intermunicipais, contudo, é inegável que esses serviços, em especial, o transporte interestadual (art. 21, XII, “e”) tem esse mesmo caráter, devido sua grande relevância como indutor da integração nacional, fomentador do desenvolvimento socioeconômico do País e instrumento de cidadania (CRUZ, 2008).

Os serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros a cargo da União estão sob a administração da ANTT, que é o órgão da administração indireta responsável por sua regulação. O serviço regular interestadual, por sua vez, é subdividido em duas modalidades distintas: a primeira corresponde ao serviço de transporte rodoviário interestadual coletivo de passageiros por ônibus com extensão superior a setenta e cinco quilômetros, que é aquele que transpõe os limites de Estados e do Distrito Federal, denominado pelo acrônimo TRIP; a segunda, ao serviço de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros por ônibus, que é aquele que, com extensão igual ou inferior a setenta e cinco quilômetros e característica de transporte rodoviário urbano, transpõe os limites de Estado, Distrito Federal ou de Território.

Nesse contexto, a ANTT (2008a, pág. 3) afirma que dos “1.734 serviços regulares básicos existentes no STRIIP [Sistema de Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros], apenas 36 (que atendem 25 ligações diferenciadas em seus pares de origem e destino) foram delegados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio do devido processo de licitação”. Para corrigir esse problema, a Agência está conduzindo um processo licitatório de extrema importância para o País que envolve em torno de 98% das ligações do STRIIP atualmente prestadas de forma precária sob o regime de autorização especial.

Devido à magnitude do processo licitatório em curso e da importância do TRIP para o Brasil e considerando que a alocação de riscos ainda é um tema pouco explorado do direito contratual pátrio, faz-se oportuno o desenvolvimento de trabalhos científicos sobre o desenho adequado das respectivas cláusulas nos contratos de delegação desse serviço.

Diversos autores denotam a importância do serviço de transporte terrestre de passageiros por ônibus no contexto dos serviços públicos prestados por delegação. Menezes (2004) afirma que o transporte público de passageiros no Brasil tem fundamental importância no cotidiano da população, pois representa, em muitos casos, o único meio de deslocamento ao alcance das pessoas carentes e, entre os transportes coletivos, o ônibus é o meio mais

utilizado pela sua maior acessibilidade e pelo atendimento amplo aos desejos de destino da população. Aragão (2008), por sua vez, propugna que o serviço é de fundamental importância no desenvolvimento das cidades, sendo o principal meio de transporte urbano, gera profundas externalidades positivas, em termos de redução de poluição, congestionamentos e valorização das áreas servidas, bem como, benefícios associados às economias de redes, exigindo oferta contínua às áreas periféricas e tarifas módicas para os usuários mais pobres.

A prestação dos serviços de TRIP, atualmente, é realizada linha a linha de acordo com o disposto no art. 3º, XV, do Decreto nº 2.521/1998 (BRASIL, 1998), segundo o qual: a “linha refere-se ao serviço de transporte coletivo de passageiros executado em uma ligação de dois pontos terminais, nela incluída os seccionamentos e as alterações operacionais efetivadas, aberto ao público em geral, de natureza regular e permanente, com itinerário definido no ato de sua delegação”. Em outras palavras, a linha delimita a área de atuação onde a empresa presta os serviços, sendo definida como o próprio serviço (MARTINS, 2007).

A licitação em curso altera substancialmente o modelo de delegação, pois evolui do conceito de linha para o de redes. A licitação será dividida em grupos de ligações intra e inter-regionais no intuito de agrupar ligações menos atrativas com ligações mais atraentes em um mesmo lote, configurando subsídio cruzado de modo a evitar a ocorrência de licitações desertas, ao mesmo tempo em que explora ganhos de escala decorrentes da proximidade geográfica das linhas, otimizando a eficiência alocativa dos recursos e homenageando o princípio da generalidade, insculpido no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

Espera-se, portanto, uma profunda modificação na delegação do TRIP, aumentando significativamente a complexidade do certame licitatório e, conseqüentemente, do edital de licitação e da correspondente minuta de contrato.

5.3.2 Permissão vs. Concessão no Serviço de TRIP

A segurança jurídica advinda da escolha do instrumento à prestação do TRIP constitui-se em fator fundamental para a alocação eficiente dos riscos e conseqüente prestação adequada do serviço.

Nesse diapasão, as delegações do TRIP em vigor foram feitas por permissão dita qualificada ou condicionada (JUSTEN FILHO, 2003), fato criticado por alguns doutrinadores (SOUZA, 2003; DI PIETRO, 2008; BANDEIRA DE MELLO, 2004), e contrário à tendência de delegação dos respectivos serviços nas demais esferas políticas (estaduais e municipais), que apontam para o instituto da concessão, mesmo quando não há a exploração de ativos tangíveis. Destaque-se que, no modelo atual, as delegações do TRIP são feitas por permissão,

conforme preconiza o art. 13, IV, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001), por não implicar a exploração da infraestrutura; do contrário, se a prestação do serviço for associada à exploração da infraestrutura, a delegação deve ser feita por concessão (art. 13, I, Lei nº 10.233/2001).

Conforme Souto (2005), apesar de a permissão ser doutrinariamente definida como ato unilateral, ela é constitucionalmente considerada um contrato administrativo de adesão, nos termos do art. 175 da CF/1988 (BRASIL, 1988) e do art. 40 da Lei das Concessões (BRASIL, 1995). No mesmo sentido, Di Pietro (2008) afirma que a fixação de prazo determinado nos contratos de permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e a concessão, pois ocorre a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração. Na realidade, a doutrina já vem discutindo há muito a utilização do instituto da permissão na outorga daqueles serviços públicos que demandariam concessão. Nas palavras de Matayaoshi (2008, p. 465), “é importante registrar que, na realidade, a confusão em torno do instituto da permissão já ocorria anteriormente à promulgação da Constituição de 1988”.

Faz-se necessário ressaltar que, após a promulgação da CF/1988, apenas 36 serviços regulares básicos de TRIP foram regularmente licitados sob o regime de permissão, linha a linha, independentemente da exploração da infraestrutura utilizada. Todavia, conforme já observado, o novo modelo licitatório em consulta pública exige das futuras delegatárias investimentos vultosos em infraestrutura, tais como sede administrativa, garagens, pontos de apoio, agências e áreas alugadas em terminais rodoviários, ou mesmo, na construção de terminais nos pontos nodais.

Mesmo no atual modelo de delegação, autores como Souza (2003), apesar de reconhecerem que a legislação determina sua prestação por meio de permissão, mediante contrato de adesão, entendem que a concessão é o instrumento regulatório compatível com a segurança jurídica que se pretende conferir ao transportador rodoviário, tendo em vista a complexidade técnica na execução do transporte e as vultosas quantias envolvidas, incompatíveis, portanto, com a precariedade inerente às permissões.

Essa tendência espalha-se nos âmbitos estadual e municipal, vide a Constituição do Estado de Mato Grosso (art. 332, § 2º) que prevê a prestação do serviço de transporte rodoviário intermunicipal mediante concessão (MATO GROSSO, 2007), e as delegações do serviço de transporte dos municípios: Rio de Janeiro/RJ; Bagé/RS; e Mogi das Cruzes/SP, que também adotaram o modelo de concessão.

Conclui-se, desta forma, que nesse momento de transição do serviço de TRIP é conveniente uma reflexão mais profunda sobre o instituto de delegação adequado à nova modelagem ora em consulta pública, não somente devido à possibilidade da exploração da infraestrutura preconizada pela legislação infraconstitucional, mas também pelo vulto dos investimentos que deverão ser realizados, ou ainda, pela estabilidade jurídica necessária para minimizar os riscos durante todo o longo prazo de duração do contrato.

5.3.3 Alocação na minuta de contrato do TRIP

A alocação de riscos do TRIP está contida em cláusula específica na minuta de contrato (ANTT, 2008d) denominada “assunção de riscos”, assim, apesar de não conter o detalhamento desejado, nem prever meios de mitigação caso venham a se materializar, evoluiu em relação aos contratos dos serviços semelhantes analisados. As subcláusulas 20.1 e 20.2 definem quais são riscos e os alocam, respectivamente, à permissionária e ao Poder Público, consoante o Quadro 12:

Quadro 12 – Risco, definição e alocação no contrato do TRIP

Categoria	Definição do risco	Alocação
Demanda	a) Demanda.	Privado
Custos operacionais	a) Tecnologia empregada nos serviços da Permissão; b) Responsabilidade civil, administrativa e criminal penal por danos ambientais e a terceiros decorrentes da operação das linhas; e c) Perecimento, destruição, roubo, furto ou perda de bens da Permissão.	
Financeiros	a) Aumento do custo de capital; b) Variação das taxas de câmbio; e c) Inflação superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa.	
Projeto	a) Custos e receitas diferentes do previsto no fluxo de caixa indicativo; e b) Provisão de receita para pagamento de tarifa de pedágio diferente daquela estabelecida em resolução da ANTT.	
Fatos da Administração e do Príncipe	a) Alteração unilateral do contrato; e b) Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, exceto IR.	Público

Fonte: Minuta do Contrato de Permissão do TRIP (ANTT, 2008d)

Percebe-se do Quadro 12 que os riscos identificados foram explicitamente alocados a cada uma das partes. Os riscos associados à demanda, aos custos operacionais, ao mercado financeiro e ao projeto foram alocados exclusivamente ao particular, entretanto, parece que a alocação ainda é inspirada na teoria das áleas (DI PIETRO, 2008; JUSTEN FILHO, 2003; ARAGÃO, 2008), difundida em nosso sistema jurídico, pois coube ao Poder Público basicamente os riscos correspondentes à álea extraordinária.

Reforça essa tese o fato de que a alocação está incompleta, parece que não foi feita com o auxílio de instrumentos adequados, conforme preconiza a literatura consultada

(IRWIN et. al., 1997; PARTNERSHIPS VICTORIA, 2001), pois riscos fundamentais, afetos a projetos dessa natureza, como, por exemplo, trabalhistas e de rede, não foram explicitamente alocados. Nesse sentido, na seção 5.3.4 será testada matriz de riscos para alocação do risco de demanda associado à prestação dos serviços de TRIP no modelo de licitação por rede de ligações.

5.3.4 Risco de demanda na prestação dos serviços de TRIP

A nova formatação do modelo de licitação dos serviços de TRIP de linha a linha para redes de ligações exige a reformulação dos riscos afetos ao projeto. Assim, baseando-se na classificação de Aragão, Orrico Filho & Câmara (2009) e nas matrizes de riscos elaboradas por Partnerships Victoria (2001) e Anac (2010a) pode-se considerar relevantes ao TRIP categorias de riscos tais como: contratuais; licitatórios; operacionais; financeiros; custos e investimentos; demanda; rede; trabalhistas; término antecipado; ambientais; regulatórios; ações governamentais (fato do Príncipe e fato da administração); e caso fortuito ou força maior. O detalhamento de cada uma dessas categorias e respectivos riscos foge ao escopo deste artigo, todavia, sem a intenção de exaurir o assunto, o Quadro 13 apresenta proposta para a alocação do risco de demanda.

Quadro 13 – Risco de demanda: definição, alocação, impacto e mitigação.

Risco de Demanda	Definição	Alocação	Impacto	Mitigação
Erro de Projeção	Redução / aumento da demanda projetada nos estudos do Poder Concedente e nos estudos projetados pela licitante vencedora	Privado	Alto	Realização de estudos embasados em informações atuais e fidedignas. Projeção de demanda baseada em índices confiáveis e conservadores. Rejeição de oferta baseada em estudo de demanda evidentemente irreal.
Ambiente Macroeconômico	Redução / aumento inesperada da demanda causada pelo desempenho da economia.	Público / Privado	Médio / Alto	Vinculação de novos investimentos com base em gatilhos associados à demanda. Incentivos tarifários e outros para estimular a demanda. Cláusula contratual prevendo repartição de parte do excesso / redução da demanda.
Desvio de Modal	Redução de demanda permanente por desvio para novo modal concorrente (aéreo, automóvel, trem).	Público / Privado	Alto	Implantação pela concessionária de mecanismos que visem o aumento da competitividade. Cláusula contratual prevendo repartição de parte do excesso / redução da demanda.
Competição nos Troncos	Redução / aumento da demanda causada pela competição entre as empresas que competem em um mesmo tronco principal.	Privado	Alto	Equilíbrio na elaboração das redes de ligações que concorrem em um mesmo tronco. Implantação pela concessionária de mecanismos que visem o aumento da competitividade.
Interferência do	Redução / aumento da	Público	Baixo	Reequilíbrio das redes.

Poder Concedente	demanda devido a interferências diretas do Poder Concedente (p.ex. introdução / retirada de concorrentes em um mesmo tronco).			
------------------	---	--	--	--

Fonte: Elaboração própria.

Uma matriz de riscos como a apresentada no Quadro 13 permite ao Poder Concedente identificar os riscos relevantes, tratá-los de forma adequada utilizando o princípio básico da alocação, estudado no item 2.3 deste artigo.

Na matriz sugerida no Quadro 13, por exemplo, há uma quebra de paradigma quando ao risco de demanda. Percebe-se, da análise da coluna risco de demanda, que existem vários fatores que podem afetá-la, e cada um desses fatores exige repartição e mitigação próprias. Em outras palavras, nem todo o aumento ou frustração da demanda deve ser necessariamente alocado integralmente ao parceiro privado. Atualmente, o desenvolvimento tecnológico dá ao Poder Concedente instrumentos efetivos de regulação, o controle *on line* da demanda por meio da bilhetagem eletrônica é um deles. Desta forma, o risco de demanda, que tradicionalmente é alocado ao parceiro privado, pode ser repartido de acordo com o princípio básico de alocação. Como exemplo disso, sem adentrar no mérito da forma e em que medida foi feita a repartição, pode-se citar a PPP para concessão da rodovia MG-050 (MINAS GERAIS, 2006).

Por fim, a técnica adotada na alocação apresentada no Quadro 13 para o risco de demanda do TRIP, inspirada no trabalho de Vällilä (2005), segundo o qual o risco de demanda é uma questão complexa influenciável e gerenciável de maneira limitada por ambas as partes e, portanto, pode ser repartido entre elas, e nas matrizes elaboradas pela Partnerships Victoria (2001) e Anac (2010a), pode ser aprofundada e validada, a fim de ser replicada para outros tipos de riscos, como, por exemplo, para os riscos de rede e trabalhistas, fundamentais em um projeto como a prestação de serviços de TRIP, formatado em lotes de ligação e uso intensivo de mão de obra.

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar a evolução da alocação de riscos nos contratos de serviços públicos de infraestrutura e de transporte coletivo de passageiros por ônibus no Brasil, com o intuito de testar técnica de alocação de riscos, mais especificamente,

do risco de demanda associado aos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus.

Conclui-se, do capítulo 2, que o risco representa a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes. Grande parte deles são comuns a qualquer projeto de delegação de serviço público (v.g. riscos de demanda, financiamento e custos), todavia, não é possível fazer generalizações, cada projeto apresenta peculiaridades que irão influenciar na relevância de cada um desses riscos, cite-se, no caso do TRIP, os riscos trabalhistas e de rede, que apesar da relevância devido às especificidades do projeto, não foram alocados na minuta de contrato em consulta pública. Da literatura internacional, depreende-se que esses riscos, uma vez identificados, devem ser alocados de acordo com o princípio básico de alocação que propugna que o risco deve ficar a cargo da parte que melhor tenha condições de suportá-lo, contudo, no Brasil, devido à tradição da teoria das áleas, esse princípio ainda não é difundido. Essa resistência, todavia, vem aos poucos sendo superada, doutrinária e legalmente, principalmente após a edição da Lei Federal das PPPs. Por fim, extraiu-se desse capítulo que a alocação de riscos deve estar assentada em técnicas, métodos e instrumentos consistentes e robustos, como por exemplo, na formulação de uma matriz de riscos detalhada, dentro de um processo de gestão de riscos que: preveja e descreva o risco; avalie sua consequência; defina a parte que o suportará; e as medidas para sua mitigação. O detalhamento dessa matriz deve levar em consideração a complexidade de cada projeto.

A análise dos contratos no capítulo 4 permite concluir que a alocação de riscos é um processo dinâmico, que deve acompanhar a evolução da prestação dos serviços, admitindo que os riscos sejam suportados de acordo com o princípio básico de alocação discutido no referencial teórico. Verificou-se que essa evolução também ocorreu na legislação, a exemplo da Lei das PPPs, que permite a alocação objetiva dos riscos, em contraponto à Lei das Concessões, que determina, de forma geral, a delegação por conta e risco do concessionário.

Verificou-se no capítulo 5, por meio da análise dos contratos de delegação dos serviços de transporte intermunicipal e urbano de passageiros por ônibus, que o instituto normalmente utilizado para delegações dessa natureza é a concessão, que pode dar maior segurança jurídica em relação à permissão. Conclui-se, todavia, que de nada adianta a adoção de um instituto mais estável sem o suporte de cláusulas consistentes de alocação de riscos. Já, da análise da minuta do contrato de delegação do TRIP, conclui-se que as cláusulas de alocação de riscos contêm lacunas, na medida em que riscos importantes como trabalhistas e de rede não foram contemplados.

Extrai-se do capítulo 5, ainda, que o modelo de delegação do TRIP mudou consideravelmente, passando de linha para redes, tornando o projeto muito mais complexo, indicando a exploração associada da infraestrutura, o que causa profundas mudanças na alocação de riscos até então considerada.

Por fim, os objetivos traçados para o presente trabalho foram atingidos, na medida em que, do referencial teórico adotado e da análise dos contratos de serviços públicos de infraestrutura e de transporte coletivo de passageiros por ônibus no Brasil, resultou a sugestão de técnica para a evolução da alocação do risco de demanda nos contratos dos serviços de TRIP. Sugere-se, ainda, que a técnica adotada na alocação do risco de demanda dos serviços de TRIP seja aprofundada e validada, a fim de ser replicada em outros tipos de riscos, como, por exemplo, riscos de rede e trabalhistas, fundamentais em projetos como os de prestação de serviços de TRIP.

REFERÊNCIAS

ALLEN, G. The Private Finance Initiative (PFI). **Economic Policy and Statistics Section**. House of Commons Library. Research Paper 01/117. 2001. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

ANAC. **Audiência Pública nº 21/2010**. Proposta de licitação para a concessão da construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA). Relatório 5 - Matriz de Riscos. 2010a. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/transparencia/audiencia/audiencia21-2010/Relatório%205%20-%20Matriz%20de%20Riscos.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

ANAC. **Audiência Pública nº 21/2010**. Proposta de licitação para a concessão da construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA). Contrato de Concessão Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante. 2010b. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/transparencia/audiencia/audiencia21-2010/Relatório%205%20-%20Matriz%20de%20Riscos.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

ANTT. **Minuta do Contrato de Concessão**. Trem de Alva Velocidade na Estrada de Ferro EF-222 (Rio de Janeiro - Campinas). 2010. Disponível em: <http://www.tavbrasil.gov.br/Documentacao/CONTRATO_consolidado/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. **Documento Base**. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/V2/DocumentoBase.pdf>>. 2008a. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. **Contrato de Concessão Via Bahia**. Edital nº 001/2008. 2008b. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/concessaorod/ViaBahia/Contrato_Bahia20100521.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. **Contrato de Concessão da Exploração da Rodovia: BR-040/MG Trecho Brasília – Juiz de Fora**. 2008c. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/avisolicitacao/MinasGerais/ap95/EditaleContrato/BR040/EditalBR040.zip>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. **Edital de Permissão nº 000/2008**. Permissão de prestação de serviços regulares de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros. 2008d. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/V2/EditaldePermissao.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. **Contrato de Concessão da Exploração da Rodovia: BR-116/PR/SC Trecho Curitiba-divisa SC/RS.** 2007. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/comunicadoaudiencia/contratos/edital006/20090727ContratoAutoPistaPlanaltoSul.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. **Contrato de Concessão PG-016/97-00.** Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. (Concepa). 1997. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/concessaorod/contratos/20090727ContratoConcepa.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos Serviços Públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGAO, J. J. G.; MORAIS, A.C.; PASSOS DIAS, F.A.O.; MARTINS, F.G.D.; HOLANDA, J.F.; PORFÍRIO, M.; CÂMARA, M.T. **Parceria Público-Privada:** procedimento de avaliação qualitativa de riscos como ferramenta para desenho de contratos. 2005. Anais do XIX Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes: XIX ANPET, Recife, 2005.

ARAGÃO, J. J. G.; ORRICO FILHO, R. D.; CÂMARA, M. T. Risk Management Clauses in Tender Contracts for Passenger Transport Operations: The Case of Manaus, Brazil. **International Journal of Transport Economics**, v. 36, n.1, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.thredbo.itls.usyd.edu.au/downloads/thredbo10-papers/thredbo10-themeC-Aragao-Filho-Camara.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. 1998. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2521.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. 1995. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e

dá outras providências. 1993. **Lex:** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. 2001. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10233cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. 2004. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L11079cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, e dá outras providências. 2005. **Lex:** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L11196cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas.** 2003. Traduzido e revisado pela KPMG. Disponível em:
<http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

CRUZ, R. O. M. **Regulação Alternativa do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros:** Viabilidade Legal da Introdução do Modelo de Regulação de Toque Leve. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Transportes). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parceria na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO, V. G.; PAMPLONA, J. B. Alocação de riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 39, n. 1, jan./mar. 2008. Disponível em:
<http://www.bnb.gov.br/projwebren/exec/artigoRenPDF.aspx?cd_artigo_ren=1069>. Acesso em: 12 jul. 2010.

IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. Dealing with public risk in private infrastructure: an overview. In: _____. **Dealing with public risk in private infrastructure.** World Bank Latin American and Caribbean Studies, [S. l.], p. 1-19, 1997.

JUSTEN FILHO, M. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

KERF, M.; GRAY, R.D.; IRWIN, T.; LEVESQUE, C.; TAYLOR, R.R. **Data Concessions for infrastructure: a guide to their design and award.** 1998. Library of Congress Cataloging-in-Publication. World Bank technical paper, n° 399.

LEWIS, M. K. Risk management in public private partnerships. **CeGE Discussion Paper.** 2001. Disponível em:
<<http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/31983/1/346217636.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

MARTINS, F. G. D. **Mercados de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Uma Análise sob Enfoque Dinâmico de Elementos Determinantes das Condições de Concorrência.** 2007. Dissertação (Mestrado em Transportes). 143 f. Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MATAYAOSHI, N. O Instituto da Permissão de Serviços Públicos no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: Tribunal de Contas da União. **Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo.** Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. Págs. 457-495.

MATO GROSSO. **Constituição do Estado de Mato Grosso:** promulgada em 5 de outubro de 1989. 2007. **Lex:** Disponível em: <
http://www.al.mt.gov.br/v2007/doc/constituicao_estadual_mt.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2010.

MENEZES, E. O. **Estudo Comparativo entre o Transporte Rodoviário Interestadual Semi-Urbano e Interestadual de Passageiros.** 2004. 123 f. Dissertação (Mestrado em Transportes) - Universidade de Brasília, Brasília, 2004.

MINAS GERAIS. **Concorrência para Concessão Rodoviária Edital n° 070/06.** 2006. Disponível em: <
<http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/mg-050/downloads-mg-050/Edital%20no%20070-2006%20%28PPP%20MG-050%29.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

OU DOT, J. M. **Risk-allocation:** theoretical and empirical evidences: application to public-private partnerships in the defence sector. Centre ATOM, University of Paris I Panthéon, Soborne, 2005. Disponível em:
<<http://carecon.org.uk/Conferences/Conf2005/Papers/Oudot.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

PARTNERSHIPS VICTORIA. **Risk allocation and contractual issues.** Department of Treasury and Finance, Melbourne: 2001. Disponível em:
<[http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2010.

PEREZ, M. A. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Fórum: Belo Horizonte, 2006.

QUEIROZ, C. Contractual Procedures to Involve the Private Sector in Road Maintenance and Rehabilitation. **Transport Sector Familiarization Program**, Worldbank. 1999. Disponível em: <http://www.worldbank.org/transport/roads/c&m_docs/ts_499.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.

SOUTO, M. J. V. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, A. M. S. **Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2.104/2008 – TCU-Plenário**. 2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=3&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

VÄLILÄ, T. How expensive are cost savings? on the economics of public-private partnerships. **European Investment Bank Papers**. [S. l.], v. 10, n. 1, p. 95-116, 2005. Disponível em

<http://www.eib.org/attachments/efs/eibpapers/eibpapers_2005_v10_n01/eibpapers_2005_v10_n01_a04_en.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.

VASCONCELOS, A. S. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil. In: Tribunal de Contas da União. **Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. Págs. 217-266.