

COMO ENSINAR CONCESSÕES E PPPS?¹

EDUARDO JORDÃO

TARCILA REIS

1 Introdução

Este pequeno ensaio tem dois objetivos. Primeiro, repetir o convite à contínua autorreflexão sobre as tradições e consequências do nosso ensino jurídico.² Não se trata de negar o conteúdo/forma até então transmitido, mas avaliar se tal conteúdo/forma ajuda quem está em formação ou quem simplesmente precisa de uma solução para o seu negócio, que também é uma política pública. Segundo, mapear e analisar algumas das características presentes na literatura jurídica basilar (isto é, nos manuais de Direito Administrativo) e compará-las com a realidade dos editais e contratos que sustentam as concessões e PPPs. O que está nos manuais considera as decisões que pautam os editais? O que está nos manuais dialoga com o que está nos contratos?

O Brasil possui hoje um dos maiores programas de parceria de investimento com a iniciativa privada no mundo. Já temos um ecossistema de equipes técnicas, que se acostumaram a dialogar em ambiente multidisciplinar. Há também uma proliferação de projetos de concessões e PPPs, apesar da lista comprida de desafios e a persistente heterogeneidade setorial. Governos dos mais diferentes matizes ideológicos já entendem a importância do instrumento e valorizam o seu uso.

Num contexto que combina o desenvolvimento de novos contratos e a gestão de tantos outros, como os nossos alunos têm sido preparados para compreender, criticar e participar dessa realidade? Que apoio a nossa literatura jurídica basilar dá aos estudantes e advogados públicos e privados para desempenharem seu papel de viabilizador de soluções jurídico-regulatórias?

¹ Um artigo sobre este tema numa coletânea em homenagem à Professora Cristiana Fortini carece de justificativas: a professora é, ela mesma, uma das maiores especialistas do Brasil em concessões e PPPs — além de ser também uma craque do ensino jurídico. Vida longa à Cris!

² Um dos autores deste texto já publicou, por exemplo, Eduardo Jordão, Por menos exposição e mais participação nas salas de aula. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 9, p. 699-708, 2023.

Neste ensaio, e diante das limitações de espaço, o segundo objetivo apresentado será implementado de forma limitada. Os autores escolheram alguns poucos temas, se considerarmos o amplo universo de temas que circundam os editais e contratos de infraestrutura: (i) conceito, (ii) licitação, (iii) adequação do serviço, (iv) equilíbrio econômico-financeiro e (v) crises nas concessões. São apenas eles que vêm tratados a seguir.

Mas o esforço de avaliar estas características é chave para legitimar o primeiro objetivo: o convite à autorreflexão sobre as tradições e consequências do nosso ensino jurídico. Dado o perfil dos autores, é um convite com viés instrumental, focado em experimentar suas hipóteses e sugestões em ambiente prático. Desta forma, não abordaremos outras pesquisas e discussões que superem este recorte específico e tenham outros objetivos.

2 Entre conceitos e funções

É da tradição jurídica brasileira que a primeira aproximação a qualquer tema se faça por meio de longas considerações conceituais. Todo autor se esforça para ter o seu próprio conceito de determinado instituto jurídico, buscando diferenciá-lo dos demais e eventualmente incluindo nele mais elementos, como forma de torná-lo “mais completo”. Os próprios estudantes de Direito já entraram no jogo e costumam perguntar ao professor, em sala de aula, “qual autor tem o melhor conceito sobre X?”.

Com concessões e PPPs não é diferente. Os mais diversos manuais abrem seus capítulos respectivos com um conceito, normalmente bastante longo. Aprender ou ensinar um conceito jurídico não é um problema em si, obviamente. Mas parece-nos haver, sim, ao menos dois problemas decorrentes do nosso *foco exagerado* em conceituações.³

O primeiro está em que, no afã de produzir um conceito original, diferente, ou mais completo, é bastante frequente que os autores incluam no seu conceito de concessão elementos mais próprios *do seu regime jurídico*. A nossa primeira sugestão: talvez fosse melhor que o conceito de um instituto fosse ensinado separadamente do seu *regime jurídico*. É que o regime jurídico de um instituto é contingente (não apenas ao Direito brasileiro, mas a uma certa época). Já o conceito, em si, e rigorosamente, é algo dele independente. Melhor dizer o que são concessões e PPPs, e depois, separadamente, dizer quais são as principais regras que os regem, atualmente, no Direito brasileiro. De um lado, isso permitiria ensinar-lhes conceitos mais duradouros. De outro lado, deixaria de se passar uma mensagem subliminar de que as coisas precisam permanecer sempre do modo como são hoje — o ideal, afinal, é instilar criatividade e abertura nos nossos alunos, certo?

O segundo problema está em quando o autor *se limita* ao conceito, na explicação mais básica que faz sobre concessões e PPPs. Acaba cabendo ao aluno, sozinho, tentar entender por que a administração pública optaria por recorrer ou não àquele instituto,

³ A nossa tradição conceitualista parece advir da influência francesa — muito forte na origem do nosso Direito como um todo e também particularmente no Direito Administrativo. Numa anedota pessoal, um dos autores deste texto teve a oportunidade de vivenciar, em faculdades de Direito da Inglaterra e da França, o ensino de um mesmo tema: a regulação de serviços públicos. Na Inglaterra, as aulas começavam com uma lista de problemas e desafios a serem enfrentados (por exemplo, a garantia da universalização e continuidade) e com a análise de diferentes estratégias para realizá-los. Na França, houve uma aula inteira sobre o conceito de regulação e uma aula inteira sobre o conceito de serviços públicos.

assim como por que um parceiro privado se interessaria em tornar-se concessionário. Algumas vezes os manuais trazem conceitos que descrevem “elementos” pouco sensíveis às razões que estão por trás da escolha de seguir com contratos de concessão ou PPPs, em detrimento de outros tipos de contrato. Conceitos que pouco explicam este instrumento contratual à disposição do mundo da infraestrutura porque não se dedicam a informar para que servem estes contratos. O problema é que, como estes conceitos são transmitidos com palavras sem eco na realidade, arriscam ser pouco úteis para fins didáticos ou para tirar dúvidas de quem está lidando com problemas práticos. O estudante sai da leitura sem entender do que, exatamente, se está falando. Aqui, a nossa proposta é que um foco maior fosse dado à *função* do instituto, como forma de assenhorar mais o aluno daquele assunto.⁴

Seria conveniente explicar a lógica financeira dos contratos de concessão; a lógica e os enormes desafios da sua longa duração;⁵ a importância de a Administração Pública recorrer a investimentos privados para promover utilidades públicas; a perspectiva da concessão do ponto de vista do concessionário, como uma alternativa de investimento, ao lado das demais e diante de seus riscos. Exemplos de usos concretos do instituto também seriam relevantes: relatos de experiências bem-sucedidas e malsucedidas, panorama histórico da evolução do uso do instituto, seus debates ideológicos, seus principais desafios. A impressão às vezes é a de que o leitor cai de paraquedas no meio de um conceito jurídico indiferente a informações concretas — e fica inseguro de fazer, ele mesmo, essas conexões com a realidade.

3 Licitação: quais decisões tomar para além de um *checklist* de documentos?

Outra perspectiva importante a ser desenvolvida na nossa literatura é uma visão mais ampla sobre os desafios da licitação para concessões, em especial o conjunto de decisões que são tomadas para, por exemplo, diversificar o perfil de licitantes, gerar compromisso financeiro na implementação dos futuros ciclos de investimento, internacionalizar a participação e equilibrar o que é mais vantajoso para a administração com o que é factível para os futuros contratados. É uma perspectiva corriqueira para quem está estruturando projetos ou redigindo as decisões, mas soa distante na leitura do conteúdo básico ofertado aos nossos estudantes.

A escolha entre os critérios de julgamento disponíveis na lei ilustra bem este ponto. Embora haja a possibilidade legal de utilizar, por exemplo, maior outorga ou

⁴ Numa outra anedota, o tributarista gaúcho Humberto Ávila costuma dizer que aguarda ansioso o dia em que um cliente entrará em seu escritório e lhe perguntará, muito afoito: “mas doutor: qual é, afinal, o conceito de tributo?”.

⁵ Talvez uma (não única) maneira de realizar este primeiro contato seja simplesmente dizer que muitas vezes precisamos de contratos longos para que um investimento muito grande tenha tempo suficiente para ser amortizado e remunerado. Perguntar e dar exemplos sobre o que é um investimento grande e em quanto tempo se imagina que possa ser planejado, mobilizado, até começar a ser operado, já são também estratégias de fazer estudantes e advogados se perceberem como intermediadores (não protagonistas) das decisões, como a duplicação de uma rodovia, a expansão de um aeroporto, a reforma de um parque ou a construção de escolas. É possível fazer investimentos grandes em contratos curtos? A resposta preocupada com a realidade não se limita a verificar se é ou não possível fazer contratos curtos, mas a avaliar os custos de uma escolha em comparação com a outra. Com este tipo de ponderação em mente, vai ficando claro que os contratos de concessão e PPPs não surgem de um conceito, mas de uma funcionalidade (de novo, não única).

menor tarifa como critério de julgamento, a experiência já demonstrou consistentemente que a utilização de maior outorga como critério de julgamento atrai licitantes de maior compromisso financeiro com o projeto, dado que depositam a outorga como condição para a assinatura do contrato. O fôlego financeiro aparece de partida e permite que, com a tarifa preservada, o contratado vá em busca de sua rentabilidade.

Além disso, o critério de maior outorga tende a gerar duas consequências: (i) afastar aventureiros e (ii) garantir receita suficiente para a execução dos investimentos. É que, com o critério de menor tarifa, o incentivo é de o licitante afundar na tarifa para sair vencedor da licitação. O licitante ganha independentemente de ter demonstrado compromisso financeiro (como o depósito da outorga). Isto normalmente ocorre com atores cuja governança corporativa é mais simples, ou seja, que não dependem de escrutínio mais rigoroso de comitês de investimento e do próprio conselho de administração para tomar uma decisão de investimento. Depois de assinar o contrato, (ii) o concessionário não terá receita suficiente para realizar os investimentos necessários, uma vez que o desconto na tarifa vai machucar o fluxo de caixa durante todo o prazo do contrato. O contrato já nasce com péssima sinalização sobre a capacidade de o parceiro privado, diante dos incentivos financeiros estabelecidos, prestar o serviço desejado. Por outro lado, os gestores públicos ficam com as mãos atadas sobre a possibilidade de negar aquela proposta vencedora, tanto porque a menor tarifa gera uma narrativa muito popular quanto porque é difícil⁶ a comissão de licitação partir para uma discussão de inexistência de equilíbrio. A escolha deste critério de julgamento, portanto, apesar de legalmente previsto, gera confusão entre modicidade tarifária e populismo tarifário.

Discutir e compreender os efeitos de cada possibilidade jurídica, então, parece relevante, ao invés de focar numa avaliação formalista sobre o *checklist* de documentos exigidos aos licitantes ou numa remissão genérica ao princípio da vantajosidade da administração pública.

4 Como garantir a prestação de um “serviço adequado”?

Quando ocorre a ideia de levar adiante uma concessão ou PPP, uma das formas de legitimar o esforço e custos (financeiro e de transação) é convencer os membros do governo e a sociedade de que o projeto vai trazer benefícios porque a qualidade do serviço vai melhorar. É claro que, quando estamos diante de um déficit histórico ou explícito de infraestrutura, a ideia já nasce com mais força, não se confunde com um desejo desvairado do político de ocasião e às vezes vem com aliados de peso, como o Ministério Público. Este contexto facilita tanto o convencimento interno quanto a comunicação com a sociedade. A concessão ou PPP surge como solução para resolver o problema da falta ou má qualidade da infraestrutura.

Ocorre que o conteúdo jurídico deste convencimento ou comunicação dos benefícios normalmente aparece nos nossos livros de forma muito genérica como “princípio do serviço adequado”, ou outras expressões jurídicas cheia de boas intenções, mas com pouca utilidade prática, como o “princípio da segurança” ou o “princípio da cortesia”.

⁶ É difícil por diversas razões, cuja limitação deste artigo não permite desenvolver nesta oportunidade.

Mais do que simplesmente *anunciar* que a cortesia do concessionário ou a prestação de um serviço adequado e seguro são devidos, o contrato abre uma oportunidade para estabelecer, de forma específica, os graus de expectativa alocados ao serviço do caso concreto. Além disso, a regulação contratual (e concreta) desses princípios reflete a capacidade (e as limitações) que os contratos de concessão e PPPs têm de gerar relações diretas entre a mensuração de indicadores de desempenho e a remuneração do concessionário. Ou seja, o preenchimento (a altura da barra) do princípio do serviço adequado *no projeto em questão* é a tradução jurídica do nível de qualidade determinado naquela política pública de fato. Ou seja, serviço adequado significa quase nada até que as escolhas de um cardápio relativamente vasto sejam feitas, diante das limitações fiscais ou da sensibilidade política do valor de tarifas. A consequência é que não é possível esperar (muito menos exigir) um determinado serviço adequado que não ressoe, por exemplo, nos indicadores de qualidade contratualmente regulados e nas suas respectivas consequências financeiras. Não se trata de extinguir a existência do princípio do serviço adequado, mas ressaltar que ele é apenas um pontapé inicial de uma discussão mais complexa *em que os estudantes e advogados precisam se envolver*.

Outro exemplo similar de desconexão entre a literatura e a realidade contratual se refere ao princípio da atualidade do serviço — outro elemento do que se poderia considerar “prestação adequada”. De um lado, há uma intenção compreensível de que o obsolescimento não ocorra nos contratos de longo prazo. De outro lado, esta intenção pouco resolve o problema do gestor público que não sabe o que pode demandar ao seu parceiro privado para que o serviço seja considerado *atual*. Tampouco resolve o problema do parceiro privado que não contava, por exemplo, com notificação que determine que ele deva gastar recursos financeiros para modernizar suas tecnologias.

O Direito tem mais a dizer a ambas as partes do que simplesmente se referir à existência do princípio da atualidade. E tem dito, só que nos contratos, não nos manuais. Por exemplo, cláusulas estabelecem que o contrato deve ser considerado *atual* desde que esteja cumprindo seus indicadores de desempenho ou níveis de serviço. Ou seja, se, ainda que haja novas tecnologias disponíveis no mercado, o contrato estiver cumprindo suas expectativas (cristalizadas em indicadores de desempenho), não é possível demandar novos investimentos a serem suportados pelo poder concedente sob o argumento do princípio da atualidade.

Mas o gestor público pode mudar de ideia sobre o grau de expectativa de atualidade ao longo do contrato, trocando os indicadores existentes por indicadores mais exigentes? Sim, é possível e perfeitamente compreensível, visto que se trata de uma relação de longo prazo, que as expectativas originais sejam substituídas por outras mais exigentes. Porém, o interessante do argumento jurídico aqui é que a mudança de indicadores ou níveis de serviços é risco normalmente atribuído ao poder concedente, cuja decisão terá, portanto, implicações financeiras para os cofres públicos. Ou seja, os investimentos não serão exigidos com base no princípio da atualidade, mas no fato de que os indicadores mudaram, foram substituídos por outros mais exigentes. Então, o preenchimento contratual do conteúdo do princípio da atualidade mantém a distribuição de incentivos original entre decisão técnico-política e repercussões financeiras porque a matriz de riscos é respeitada. Em resumo, o poder público vai pagar por ter decidido mudar, ao longo do contrato, os indicadores de desempenho que concretizam o princípio da atualidade.

5 Como explicamos o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos?

Falando em matriz de riscos, avançamos muito na customização de riscos ao ativo e ao setor e na compreensão de que não vale a pena ler o “por sua conta e risco” do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, como uma transferência indiscriminada da totalidade dos riscos ao concessionário. Além disso, além de prestarmos mais atenção nos riscos que devem ser assumidos pelo poder concedente, passamos a dedicar tempo também para pensar nos recursos que lhe farão face, caso estes riscos se materializem. As estruturas de contas e limitação do uso de prazo como mecanismo de compensação dos desequilíbrios estão fartamente disponíveis para constatararmos estas transformações. Tudo isto no mundo dos contratos. E no mundo dos manuais de Direito Administrativo?

Esta conversa é longa e tem muitas bifurcações, mas o relevante aqui é diagnosticar (e questionar) o remanescente uso do equilíbrio econômico-financeiro do contrato como expressão mais afeita a reivindicar uma suposta equivalência entre encargos e remuneração. Soa correto juridicamente porque vem carregada de um suposto senso de justiça (*equivalência* entre encargos e remuneração), mas é extremamente frágil porque ignora as decisões originais de modelagem e as decisões de quem participou do leilão. Ignora o fato de que contratos de concessão e PPP não são um título de rentabilidade garantida, mas, ao contrário, uma oportunidade de investimentos carregada de riscos, cuja possibilidade de remuneração vai variar enormemente conforme a capacidade de gerenciar estes riscos. Isto porque precifica melhor quem conhece melhor seus riscos, dado que impedi-los de ocorrer não apenas é muitas vezes impossível, mas sobretudo não é sempre a melhor opção. Afinal, sabemos que risco pode ser bom ou ruim (gerando bônus ou ônus) e que é a sua distribuição entre as partes que conduzirá a essas repercussões. Em resumo: o equilíbrio é mantido quando a alocação de riscos é mantida. Os executivos sabem disso, os advogados todo dia discutem isto, por que nossos estudantes também não já acessam, desde o primeiro dia, literatura neste sentido?

6 Crise é o dia a dia nas concessões e PPPs

Outra lacuna é a falta de abordagem das situações de crise nos contratos de concessão (que são sempre uma possibilidade, dado o seu longo prazo) e os possíveis caminhos jurídicos para lidar com isso. Nos manuais, geralmente se trata da intervenção e das formas de extinção antecipada do contrato (como caducidade). Entretanto, estas são medidas excepcionais, pouco desejáveis pelas partes, porque geram muito custo de transação, além de abrirem dificuldades futuras para o poder público, que terá que estruturar um novo processo licitatório e eventualmente lidar com solução de continuidade na prestação do serviço público.

Ocorre que há toda uma experiência cotidiana de gestão contratual que parece ser interessante incorporar à formação jurídica. Os mecanismos regulatórios concernem a figuras que ajudam na gestão, a exemplo de verificadores independentes, auditores, certificadoras, inclusive numa lógica de profilaxia contratual, a exemplo dos gatilhos de notificação aos bancos e uso de comissões técnicas ou *dispute boards*. As renegociações contratuais são igualmente uma realidade cotidiana e abordá-las pode ser incentivo ao enfrentamento das suas dificuldades. Da mesma forma, maior debate em torno do como implementar uma revisão ordinária pode servir de catapulta para alinhar os

interesses das partes e planejar cronogramas mais efetivos. As agências reguladoras estão assoberbadas e buscam reduzir seu chamado fardo regulatório, na medida em que aumentam sua capacidade institucional, mas também reduzem custos transacionais desnecessários. Talvez o aprimoramento da funcionalidade das concessões e PPPs esteja justamente no âmbito da gestão contratual. Até o momento, o enfrentamento do tema tem ocorrido na prática, do jeito que a institucionalidade e senso de oportunidade permitem. Quem sabe passamos a assumi-lo com mais centralidade nos nossos manuais?

7 Conclusão

Nosso diagnóstico é que há uma compartimentalização muito grande do conhecimento sobre concessões e PPPs em categorias que pouco ajudam o estudante a entender a lógica do contrato e pouco informam sobre o conteúdo disponível nos contratos reais. Ao invés de se ensinar os porquês, vão se ensinando vários conceitos.

Nossa sugestão é desenvolver uma abordagem mais funcional ao tema. Para que serve uma concessão? Por que o particular quer uma concessão? Por exemplo, se aproximar da lógica financeira nos parece mais importante do que discutir a natureza jurídica da concessão. Temos trabalho pela frente de realizar um *catch-up* entre a literatura jurídica e o que os contratos trazem, sobretudo considerando a velocidade e difusão dos programas de investimentos. Quanto mais cedo começarmos, melhor.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo; REIS, Tarcila. Como ensinar concessões e PPPs? In: PIRES, Maria Fernanda Veloso; CAVALCANTI, Caio Mário Lana (coord.). *Reflexões de direito administrativo: estudos em homenagem à Professora Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 729-735. ISBN 978-85-450-0934-4.
