

O RISCO DE VARIAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO PODE SER ALOCADO AO PODER CONCEDENTE EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP?¹

Mauricio Portugal Ribeiro²

1. INTRODUÇÃO

A presente nota se destina a responder à seguinte pergunta: é lícito que contrato de concessão ou PPP atribua o risco de variação do Imposto de Renda ("IR") e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ("CSLL") ao Poder Concedente?

Essa pergunta é desafiante do ponto de vista jurídico porque o §3º, do art. 9º, da Lei Federal 8.987/95 ("Lei de Concessões") estabelece que:

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. (grifei)

Com base nesse dispositivo, a doutrina do Direito Administrativo tem repetido, na minha opinião, sem maior reflexão, o bordão de que os riscos de variação de tributos em concessões e PPPs são do Poder Concedente, com exceção dos tributos sobre a renda.

Note-se que o dispositivo legal só ressalva o risco de "impostos sobre a renda". Por isso, a rigor, ele se aplicaria apenas ao IR, mas não a CSLL, que apesar de ser um tributo, não é um imposto. Há, contudo, interpretação doutrinária que aplica a ressalva constante do §3º, do art. 9º, da Lei de Concessões, também a CSLL. Sem querer tomar posição aqui sobre esse tema – pois ele é secundário para o desenrolar desse artigo – vamos supor que o dispositivo legal ressalva tanto o IR quanto a CSLL.

¹ Esse artigo é dedicado a Fernanda Pittelli.

² Professor de Direito da Infraestrutura da FGV Direito-Rio, Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School e especialista em aspectos econômico-jurídicos e regulatórios dos setores de infraestrutura.

Para dar cabo do desafio posto pelo título desse artigo, creio que é importante separar duas questões:

- (a) faz sentido, do ponto de vista econômico, atribuir ao Poder Concedente o risco de variação do IR e da CSLL?
- (b) em vista do §3º, art. 9º, da Lei de Concessões, pode o risco de variação do IR e da CSLL ser alocado por contrato de concessão ou PPP ao Poder Concedente?

Essas perguntas serão respondidas nas rubricas abaixo.

2. DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, FAZ SENTIDO ALOCAR O RISCO DE VARIAÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE A RENDA AO PODER CONCEDENTE?

A resposta é sim. Para justificar essa resposta, vou seguir três linhas de raciocínio.

A primeira mais genérica se apoia nos critérios genéricos de alocação de riscos em contratos de concessões e PPPs.

A segunda mais específica é uma análise perfunctória da diferença da posição do concessionário, enquanto empresário, de outros empresários.

A terceira busca mostrar que, da perspectiva do investidor em concessões e PPPs, tributos sobre a renda incidentes sobre o concessionário produzem os mesmos efeitos econômicos que quaisquer outros tributos, de maneira que não haveria justificativa econômica para alocação de riscos ser diversa para os tributos sobre a renda do que é para outros tributos.

2.1. CRITÉRIOS ELEMENTARES DE DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS ACONSELHAM TRANSFERIR OS RISCOS DE VARIAÇÃO DOS TRIBUTOS (INCLUSIVE SOBRE A RENDA) PARA O PODER CONCEDENTE

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle.³

Isso porque, se o concessionário não tem controle nenhum sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar⁴, na sua proposta, um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.

³ Cf.: Mauricio Portugal Ribeiro, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, Capítulo XV.1.

⁴ Uma vez que é prática atual alocar o risco de variação do IR e da CSLL ao concessionário, uma pergunta que se poderia formular é em que medida os concessionários de fato efetuam provisão para lidar com o risco de variação do IR e da CSLL.

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele.

Se, contudo, o evento gravoso, não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).⁵

Vale a pena assinalar que a variação do custo tributário caracteriza perfeitamente risco não controlável. Não há nada que o concessionário possa fazer para prevenir ou para remediar a ocorrência dos eventos gravosos ou benéficos relativos a esse risco.

Daí que sou forçado à conclusão de que, economicamente, o risco de variação dos custos tributários deveriam ser sempre atribuídos ao Poder Concedente.

E isso me leva a uma nova pergunta: há algo no IR e na CSLL que os distinga de outros tributos, a justificar um tratamento diferenciado desses dois tributos no que diz respeito à atribuição de riscos?

Na nossa experiência, esse risco, assim como alguns outros riscos relativos ao ambiente institucional, é tratado na modelagem financeira como parte dos riscos que são remunerados pela TIR – Taxa Interna de Retorno do projeto. Isto é: não há, nas modelagens financeiras, uma linha de custo decorrente desse risco, mas, ao dimensionar a TIR necessária para que o projeto lhe seja atrativo, o participante da licitação da concessão ou PPP considera esse e outros riscos do ambiente institucional para a sua tomada de decisão.

⁵ Há, contudo, circunstâncias excepcionais em que se prefere alocar o risco de um dado evento não controlável ao concessionário simplesmente porque ele teria mais facilidade de ir ao mercado securitário e obter a diluição social do risco por meio da contratação de seguros. Do ponto de vista estritamente econômico, creio que essa alocação de riscos é equivocada porque não há instrumento melhor para a diluição social dos riscos que alocar um risco ao Estado. Ao alocar um risco ao Estado, basicamente estamos atribuindo o risco a todos os contribuintes e, por isso, estamos diluindo na maior base possível aquele risco. Essa alocação, contudo, se torna interessante, se, apesar da ocorrência do evento gravoso ser não controlável, o concessionário possa de alguma forma reduzir os seus impactos.

Eu não tenho nenhuma dúvida que não. Não há nada de diferente no IR e na CSLL que justifique um tratamento diferenciado em relação aos demais tributos. Tratarei com mais vagar desse tema no item 2.2 abaixo.

Vale a pena, contudo, nesse ponto, trazer a tona o argumento que, na minha experiência, é o mais usado pelos operadores do direito para defender a alocação do risco do IR e da CSLL ao concessionário:

“Todos os agentes da economia estão sujeitos ao IR e à CSLL e eles não podem se furtar a pagá-los. Não há, portanto, porque se atribuir ao concessionário o privilégio de repassar o custo da variação do IR e da CSLL para o Poder Concedente ou para o usuário do serviço.”

O argumento explora a igualdade entre o concessionário de uma PPP ou concessão e os demais agentes econômicos. O seu pecado, contudo, é exatamente esquecer (a) as diferenças entre o concessionário e os demais agentes econômicos, e (b) a semelhança entre os demais tributos, cujo risco é geralmente atribuído ao Poder Concedente, e os tributos sobre a renda (IR e CSLL).

2.1. DIFERENÇAS ENTRE O CONCESSIONÁRIO E OS DEMAIS AGENTES ECONÔMICOS

Quando ocorre um aumento do IR ou da CSLL, todos os agentes econômicos têm a possibilidade de buscar repassar esse aumento de custo para o preço cobrado dos seus clientes.

A tarifa, contudo, cobrada pelos concessionários é, geralmente, um preço regulado. Por isso, ao contrário dos demais agentes da economia, o concessionário não tem o poder de aumentar a tarifa quando houver aumento da carga tributária sobre a sua renda.

É verdade que, às vezes, os outros agentes econômicos não repassam completamente para seus clientes os aumentos de custo tributário. Mas isso ocorre por sua escolha, geralmente baseada em razões competitivas.

Vale notar que, no caso das concessões e PPPs, a pressão competitiva foi enfrentada pelo concessionário na origem, no processo licitatório anterior à concessão. Toda a margem que o participante da licitação da concessão entendia razoável transferir para o usuário, ele transferiu quando realizou sua proposta de preço na licitação. E como ele foi o mais eficiente na definição do modo de prestação do serviço e/ou o mais agressivo na transferência ao Poder Concedente ou usuário da sua margem, ele venceu a licitação. Por isso que, ao longo da execução do contrato, quando se criam novos tributos, é razoável que isso seja repassado integralmente para os usuários e para o Poder Concedente. Já é assim em relação a outros tributos. Não tem porque ser diferente em relação ao IR e à CSLL.

Note-se que, geralmente, em outros negócios na economia, a decisão de uma empresa de transferência de parte da sua margem para seus clientes é tomada e revisitada diariamente. A ocorrência da variação do IR ou CSLL é só mais uma oportunidade para realizar esse juízo sobre quanto da sua margem deve ser transferido para os seus clientes.

Nas concessões e PPPs, contudo, assim, como, ademais, nos demais contratos objeto de licitação pública, a decisão empresarial sobre quanto da margem do concessionário deve ser transferido para o usuário ou o Poder Público é tomada na formulação da proposta na licitação.

2.2. IGUALDADE FUNCIONAL PARA O INVESTIDOR ENTRE OS TRIBUTOS SOBRE A RENDA E OS DEMAIS TRIBUTOS

Para o investidor em concessões ou PPPs, ou em qualquer outro negócio na economia, não há diferença substancial entre a majoração de tributos incidentes sobre a receita ou sobre o resultado (renda), pois ambas impactam, direta ou indiretamente, o resultado final, a rentabilidade final do investimento para o investidor.

Ao investidor, importa fundamentalmente o risco do negócio e a rentabilidade final do investimento. Dessa perspectiva – à parte a diferença de hipótese de incidência, alíquota, base de cálculo e momento de recolhimento – os tributos são, para o investidor, apenas custos.

Se no seu fluxo de caixa esse custo incide sobre a sua receita ou se ele incide sobre o resultado (pós custos) é de pouca relevância para o investidor, pois, como mencionado acima, o que lhe importa é a rentabilidade final do investimento.

Portanto, também por esse ponto de vista, não há qualquer razão para – para efeito de alocação de riscos – distinguir a variação dos tributos sobre a renda da variação dos demais tributos.

3. O CONTRATO PODE ALOCAR AO PODER CONCEDENTE OS RISCOS DE VARIAÇÃO DO IR E DA CSLL?

Sim. O art. 9º, §3º, da Lei de Concessões, estabelece o seguinte:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto,

implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. (grifei)

A grande questão é se a ressalva realizada na parte inicial do §3º citado acima exige a transferência do risco do IR e da CSLL para o concessionário.

Na minha opinião, a força normativa do §3º está em atribuir ao Poder Concedente, o risco de “...criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta...”.

Ao ressaltar os impostos sobre a renda, o dispositivo não atribuiu ao concessionário o risco de variação desses impostos. Ele apenas os exclui do rol de tributos cujo risco é expressamente atribuído ao Poder Concedente.

Em outras palavras, a Lei de Concessões neste tema – como, aliás, em relação a grande maioria dos temas – deixa ao contrato de concessão a alocação do risco sobre a variação dos “impostos sobre a renda”.

Esse ponto de vista é ainda reforçado se levarmos em consideração o art. 10, da Lei de Concessões, que diz o seguinte:

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Como já notei em outros estudos sobre o tema⁶, esse dispositivo delega ao contrato de concessão a definição do seu sistema de equilíbrio econômico-financeiro.

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro é um braço, um prolongamento da matriz de riscos contratual.

É por meio do sistema de equilíbrio econômico-financeiro que se fazem as compensações às partes por terem sofrido as consequências de eventos cujos riscos são atribuídos à outra parte pelo contrato ou pela lei.

Daí que, quando a Lei de Concessões enuncia que sempre que forem atendidas as condições do contrato estará mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro, ela está a dar permissão ao contrato para ambos (a) definir a distribuição de riscos entre as partes e (b) a forma de compensação entre elas no caso da ocorrência de eventos que impactem uma parte, mas que seja risco da outra.

A relevância atribuída ao contrato pela Lei de Concessões não é sem razão. Ao delegar ao contrato a definição da matriz de riscos e do modo como ela será aplicada, a Lei de Concessões estabeleceu claramente que o disposto no contrato

⁶ Mauricio Portugal Ribeiro, *Concessões e PPPs: melhores prática em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, Capítulo XV; e Mauricio Portugal Ribeiro & Lucas Navarro Prado, *Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos*, Malheiros Editores, São Paulo, 2010 (reimpressão).

é o parâmetro para que os participantes da licitação de concessão precifiquem os riscos que lhe são atribuídos.

Buscou, assim, evitar as distorções comuns da sobreposição de uma matriz de riscos legal sobre a matriz de riscos contratual. No passado, e ainda hoje, essa sobreposição levou o Poder Público e os usuários dos serviços a pagar várias vezes pela transferência de um mesmo risco ao concessionário: a primeira vez pela inclusão no preço da proposta do participante vencedor da licitação dos custos para lidar com esse risco; as seguintes quando a transferência de riscos contratual é ignorada por meio da aplicação de dispositivos legais que carregam, ao longo da execução do contrato, à Administração Pública, por meio de uma interpretação perversa da noção de equilíbrio econômico-financeiro, riscos que o contrato havia transferido para o concessionário.

Por fim, creio que vale a pena notar que alguns intérpretes mais formalistas da Lei de Concessões chegaram a dela extrair facciosidade em direção à transferência de riscos ao concessionário. Essa facciosidade provém de uma leitura, na minha opinião equivocada do art. 2º, incisos II e III, da Lei de Concessões, que dispõem o seguinte:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;” (grifei)

Já ouvi operadores do direito qualificados expressarem a visão de que a menção a “*por sua conta e risco*” nos dispositivos acima criaria uma facciosidade na direção da transferência de quanto mais riscos, quanto possível ao concessionário.

Essa visão levada às suas últimas consequências poderia interpretar a ressalva constante do §3º, do art. 9º, da Lei de Concessões (“*Ressalvados os impostos sobre a renda...*”) como atribuindo o risco de variação dos impostos sobre a renda ao concessionário.

Mas supor que a expressão “por sua conta e risco” cria um pano de fundo forte o suficiente para preencher lacunas, suprir omissões relativas à alocação legal de

riscos é, na minha opinião, simplesmente desconhecer os princípios econômicos que devem reger a interpretação e aplicação do direito no que diz respeito à distribuição de riscos contratuais ou legais.

Acho que vale a pena fazermos uma breve exegese do texto no qual consta a expressão “por sua conta e risco”. Os dispositivos acima citados falam em delegação pelo Poder Concedente “... *à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”.

Observem que o que o dispositivo diz é que a pessoa jurídica ou consórcio de empresas deve demonstrar capacidade de desempenho **por si**. Parece-me completamente despropositado extrair desse dispositivo força normativa para transferir riscos a um concessionário. Também me parece despropositada a conclusão de que esse dispositivo criaria subsidiariamente (isto é em caso de omissão de outros dispositivos) uma presunção de transferência de riscos para o concessionário.

4. CONCLUSÃO

Ao cabo dessa nota, parece-me importante assinalar que é conveniente, de uma perspectiva econômica, transferir para o Poder Concedente o risco de variação de todos os tributos (inclusive o IR e a CSLL) e que não há qualquer vedação legal à alocação, em contrato de concessão ou PPP, desse risco ao Poder Concedente.