

Segurança jurídica e infraestrutura: a tripartição de riscos

No âmbito das contratações públicas de longo prazo, a alocação de riscos deixou de ser uma cláusula acessória para se tornar o eixo gravitacional do equilíbrio econômico-financeiro.

Em projetos de infraestrutura, como ocorre com as concessões e as parcerias público-privadas, o contrato deve ser compreendido como um sistema dinâmico, em que a segurança jurídica não reside na imutabilidade das regras, mas na clareza dos ritos procedimentais para responder a eventos supervenientes, garantindo que o sinalagma original sobreviva às mutações do tempo.

O primeiro grande desafio é a adequada distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, especialmente nos contratos que pressupõem grandes investimentos e longo prazo de duração.

A Lei nº 14.133/2021 (artigo 6º, XXVII, e artigo 130) conceitua a regra obrigatória da matriz de riscos como a “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”.

Em que pese a relevância do mandamento legal, a identificação dos riscos contratuais como presumidos e presumíveis e sua repartição entre os contratantes não consegue abarcar e prever todos os eventos supervenientes que, direta ou indiretamente, poderão afetar a execução do contrato.

A razão é simples. Por mais clara que seja a matriz contratual de alocação de riscos, há fatos, eventos e circunstâncias que não podem ser definidos ou previstos no momento inaugural da contratação, se entendermos a realidade social, econômica, política e jurídica como algo dinâmico e mutável.

É inegável que a sociedade contemporânea, marcada pelos efeitos da globalização, do incessante avanço tecnológico e das constantes mudanças sociais, econômicas e políticas, vem impondo uma relevante mutação na natureza, na dimensão e, conseqüentemente, na previsibilidade dos riscos.

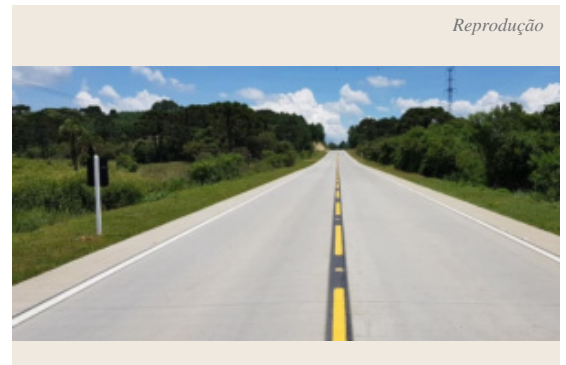
Advém daí a constatação de que uma relação contratual público-privada de longo prazo é fonte de incertezas e riscos que atingem a onerosidade e até a bilateralidade dos nexos obrigacionais, não raro exigindo das partes revisão de expectativas e renegociação das bases contratuais.

E, nesse cenário, partindo-se da premissa de que as normas jurídicas (legais ou contratuais) não têm o condão de inibir a ocorrência dos riscos e das incertezas, cabe ao Direito conferir mínima segurança jurídica a esses revezes fáticos, por meio de instrumentos jurídicos eficientes, não só com o estabelecimento adequado da matriz contratual de alocação de riscos, como também com as revisões ordinárias e extraordinárias dos contratos de concessão.

Em síntese, na realidade atual, a alocação de riscos deixou de ser uma cláusula contratual acessória para se tornar a variável definidora do equilíbrio econômico-financeiro inicial desses contratos e da sua manutenção ao longo do tempo.

Risco contratual: eficiência no campo da álea ordinária

O risco contratual — ou de execução — compreende as variáveis internas da operação, situando-se onde a expertise do parceiro privado é testada. Segundo a doutrina administrativista clássica e moderna, este risco compõe a álea ordinária do negócio: o “risco



do negócio” que legitima a percepção do lucro.

Na álea ordinária estão, por exemplo, os riscos com a volatilidade no preço de insumos, com falhas logísticas e com o incremento de custos trabalhistas.

Normalmente, o risco contratual é considerado atribuição integral do concessionário, responsável único e direto pela gestão do empreendimento objeto da concessão.

O Tribunal de Contas da União tem consolidado o entendimento de que a ineficiência privada na gestão operacional não autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro, no sentido de que transferir tais custos ao Estado configuraria uma socialização de perdas que premiaria o “amadorismo empresarial” em detrimento do interesse público e da modicidade tarifária.

Risco regulatório: importância da racionalidade administrativa

Nos contratos de concessão, o risco regulatório se situa na complexa zona de intersecção entre o Estado Contratante e o Estado Regulador.

A regulação estatal tem seu fundamento no artigo 174 da Constituição e consiste em função administrativa e complexa que compreende o exercício das funções normativa, executiva e judicante.

Tem-se, assim, o risco regulatório como a possibilidade e o impacto causado por uma eventual mudança na legislação vigente ou normas regulamentadoras sob as quais um empreendimento ou uma concessão foi contratado com o Estado. A depender da circunstância, isso pode gerar efeitos positivos ou negativos para a execução do contrato pelo ente privado.

Inúmeros eventos podem dar ensejo ao risco regulatório: necessidade de atualização de serviços públicos, mutabilidade e modernização de normas técnicas impostas por agências reguladoras, modicidade tarifária.

A discricionariedade normativa, ínsita ao poder regulador, gera, assim, uma tensão com a estabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão.

Ao contrário das falhas de gestão do empreendimento (álea ordinária), o risco regulatório é externo à atuação e à eficiência do contratado/concessionário, constituindo uma variável crítica do ambiente institucional brasileiro.

Com a instabilidade indesejada que enseja, o risco regulatório pode ser mitigado ou mesmo afastado pela análise de impacto regulatório prevista na Lei nº 13.848/2019 e regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020.

Amplamente disseminada em vários países, a análise de impacto regulatório é um procedimento administrativo obrigatório que exige dos reguladores a condução de uma série de etapas ou estudos prévios à aprovação de novas regulações.

É ferramenta indispensável para medir os efeitos econômicos e sociais da nova regulação e o seu custo financeiro.

Além disso, a prévia análise do impacto regulatório guarda estreita relação com a necessidade de se preservar um ambiente de segurança jurídica, vinculando os agentes reguladores estatais ao dever de considerar as consequências práticas da nova regulação, como critério de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da atividade decisória pública.

Risco político: ‘fato do príncipe’ e estabilidade institucional

Objetivamente, o risco político é a manifestação da soberania estatal sobre a lógica econômica do contrato, ou seja, a possibilidade de que um determinado empreendimento, especialmente os que envolvem grandes investimentos e operações de infraestrutura, sofra os efeitos negativos decorrentes da instabilidade política, de mudanças nas políticas do país.

É o risco mais severo e o principal responsável pelo “custo-Brasil” em concessões e infraestrutura, já que o contratado/concessionário não dispõe de ferramentas de gestão para mitigá-lo.

Uma situação política típica é a decisão unilateral tomada por uma entidade estatal, ainda que vise ao interesse público (fato do príncipe), para alterar ou rescindir unilateralmente um contrato de concessão, rompendo o sinalagma original.

Intervenções tarifárias por conveniência política ou morosidade em licenciamentos geram uma insegurança que é precificada pelo mercado. O resultado direto é o desinteresse em leilões de infraestrutura e o encarecimento do crédito. Quando o risco institucional é elevado, a *bancabilidade* (*bankability*) do projeto é comprometida, sobrecarregando, ao final, o poder público ou o usuário do serviço.

Matriz de riscos como ativo estratégico

A compreensão da tripartição dos riscos permite que o ente e o gestor público abandonem o tradicional ambiente de litigiosidade em prol de um modelo de governança contratual.

No Direito Público moderno, o sucesso de um projeto de infraestrutura reside na inteligência de sua alocação de riscos.

A matriz de riscos, quando bem definida contratualmente, deixa de ser uma peça burocrática para se tornar o ativo mais estratégico do projeto, garantindo a sustentabilidade de longo prazo necessária para a adequada execução do contrato pelo contratado/concessionário e, conseqüentemente, para o atingimento do interesse público que fundamentou a contratação.

Para operacionalizar essa segurança, instâncias técnicas especializadas, como a arbitragem e os *dispute boards*, mostram-se indispensáveis. Tais mecanismos conferem a necessária deferência à vontade das partes e à tecnicidade do contrato, oferecendo decisões estáveis que o Judiciário comum, por vezes, não consegue prover com a mesma celeridade.

Em última instância, a matriz de riscos é instrumento que possibilita a conciliação entre o interesse público e o interesse privado, cuja conjugação é a essência e a razão de ser dos contratos de concessão, possibilitando a adequada execução dos empreendimentos concedidos, num ambiente de segurança jurídica e mínima previsibilidade.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-11/seguranca-juridica-e-infraestrutura-a-triparticao-de-riscos/>