

Título : PARÂMETROS E CUIDADOS PARA A ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Autor : Caio Felipe Caminha de Albuquerque

PARÂMETROS E CUIDADOS PARA A ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAIO FELIPE CAMINHA DE ALBUQUERQUE

Mestre em Direito, Certificado em PPPs e Concessões pela APMG International (CP3P-F), Procurador do Estado de Mato Grosso e advogado com atuação em licitações e contratos, autor do livro “Contratos Administrativos: teoria e prática na nova lei de licitações” (Editora Fórum).

1. INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe uma importante ferramenta para o gerenciamento de riscos contratuais: a matriz de alocação de riscos. Essa cláusula contratual agora pode estar presente em qualquer contrato (sendo obrigatória em alguns casos) e serve para estabelecer responsabilidades com relação a eventos supervenientes à assinatura do contrato.

Trata-se de uma inovação interessante, que pode ajudar na melhor precificação do objeto contratual, tendo em vista a possibilidade de inclusão de uma taxa de riscos que incidirá sobre o valor estimado da contratação (art. 22 da Lei nº 14.133/2021). Além disso, a matriz de alocação de riscos serve para estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entretanto, justamente por ter impactos econômicos e financeiros, é necessário estabelecer parâmetros adequados para a alocação de riscos entre os contratantes, de modo que ela reflita de maneira adequada as responsabilidades contratuais.

Dentro desse panorama, uma matriz de riscos fácil de construir pode ser difícil de aplicar. A fragilidade da especificação dos riscos ou da alocação deles pode gerar controvérsias ainda maiores entre os contratantes, tornando necessário o recurso a meios de resolução de controvérsias. Em última análise, a matriz de riscos inadequada pode levar uma controvérsia ao Poder Judiciário, algo que é notoriamente custoso para ambas as partes.

Dessa forma, abordaremos os graves problemas que podem surgir em razão de uma alocação de riscos inadequada e, em seguida, os parâmetros que podem ser utilizados para uma alocação de riscos justa.

2. PROBLEMAS DE UMA ALOCAÇÃO DE RISCOS INADEQUADA

Um ponto importante a ser observado é que a matriz de riscos é elaborada unilateralmente pela Administração Pública, antes mesmo de as propostas serem apresentadas pelos licitantes. Isso faz com que a análise possa gerar distorções em decorrência do maior ou menor conhecimento acerca do objeto contratual, ou de propósitos indevidos.

Conforme identificado por PECKIENE *et al.*, em revisão de literatura sobre a alocação de riscos em contratos de construção, decisões tomadas apenas sob o prisma de uma das partes são frequentemente incorretas para a outra parte, o que resulta em conflitos na execução do contrato ¹.

A unilateralidade da formulação da matriz de riscos nos contratos administrativos, associada à subjetividade da alocação dos riscos, significa que não há uma cooperação com o contratado, o que pode resultar em matrizes inadequadas e até mesmo injustas.

Nesse contexto, uma das duas situações analisadas a seguir pode surgir.

2.1 Indevida alocação de riscos para o particular

Por um lado, o responsável técnico pela matriz e pela alocação dos riscos pode, por má-fé ou pouco conhecimento, alocar mais riscos no particular do que o necessário ou convencionalmente aceito. Isso fará com que o particular possa ter que responder por situações supervenientes que não poderia controlar, mitigar ou absorver. Naturalmente, isso ocasionará: um aumento na taxa de riscos, o que resultará em sobrepreço; ou, não havendo aumento na taxa de riscos, um aumento na precificação da proposta (a tendência é que os particulares aumentem as propostas em razão dos riscos assumidos).

Além disso, a exagerada alocação de riscos para o particular, quando não gerar reflexos diretos no preço, poderá gerar conflitos contratuais futuros ou o mesmo desinteresse de apresentação de propostas na licitação.

2.2 Indevida alocação de riscos para a Administração Pública

Por outro lado, também há a possibilidade de a Administração Pública receber uma exacerbada alocação dos riscos contratuais simplesmente por suas características principais enquanto entidade governamental. A Administração pode ser aparentemente muito mais propensa para a absorção de um risco isoladamente considerado, tendo em vista sua capacidade orçamentária e a capacidade de distribuir o risco coercitivamente pela sociedade ².

É necessário observar que essa aparente maior capacidade de absorção dos riscos não é completamente verdadeira quando analisadas com base no agregado de todos os contratos administrativos. Se a Administração Pública assumir riscos inadequadamente em todos os seus contratos administrativos, certamente desaparecerá a suposta capacidade.

Há, ainda, a possibilidade de um gestor incauto determinar uma assunção maior de riscos por parte da Administração com o propósito de reduzir a precificação dos riscos por parte dos interessados no contrato, resultando em propostas subdimensionadas. Ainda que a intenção dessa determinação seja atrair mais interessados na licitação, seus efeitos serão negativos, uma vez que, considerando o agregado de todos os contratos administrativos, a Administração estará em desvantagem.

O problema é que a alocação inadequada de riscos para a Administração Pública poderá resultar em um superfaturamento, uma vez que o particular terá vantagens indevidas diante da verificação de riscos que ele mesmo poderia controlar, mitigar ou absorver.

3. PARÂMETROS BÁSICOS PARA A ALOCAÇÃO DE RISCOS

Uma vez formulada a matriz de riscos em si, tem início a atividade de alocação das responsabilidades dos contratantes sobre os riscos identificados. Será necessário avaliar qual das partes responderá por cada fator de risco, caso verificado, ou em quais casos haverá responsabilidade compartilhada. Essa alocação dos riscos demanda uma análise de congruência em relação às capacidades das partes para a adoção de medidas preventivas e para a absorção dos custos sem que haja onerosidade excessiva.

A adequada alocação das responsabilidades pelos riscos é um fator importante para a maximização da eficiência e do valor do contrato. Por meio dela, as partes passam a ter maior segurança jurídica acerca de como lidar com as contingências em potencial, podendo adotar medidas mitigadoras da probabilidade de ocorrência dos eventos de risco sobre os quais foi assumida a responsabilidade. Considerando que a alocação dos riscos está diretamente relacionada à aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, é importante que sejam adotados critérios para que a alocação seja feita.

Entretanto, mesmo na literatura internacional, não parece haver um único parâmetro aplicável facilmente a todos os contratos em todos os mercados.

A forma básica de alocação envolve alocar o risco à parte com maior capacidade para controlar a ocorrência do evento de risco, para lidar com suas consequências, ou para identificar a probabilidade

de ocorrência, considerando-se um contexto comercialmente aceitável para o setor privado, mas ainda pode haver variação na alocação entre projetos e diferentes mercados e o nível de competitividade ³.

Timothy Irwin ⁴ propõe um interessante princípio para a alocação de riscos, baseado na capacidade de cada parte do contrato para lidar com diferentes aspectos do evento de risco. Nesse contexto, a alocação determinada pelo princípio levará em consideração os seguintes aspectos: i) capacidade de influência sobre a probabilidade de ocorrência do fator de risco; ii) capacidade para se antecipar ou dar uma resposta ao fator de risco; iii) capacidade para absorção dos impactos evento de risco.

Com base no princípio proposto, o primeiro critério para a alocação do risco leva em conta a capacidade de influenciar a probabilidade de ocorrência do fator de risco. Obviamente, caso a alocação do risco não recaia sobre aquele que detém essa capacidade, haverá um incentivo para que a parte não evite o risco ou mesmo para que tome medidas para que o evento de risco ocorra, já que a parte contrária será onerada. Dessa forma, esse aspecto da alocação busca minimizar o risco moral relativo a um possível comportamento oportunista.

Não sendo possível a qualquer das partes influenciar a probabilidade de ocorrência do fator de risco, deve-se recorrer à capacidade de antecipação ou de resposta. Nesse caso, a alocação do risco recairá sobre a parte capaz de controlar a sensibilidade do valor total do projeto ao fator de risco, seja tomando medidas para reduzir a sensibilidade, em caso de riscos negativos, ou para aumentar a sensibilidade, em caso de riscos com resultados positivos.

O terceiro aspecto, então, é utilizado quando os anteriores não são suficientes e a alocação de risco deverá recair sobre quem puder absorver da melhor forma os efeitos do fator de risco. Essa capacidade de absorção dependerá de diversos fatores, como o tamanho do contrato em relação aos demais firmados pela parte e a capacidade de repassar os impactos do risco a terceiros (especialmente por meio da contratação de seguros).

Seguindo essa linha, o art. 103, §1º, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que a alocação dos riscos nos contratos administrativos considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo. Havendo cobertura oferecida por seguradoras para determinado risco, ele será preferencialmente transferido ao contratado (art. 103, §2º, da Lei nº 14.133/2021).

Para as contratações integradas ou semi-integradas, nas quais caberá ao contratado elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, ou apenas o executivo, a Lei já estabelece que os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos (art. 22, 4º, da Lei nº 14.133/2021).

Outro caso em que a alocação do risco é feita pela Lei é o risco de aumento da carga de tributos ou de encargos legais, que é totalmente assumido pela Administração Pública contratante (art. 134 da Lei nº 14.133/2021). Isso, por si, é algo arriscado, tendo em vista que uma mínima alteração na carga tributária poderá afetar milhares de contratos de todos os entes federativos, ocasionando déficits orçamentários.

Cabe ressaltar que prever uma alocação de riscos abstrata, por meio da lei primária, não é sempre apropriado por gerar o risco de criar projetos que não sejam flexíveis o suficiente para competirem em mercados em evolução. Logo, não haveria a necessária adaptabilidade do modelo contratual ao mercado, considerando os custos associados à alteração de uma norma legal. Por outro lado, uma consistência metodológica dentro de um mesmo setor é importante, de modo que pode haver vantagens na previsão abstrata, até mesmo por meio de lei, de princípios mais específicos de alocação de riscos ⁵.

Nesse contexto, ainda que sejam seguidas as regras expostas, em cada caso concreto haverá certa margem de análise, o que torna necessária a fundamentação técnica adequada para a alocação de riscos específicos, mediante análises específicas de cada objeto contratual e de cada contrato.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alocação de riscos contratuais é uma tarefa de grande relevância na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Feita adequadamente, ela pode dar muito mais segurança à execução dos contratos administrativos; caso inadequada, terá efeitos negativos.

Em resumo, alocar de forma exagerada ou inadequada os riscos para o particular pode gerar sobrepreços, conflitos contratuais, desinteresse na licitação e até mesmo a impossibilidade superveniente de execução do contrato.

Já a alocação exagerada ou inadequada de riscos para a Administração Pública pode gerar danos ao erário por meio de superfaturamento.

É necessário, portanto, que haja uma metodologia adequada para a alocação dos riscos contratuais, considerando os riscos de cada objeto e de cada contrato, de modo que haja fundamentação técnica e justificativa suficiente para cada alocação.

¹ PECKIENE, Aurelija; KOMAROVSKA, Andzelika; USTINOVICIUS, Leonas. Overview of risk allocation between construction parties. *Procedia Engineering*, v. 57, p. 889-894, 2013, p. 893.

² IRWIN, Timothy. Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects. Nova Iorque: World Bank Publications, 2007, p. 17.

³ FARQUHARSON, Edward et al. How to engage with the private sector in public-private partnerships in emerging markets. Nova Iorque: World Bank Publications, 2011, p. 39.

⁴ IRWIN, Timothy. Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects. Nova Iorque: World Bank Publications, 2007, p. 56-62.

⁵ WORLD BANK. Guidance on PPP Legal Frameworks. Nova Iorque: World Bank, 2022, p. 108.

Como citar este texto:

ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de. Parâmetros e cuidados para a alocação de riscos em contratos administrativos. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 13 jun. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.