



Daniel Bulha: Alocação dos riscos na concessão de serviços públicos

Na grande instabilidade econômica e política pela qual atravessa o país, não se pode olvidar que práticas que minimizem os riscos de investidores são essenciais ao restabelecimento do crescimento econômico, assim como os investimentos em expansão e modernização de infraestrutura e serviços públicos eficientes e de qualidade são necessários para a devida sustentabilidade desse crescimento.

Apesar de amplamente discutida na última década, especialmente após a vigência da lei que instituiu as parcerias público-privadas no ordenamento brasileiro, a matéria ainda é bastante sensível nos entendimentos emanados pelos órgãos de controle, e sua aplicação prática tem sido pouco utilizada ou até mesmo pouco discutida, apesar da essencialidade de tais práticas para o crescimento na qualidade e eficiência da prestação dos serviços públicos concedidos, que hoje padecem de constantes problemas econômico-financeiros.

Há uma multiplicidade de fatores que contribuem nos desequilíbrios econômico-financeiros das concessões de serviços públicos, dos quais, a título de exemplo, podemos citar a ausência de regulamentação do serviço prestado, interferência de interesses políticos no curso das concessões ou na fixação das tarifas e deficiências na elaboração do planejamento da concessão, entre outros.

Os riscos nos contratos de concessão de serviços públicos

O conceito clássico de concessão de serviço público tinha como um de seus pilares a ideia segundo a qual a concessão seria um contrato e que todos os riscos ficariam a cargo do concessionário. Desse fato advém a máxima de que o concessionário executa os serviços públicos “por conta e risco”, termo adotado inclusive na Lei Federal 8.987/95, ao definir concessão de serviço público.

Entretanto, atualmente já é possível constatar na prática, assim como já foi objeto de questionamentos teóricos, que essa definição clássica de que ao concessionário cabe suportar, exclusivamente, todos os riscos da concessão vem sendo contrariada gradativamente, seja em função das diversas concessões subsidiadas pelo poder público, seja por incentivos fiscais ou assunção de concessões por entidades da própria administração indireta.

Todavia, o conceito clássico acerca dos riscos da concessão ainda continua a influenciar fortemente a legislação, a doutrina e a jurisprudência atuais, principalmente calcados no entendimento de que a concessão dos serviços públicos proporciona o forte investimento privado, abstendo o dispêndio de recursos pelo poder público, o que nem sempre é correto afirmar.

Majoritariamente, a doutrina nacional ainda utiliza o conceito clássico do risco da concessão, como contrato “por conta e risco do concessionário”. Ora, se o serviço permanece público após concedido à iniciativa privada, é inconcebível imaginar que o concessionário tenha relevância principal no acordo, eis que tais serviços são também relevantes para o poder concedente e para a sociedade. A frustração do empreendimento prejudicará igualmente poder concedente, concessionário e a sociedade.

Sobre a posição de grande parte da doutrina, salienta Marcos Augusto Perez que, “muito embora inequivocamente majoritária, essa posição — que doravante denominaremos doutrina tradicional do risco na concessão — não disfarça um despreocupado apego à repetição de textos clássicos, cujo



questionamento parece-nos fundamental na atualidade”[\[1\]](#).

De fato, o debate sobre os riscos da concessão dos serviços públicos se faz de suma importância nos dias atuais, sendo por vezes a prestação de serviços públicos o cerne de manifestações populares, como aquelas ocorridas no ano de 2013, iniciada em função do reajuste tarifário do transporte público coletivo no município de São Paulo.

Além das contradições técnicas existentes no próprio conceito clássico replicado majoritariamente pela doutrina e contradições com alguns princípios inerentes aos serviços públicos concedidos, citados a seguir, há de se considerar que o sistema atual de concessões vigentes no país ainda não satisfaz os objetivos basilares de sua existência: há dispêndios vultuosos de recursos públicos, serviços ineficazes, altos valores tarifários e má qualidade na execução dos serviços.

Sob o ponto de vista técnico, a definição clássica do risco da concessão é ambígua quando também caracteriza o contrato de concessão de serviço público como um contrato comutativo, ou seja, um contrato com justa equivalência das prestações de cada uma das partes.

Em sendo o contrato comutativo — e, portanto, não aleatório —, a ideia de equivalência entre os encargos das partes, com conhecimento prévio destes, é paradoxal à ideia de transferência de todos os riscos da concessão para uma única parte, o concessionário.

A comutatividade do contrato enseja, inclusive, a salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes a situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula *rebus sic stantibus*).

Não bastasse, a definição clássica dos riscos também se contrapõe ao princípio da modicidade tarifária, prevista na Lei 8.987/95 e legislações correlatas, porque a transferência total dos riscos da concessão de serviço público ao concessionário ensejaria maiores custos envolvidos e, conseqüentemente, tarifas mais elevadas. Maiores riscos do negócio, maior o custo ao usuário final.

A própria obrigação do poder público de fazer estudos prévios de viabilidade para licitações de concessão de serviço público o compromete em alguma medida ao resultado, contrariando também a máxima de que a gestão do serviço público seria exclusivamente por conta e risco do concessionário.

Por fim, não menos importante, pois talvez seja a maior contradição da definição clássica de riscos nas concessões de serviço público, é que, ao mesmo tempo que atribui todos os riscos envolvidos ao concessionário, paradoxalmente, reconhece que alguns riscos, denominados riscos extraordinários ou de álea extraordinária, seriam suportados pelo poder público.

Da mesma forma como ocorre com os demais contratos administrativos, a visão tradicional da expressão “por conta e risco” do concessionário admite uma divisão genérica e hipotética dos riscos contratuais, dividindo-os em riscos (ou áleas) ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria todos os riscos ordinários do empreendimento enquanto o poder concedente assumiria os riscos extraordinários.

Em que pese tais distinções decorrerem da doutrina francesa, há adaptações no contexto brasileiro, pois as soluções francesas não se coadunariam integralmente com o nosso Direito Positivo. No Brasil, a noção de risco ordinário é mais restrito do que a francesa, que se assemelha mais à nossa regra do



Direito Civil.

Assim, observa-se que o mesmo conceito tradicional do risco que atribui ao concessionário todos os riscos advindos do serviço concedido também os exime dos riscos oriundos das áleas extraordinárias, o que, no mínimo, corrobora com os limites existentes na interpretação da expressão “por conta e risco” do concessionário.

Não obstante, ainda que a teoria da álea extraordinária atenua os riscos do concessionário, seu contexto se dá após a existência efetivas dos prejuízos, após sua efetiva contabilização, de forma nitidamente profilática.

Marcos Augusto Perez, acerca do tema, assevera que “de que adiantaria impor à administração o pagamento de uma indenização, em função de um desequilíbrio gerado por superveniência de alguma das áleas extraordinárias, se, em estado de contenção orçamentária, a administração não tivesse como arcar com o pagamento imediato desse prejuízo que, repetimos, já fora suportado pelo concessionário?” [2].

A necessária equidade na alocação dos riscos entre concessionário e poder concedente

Como visto, são diversas as contradições existentes na doutrina tradicional do risco nas concessões de serviços públicos. Entendimentos doutrinários, legais e jurisprudenciais nos conduzem à máxima de que, diferentemente da interpretação rígida dada ao termo “por sua conta e risco”, há uma certa divisão dos riscos da contratação entre poder concedente e concessionário.

Assim, parece-nos evidente que a Lei 8.987/95, ao estabelecer que a concessão se dá “por conta e risco” do concessionário, transfere normativamente ao concessionário os riscos que o contrato estabelecer, ou seja, tão somente os riscos contratuais. Os riscos extracontratuais estariam abarcados no artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93.

O conceito tradicional dos riscos da concessão, no mesmo passo em que abranda os riscos dos concessionários (teoria da álea extraordinária), faz uma divisão extremamente vaga dos riscos na contratação, uma divisão abstrata dos riscos, criando insegurança às partes. Não há uma divisão clara e inequívoca dos riscos, como forma de prevenção à eclosão de prejuízos às partes.

Para maximizar a eficiência e segurança do contrato, é preciso criar incentivos para as partes protegerem o cerne da concessão, maximizando as chances de ocorrência dos eventos que são benéficos ao seu cumprimento e minorando as chances de ocorrência dos eventos que o perturbam. Esses incentivos são criados pela alocação às partes dos riscos relativos aos eventos, de forma mais equânime.

Marcelo Portugal Ribeiro salienta que “a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco a? parte que tem melhor condição de gerencia?-lo a menor custo” [3]. A alocação correta e objetiva dos riscos permite uma redução significativa dos custos, repercutindo na modicidade tarifária e na qualidade da prestação dos serviços.

A Constituição Federal consagra os princípios da economicidade e da eficiência que militam em favor da estabilidade da relação contratual, principalmente no caso de contratos de concessão de serviços públicos ou de obras, contratos de longo prazo e grandes investimentos. Assim, é imprescindível atentar



para a correta previsão e divisão dos riscos inerentes aos seus negócios jurídicos, como forma de majorar o grau de estabilidade dessas avenças administrativas.

Em uma melhor análise, a identificação dos riscos de uma concessão não é somente necessária para verificação da viabilidade econômica e financeira, mas também essencial para atenuação contratual dos riscos por meio de mecanismos jurídicos de solução de eventuais conflitos entre as partes.

Neste íterim, importante destacar que dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público enumeradas pela Lei 8.987/95 há a exigência do administrador velar pelo melhor detalhamento dos riscos inerentes à atividade concedida, sua divisão entre as partes e os modos de solução de conflitos. De igual sorte, a posterior lei das parcerias público-privadas reforçou essa necessidade de maior rigor formal nos contratos quanto à descrição e repartição dos riscos inerentes às concessões de serviços públicos.

Disposições finais

A concessão de serviço público, por sua complexidade econômico-financeira, por se tratar de um contrato de longa duração e diante de sua grande repercussão em termos sociais e políticos, é um negócio jurídico por si só arriscado e não há outra forma de torná-lo mais eficiente e seguro, sob o ponto de vista da captação de recursos privados, do que alocar os riscos inerentes à atividade de maneira equânime entre as partes, necessidade essa que se encontra suficientemente respaldada pela legislação brasileira vigente, mas que infelizmente ainda é pouco utilizada de maneira precisa.

Conforme ressaltado aqui, a assertiva "por conta e risco" do concessionário deve ser interpretada de maneira mais ampla, não sob o enfoque clássico pelo qual o concessionário é exclusivamente responsável por todos os riscos da atividade, até mesmo porque foram aventadas diversas contradições presentes nesse posicionamento.

Ao utilizar a divisão fixa e genérica dos riscos aplicável a todos os contratos de concessão, bem como deixar de analisar mais especificamente os verdadeiros riscos atribuídos à atividade concedida, de forma singular, o administrador público deixa de evitar ou mitigar eventuais problemas desestabilizadores da relação contratual, impedindo que a atividade concedida cumpra com os reais objetivos a qual foi inicialmente planejada.

Longe da pretensão de esgotar a temática proposta, bem como de elencar todas as alternativas possíveis, queremos crer que a possibilidade do debate do tema no meio acadêmico seja uma realidade e, quem sabe, a propagação ao campo prático seja desta uma consequência, permitindo que os futuros instrumentos de concessão de serviços públicos sejam melhor elaborados, propiciando o desenvolvimento de nossa ainda precária infraestrutura nacional e permitindo uma prestação de serviço público com eficiência e qualidade.

[1] PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 103.

[2] PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte:



Editora Fórum, 2006, p. 115/116.

[3] RIBEIRO, Marcelo Portugal. *A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo*. Disponível em <<http://www.portugalribeiro.com.br>>. Acesso em 28/5/2017.

Referências bibliográficas

BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *A Concessão de Serviço Público*. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66698/69308>>. Acesso em 29/5/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 8ª ed, São Paulo: Atlas, 2011.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Um olhar português, Lisboa: Almedina, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

RIBEIRO, Marcelo Portugal. *A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo*. Disponível em <<http://www.portugalribeiro.com.br>>. Acesso em 28/5/2017.

RIBEIRO, Marcelo Portugal. *Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93*. Disponível em <<http://www.portugalribeiro.com.br>>. Acesso em 28/5/2017.

Date Created

18/05/2018