



Opinião: Gestão de risco x matriz de risco em contrato de empreitada

1. Gestão de risco versus matriz de risco

Tem ganhado espaço na agenda dos administrativistas a temática da matriz de riscos, sobretudo após a entrada em vigência da Lei 13.303/2016 e da IN 05/2017 – MPOG. O fato, todavia, é que a matriz de riscos por vezes tem sido confundida com a noção mais ampla, mas a ela correlata, de gestão de riscos (igualmente prevista na IN 05/2017, artigo 20, e na Lei das Estatais, artigo 6º).

A “gestão de riscos” faz referência a uma dimensão macro, reportando-se à necessidade de que instituições (empresas, entidades sem fins lucrativos, órgãos e entidades da Administração Pública) preocupem-se em exercer funções destinadas ao autocontrole, com finalidade de prevenir o cometimento de fraudes e ilegalidades. Trata-se do foco de ação dos mecanismos de controle interno da organização, com vistas ao gerenciamento de riscos e crises. A essa dimensão macro, denomina-se aqui *compliance* institucional.

Ela é tratada em diplomas como a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), ao exigir, por exemplo, que as estatais observem em seus estatutos “regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno” (artigo 6º); e a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2016), ao ponderar, na aplicação de sanções, o fato de a pessoa jurídica possuir “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta” (artigo 7º, VIII).

A gestão de riscos liga-se, assim, aos “programas de integridade”, compreendido, no Direito Administrativo, como “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública” (artigo 41, caput do Decreto 8.420/2015).

De outro lado, a expressão “matriz de riscos” tem dimensão mais estrita, fazendo referência à cláusula contratualmente prevista com a finalidade de disciplinar a repartição objetiva de riscos entre as partes – contratante (Poder Público) e contratado (particular). Ao se falar em “matriz de risco”, portanto, os diplomas que regem as contratações públicas não têm em mira todo o gerenciamento de riscos de uma organização, mas sim, numa visão mais estreita, procura apenas sopesar o gerenciamento dos riscos especificamente atrelados àquela determinada contratação. Sua função, assim, é limitada (ainda que não menos importante): disciplinar a repartição dos riscos contratuais entre as partes contratantes.

Por sua natureza, a matriz de riscos de um determinado contrato representará uma consequência da noção geral de gestão de riscos, mas seu objetivo é mais restrito, figurando como definidora contratual do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes envolvidas. Daí a denominação aqui adotada de *compliance* contratual para fazer referência a essa realidade.

2. Matriz de risco nos contratos de empreitada: evolução legislativa

Feita a distinção, pretende-se aqui traçar algumas reflexões acerca da matriz de risco no âmbito das empreitadas de obras públicas. O estudo do tema é marcado por uma linha evolutiva: (i) a experiência no



âmbito das concessões; (ii) a incipiência da repartição de riscos no RDC; (iii) a disposição expressa na Lei das Estatais.

No âmbito das concessões, com a Lei 8.987/95, a expressão “por sua conta e risco”, presente no artigo 2º, incisos I, II e III foi a responsável por imputar ao concessionário um plexo de riscos decorrentes de suas escolhas. Essa lógica representa grande divergência em relação à Lei 8.666/93, na qual o contratado é alheio a todo e qualquer risco – à exceção daqueles da denominada “álea ordinária”.

A expressão “por sua conta e risco”, todavia, levava a compreensões inadequadas, haja vista que o contrato de concessão não pode implicar automática assunção de todo e qualquer risco pelo concessionário, sob pena de se admitir uma ineficiente oneração dos usuários do serviço concedido, que pagariam tarifas mais elevadas para fazer frente aos riscos assumidos pelo particular. Já sob a égide da Lei 8.987/95, assim, a doutrina nacional fez esforços para melhor compreender o conteúdo da expressão, de modo a acometer ao concessionário apenas os riscos que pudessem ser por ele mais eficientemente absorvidos, evitando onerar a tarifa a ser paga pelos usuários.

Com a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), o tema ganhou configuração mais clara e adequada. Aqui, o legislador determinou expressamente a “repartição objetiva de riscos entre as partes” como diretriz das PPP (artigo 4º, inciso VI), superando a expressão genérica “por sua conta e risco” da lei de concessões. Ademais, o artigo 5º, inciso III, impôs a repartição objetiva de riscos como cláusula contratual obrigatória, inclusive no que se refere a “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea extraordinária”.

Isso significa que, com a leis das PPPs, os riscos passaram a dever ser objetivamente identificados no contrato de concessão, e repartidos de maneira a serem alocados à parte contratual que tiver melhores condições de absorver/mitigar aquele determinado risco, causando menos impacto à estrutura econômico-financeira do contrato. A matriz de riscos, deste modo, comporá o edital e o contrato, distribuindo riscos ex ante e definindo responsabilidades entre as partes, gerando maior segurança jurídica e simetria de informações quanto aos ônus financeiros decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do contrato.

Seguindo essa tendência, a Lei das Estatais exigiu que o instrumento convocatório seja acompanhado de matriz de riscos (artigo 42, parágrafo 1º, I, “d”), correlacionando-a ao equilíbrio econômico-financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (artigo 42, X). As estatais, nesse sentido, devem publicar e manter atualizado seu regulamento interno de licitações e contratos, de modo que caberá a cada entidade descer às minúcias da matriz de riscos que serão apostas em seus contratos.

Vale dizer que a Lei 13.303/2016 rompeu com a premissa de que, regra geral, a Administração deve blindar o parceiro privado de riscos provenientes da execução contratual – premissa que só havia sido relativizada no RDC (Lei 12.462/11) com a figura da contratação integrada, dispondo o artigo 9º, parágrafo 5º da lei que “se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado”. Todavia, em que pese a matriz de riscos encontrar alguma menção no RDC, a Lei das Estatais inovou ao prevê-la como obrigatória nas contratações integrada e semi-integrada (artigo 42, parágrafo 1º, I, “d”).

3. Parâmetros balizadores da matriz de risco nos contratos de empreitada



A confecção da matriz de riscos demanda análise de três aspectos primordiais: (i) identificação do evento; (ii) estimativa da probabilidade de o evento ocorrer; e (iii) estimativa do impacto, correspondente ao ônus resultante da ocorrência do evento.

A importância de cada etapa salta aos olhos ao se ter em mente que a cláusula de matriz de riscos gera significativo impacto nas propostas devido à taxa de risco (precificação do risco assumido pelo contratante). Como a matriz será responsável pela configuração da proposta nos modelos, o TCU já se manifestou por sua indispensabilidade “com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto ou anteprojeto, prevento contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução” (Acórdão 2.172/2013 – Plenário).

A gestão dos riscos através da matriz, portanto, possibilita que estes sejam identificados e dimensionados de acordo com uma lógica de eficiência econômica. O maior detalhamento ex ante das contingências futuras possibilita que as partes tenham uma noção fidedigna de seus encargos, o que tende a diminuir os custos de transação – já que, num cenário de incerteza, os agentes econômicos tendem a elevar suas propostas. Mas há que se considerar que o detalhamento dos riscos contratuais possui ao menos dois limites: (i) a cognoscibilidade: é impossível prever todas as contingências futuras; (ii) o limite econômico: sobretudo nos contratos de empreitada, o desenho ideal do contrato é o principal custo ex ante.

É preciso reconhecer então, que a elaboração e a execução de um contrato tende a ser mais dispendiosa quanto mais extensos forem os riscos que pretende cobrir. Detalhar todas as minúcias do instrumento contratual é extremamente custoso, o que significa que, quanto mais complexo for o contrato, mais caro será estipular todas as contingências que poderão ocorrer, gerando um *trade off* completude versus custos. Existe, portanto, um grau ótimo de completude contratual, ditado pelo custo marginal de complemento.[1]

Listados os eventos (riscos), haverá a confecção da matriz de riscos, alocando-os à parte em melhores condições de assumi-los, ou seja, aquela que (i) gerenciar melhor a prevenção do risco (diminuindo a probabilidade) ou (ii) possuir melhor condição de minimizar os prejuízos (diminuindo o impacto). Com isto, atribui-se o risco à parte que o suporta a menor custo, gerando eficiência econômica. No que tange aos riscos alheios à capacidade de gerenciamento pelo contratado, e que não podem ser acautelados mediante contratação de seguros, estes devem ser alocados ao Poder Público (autosseguro).

Importante parâmetro trazido pela Lei 13.303/13 (artigo 42, inciso X, “b” e “c”) é a divisão conforme as parcelas *design and build* da obra, de modo que as obrigações de meio (*build*) devem ter seus riscos reservados ao Poder Público, ao passo que aquelas parcelas do empreendimento que possibilitam a inovação pelo contratado (*design*), devem ser realizadas sob sua responsabilidade. Sabido também que aqueles riscos advindos das condições de contorno[2] devem pertencer à Administração. A definição de “onde se pretende construir” é condição básica para que o particular desenvolva soluções construtivas (*design*), ou seja, é de onde se parte para criar. Neste talante, é fundamental que as informações constantes nos estudos disponibilizados pela Administração sejam fidedignas – e se não forem, que haja possibilidade de reequilíbrio (por exemplo, se as condições geológicas do terreno demandarem solução de custo mais elevada do se havia previsto anteriormente). Insta-se salientar, também, que ferramentas como sondagens de solo, feitas por amostragem, são extremamente caras e nem sempre precisas, de



modo que seria inviável alocar o custo por estes estudos ao particular, o que elevaria sobremaneira a taxa de risco do contrato, perdendo-se em eficiência econômica.

Portanto, na medida em que as frações mais complexas devem compor as obrigações de design, somente essas devem ser alocadas sob o risco do contratado – o que propiciará, também, maior competição na concepção de soluções (seja por melhores preços, sejam por melhores técnicas). Doutro bordo, as parcelas mais simples devem ser definidas como obrigações de *build*, sendo alocadas ao contratante.

4. A questão dos seguros

Em qualquer cenário que envolva incertezas, torna-se absolutamente fundamental a contratação de seguros, o que a um só tempo permite (i) a transferência do risco assumido a terceiro (seguradora), e (ii) a mensuração do valor do risco (precificação). A contratação de seguros é assunto pouco discutido no âmbito das empreitadas, infelizmente. Vindo da experiência das concessões, o tema ganhou notoriedade após o acidente da Linha 4 do Metrô de São Paulo, onde vultosos prejuízos foram mitigados pelo seguro da concessionária, que contava com uma apólice de mais de 1 bilhão de reais.

A existência de seguros propicia algumas vantagens como (i) a transferência de riscos ao particular; (ii) a mensuração do “custo” do risco; (iii) o baixo valor em relação ao total do empreendimento – cerca de 0,25%; (iv) o fato de que a presença de seguradoras adiciona uma verificação externa sobre o realismo do projeto e de suas soluções adotadas, e ainda faz com que, através do sistema de franquias, haja um incentivo à mitigação dos riscos cobertos.

A despeito da Lei 8.666/93 tratar de seguro em seu artigo 56, parágrafo 1º, inciso II, o diploma se refere ao seguro garantia, que visa apenas proteger a Administração do inadimplemento do contratado. O seguro risco possui finalidade bastante diversa: visa proteger o contrato de eventuais prejuízos causados pela ocorrência do evento. O seguro, então, passa a compor o tripé dos novos modelos de empreitada no direito brasileiro, formado pela afinação entre (i) projeto básico/anteprojeto; (ii) matriz de riscos e (iii) condições de seguro, sobretudo aquelas voltadas a gerenciar os chamados riscos de projeto, que são resultado da divisão do design (parcelas de criação) e *build* (parcelas de execução).

Ao fim e ao cabo, a correta compreensão da matriz de risco é fundamental para o bom desenvolvimento das empreitadas de obras públicas, ao passo que o equilíbrio econômico-financeiro em objetos complexos não mais pode ser deixado à sorte da “teoria das áleas”. Assim, andou bem a Lei das Estatais ao trazer tratamento legislativo a seu propósito, já adiantando um prognóstico de que a nova Lei de Licitações deverá fazer o mesmo. Na atualidade, destarte, a expressão “por sua conta e risco” somente pode ser compreendida como sinônima de “conforme os riscos que forem contratualmente assumidos”.

[1] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 149.

[2] As condições de contorno compreendem: (i) onde se pretende construir: o ambiente que se destina a construção, principalmente no que tange ao risco geológico; (ii) o que se pretende construir: é o aspecto geral da obra, notadamente através do conteúdo do anteprojeto/projeto básico.

Date Created

03/06/2019