

## Opinião: A matriz de riscos na nova Lei de Licitações

Com a aprovação pelo Senado Federal do Projeto de Lei nº 4.253/2020, que modifica, unifica e moderniza as já consolidadas Leis nº 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos), nº 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) e nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), um novo horizonte se aproxima em matéria de licitações e contratos administrativos. O texto da futura lei, que ainda aguarda sanção presidencial, contém diversas disposições que visam à redução do distanciamento entre Administração e administrado, e agem como uma engrenagem importante para conferir maior segurança ao instrumento nacional.



Entre as inúmeras modificações e novidades trazidas pelo

projeto, sem dúvidas, uma das mais relevantes é a possibilidade de previsão expressa da matriz de riscos como cláusula contratual (que, em alguns casos, é obrigatória). Isso porque a Lei nº 8.666/1993 foi editada em um período em que a Administração Pública acreditava que eventos futuros e incertos deveriam ser resolvidos com fundamento unicamente nas tradicionais teorias administrativas conhecidas (*e.g.*, teoria da imprevisão, fato da administração, fato do príncipe). Mais que isso, entendia-se que o poder público teria à disposição todas as informações necessárias acerca do projeto, objeto, conteúdo e execução do contrato, de modo que os desequilíbrios decorreriam unicamente da *álea* extraordinária.

Por óbvio, essa premissa não mais se sustenta, sobretudo diante da elevada complexidade que as contratações públicas assumiram, em um contexto em que tanto o poder público quanto o particular muitas vezes não dispõem de todas as informações imprescindíveis para a adequada execução do contrato. Em razão dessa mutabilidade das coisas, tais contratos se revelam incompletos porque estão sujeitos a determinações futuras [\[1\]](#). É dizer: não se pode prever em um instrumento hoje quais alterações precisarão ser feitas em um negócio jurídico daqui a dez ou 15 anos.



Nesse contexto, a matriz de riscos surge para alocar esses riscos futuros às partes contratantes. Na Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), a "repartição de riscos entre as partes" está prevista como uma de suas diretrizes fundamentais (CF, artigo 4º, VI). Além disso, a Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC) também prevê expressamente a possibilidade de contemplar matriz de alocação de riscos, porém, nesse caso ela é obrigatória apenas nos casos de contratação integrada, em que a empresa contratada fica responsável pelos projetos básico e executivo e por toda a execução do objeto até sua entrega final (CF, artigo 9º, §5º). A Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), por sua vez, prevê a matriz de riscos como cláusula necessária em todos os contratos por ela disciplinados (CF, artigo 69, X).

Logo, a previsão da matriz de riscos como cláusula contratual não se trata efetivamente de uma inovação no nosso ordenamento jurídico, mas vem para consolidar uma tendência no Direito Administrativo observada nas legislações mais recentes, no sentido de conferir maior racionalidade aos processos e contratos, o que, sem dúvidas, gera mais segurança jurídica e confiança entre as partes contratantes.

No projeto de lei, a matriz de riscos é conceituada 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. Aqui, nota-se uma preocupação com a execução do contrato, em consonância com os princípios da eficiência, da segurança jurídica e o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que é conferida maior clareza ao instrumento contratual, ao ser definido previamente qual parte arcará com os custos de eventual sinistro, dado o prévio contingenciamento de recursos. O texto do projeto, contudo, estabelece, como regra, que a matriz de risco é opcional, sendo obrigatória apenas nos contratos considerados de grande vulto — que ultrapassam o valor de R\$ 200 milhões —, na contratação integrada e na semi-integrada, como consta do artigo 22, §3º, do diploma (CF, artigo 22, §3º).

De acordo com a versão final, aprovada no último dia 10, o processo de divisão das responsabilidades deverá ser norteado pelo critério da maior capacidade para sanear ou mitigar o sinistro. Há, portanto, uma preocupação com a distribuição equitativa dos riscos, com base em uma prévia análise de qual parte seria mais eficiente na sua gestão. Nesse sentido, o projeto de lei prevê que serão preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras, e, seguindo mesma lógica, pode-se concluir que serão atribuídos à Administração os riscos que possam ser melhor absorvidos pelo poder público.

Assim, a previsão da matriz de riscos como cláusula contratual proporciona efeitos benéficos internos e externos ao contrato. Isso porque a matriz contorna situações de insegurança, gerando um cenário favorável para ambas as partes: 1) ao ente particular, que terá maior garantia do retorno dos seus investimentos em um ambiente economicamente equilibrado; e, ao mesmo tempo, 2) à Administração Pública, que assegurará a continuidade da prestação de serviços públicos, de abastecimento e de desenvolvimento de projetos relevantes para o desenvolvimento nacional.

Com relação a questões procedimentais, a matriz é estabelecida por meio de uma metodologia pré-definida pelo ente federativo, não havendo, em princípio, negociação prévia entre as partes. A metodologia será fruto de estudos geralmente desenvolvidos por órgãos governamentais técnicos e até mesmo por consultores privados independentes. É importante destacar que, embora não haja negociação prévia entre as partes, a matriz de riscos está sujeita à impugnação pelos licitantes caso esses identifiquem falhas ou equívoco na sua elaboração. E, como não se pode olvidar, está sujeita à fiscalização dos órgãos de controle.

Evidentemente, a matriz de riscos não é capaz de prever todo e qualquer evento que cause alguma forma de desequilíbrio na relação contratual, mas possui um importante papel de proporcionar maior previsibilidade às relações contratuais, determinando de antemão qual parte é responsável por arcar com o risco, o que garante uma rápida e eficiente solução para eventual problema. Acredita-se que a matriz de riscos possivelmente diminuirá a incidência de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e sua litigiosidade.

A esse respeito, cumpre destacar que a previsão da matriz de riscos como cláusula contratual não elimina a submissão dos contratos administrativos à teoria da imprevisão. Ou seja, diante de fatos supervenientes extraordinários e não definidos na matriz de riscos, a exemplo do fato do príncipe, do evento de força maior ou caso fortuito, permanece garantido o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Por isso, o documento não pode conter previsões genéricas atribuindo ao contratado todo e qualquer fato superveniente imprevisível que venha a ocorrer, situação essa de onerosidade excessiva que pode impossibilitar a execução do contrato.

Em suma, o texto final do projeto de lei, se sancionado pelo presidente da República, é capaz de ressignificar substancialmente a relação entre o poder público e o particular, especialmente ao trazer consigo uma ideia de ruptura da imagem clássica de dualidade entre os polos da relação contratual. É salutar a atenuação da unilateralidade na atuação da Administração Pública, submetendo-a ao crivo das boas práticas da formação de um consenso através da negociação, conciliando interesses para a condução de uma boa relação negocial, com a finalidade última de render frutos para toda a coletividade. Nesse sentido, a previsibilidade trazida pela matriz de riscos também prestigia a formação de um ambiente juridicamente mais seguro, ao delimitar riscos e responsabilidades assumidas pelas partes contratantes, diminuindo a possibilidade de questionamentos judiciais no percurso da relação, o que é fundamental para a formação de um ambiente saudável e transparente para o desenvolvimento econômico.

[1] BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos incompletos*. São Paulo: Atlas. 2015, p. 50.