

BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO

NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Bruno Werneck, Mario Saadi, Juliana Deguirmendjian, Júlio Barboza, Maria Cristina de Oliveira e Laís Youssef.

MATRIZ DE RISCO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Em dezembro de 2020, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 4.253/2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 559/2013 ou “PL” ou “Nova Lei de Licitações”), que agora aguarda sanção presidencial.

O PL tramitou por cerca de 25 anos na Casa Legislativa e traz ajustes necessários evidenciados pela prática resultante das conhecidas Leis nº 8.666/1993 (atual Lei de Licitações), nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), dentre outras. Além disso, altera vários dispositivos, incluindo do Código de Processo Civil e do Código Penal.

O texto irá centralizar institutos, que antes estavam esparsos, e concentrar tendências até então encontradas apenas nas leis especiais, jurisprudência e doutrina.

Em vista desse cenário e das mudanças trazidas pelo PL, faremos, de maneira contínua, a divulgação de boletins de Direito Administrativo, focados em pontos relevantes da Nova Lei de Licitações.

No boletim de hoje, falaremos da nova previsão de alocação de riscos e de equilíbrio econômico-financeiro.

EXIGÊNCIAS MÍNIMAS

Primeiramente, o PL inseriu em seu rol de definições o que entende por “matriz de riscos”¹, que antes não estava previsto na atual Lei nº 8.666/1993, e estipulou seu conteúdo mínimo, sendo ele composto por:

¹Art. 6º, XXVII – matriz de riscos: “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, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

- (i) listagem de possíveis efeitos supervenientes à assinatura do contrato;
- (ii) previsão de eventual termo aditivo por ocasião de (i);
- (iii) para as obrigações de resultado, o estabelecimento do que o contratado terá liberdade para inovar no que estava previsto no anteprojeto/ projeto básico;
- (iv) para as obrigações meio, o estabelecimento do que o contratado não terá liberdade para inovar, devendo haver aderência entre o que for executado e a solução prevista no anteprojeto/projeto básico.

Ademais, o art. 91 do PL inseriu a matriz de riscos no rol de cláusulas essenciais dos contratos, bem como a previsão do prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso² – ambas positivamente refletem uma necessidade que se apresentou na prática das execuções contratuais.

TAXA DE RISCOS E MITIGAÇÃO

A Lei do RDC prevê em seu art. 9º, §5º a possibilidade de o anteprojeto prever a alocação da matriz de riscos, tendo o valor estimado da contratação que refletir a “taxa de risco” compatível com os riscos alocados ao contratado³.

O PL incorporou esta previsão no âmbito do edital, acrescentando no art 22, §1º, que a matriz também deverá prever os respectivos mecanismos “*que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual*”. Ou seja: além dos riscos, a Nova Lei de Licitações sinaliza a preocupação no endereçamento de seus efeitos caso materializem-se.

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia”.

² Art. 91. “São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: [...] IX – a matriz de risco, quando for o caso; [...] XI – o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso”.

³ Art. 9º, § 5º. “Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública 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, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante”.

Ademais, o contrato deverá refletir a alocação de riscos prevista, sobretudo, dentre outros casos, na hipótese de alteração em função de recomposição quando o sinistro for considerado na matriz como causa do desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda a recomposição (art. 22, § 2º, I do PL)⁴.

Especificamente quando tratar-se de contratação integrada ou semi-integrada, por sua vez, a contratada arcará com os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação que estejam associados à escolha da solução feita em projeto básico pela contratada⁵.

Neste caso, é possível entender que a liberdade dada à contratada de propor soluções no âmbito do projeto tem como contrapartida a expressa responsabilidade quanto aos riscos que a escolha possa acarretar.

ALOCÇÃO DE RISCOS

Também merece destaque o fato de a alocação de riscos ter ganhado capítulo próprio no PL, apesar de ser composto apenas pelo art. 102. As disposições do artigo, por sua vez, não têm nenhum outro correspondente legal prévio ao PL, o que o torna uma novidade.

O PL prevê que a alocação deverá contemplar, necessariamente, quais riscos devem ser assumidos pelo Poder Público, pelo contratado e por ambos. Nisso, a alocação deverá:

- (i) considerar a natureza do risco (art. 102, §2º);
- (ii) considerar o beneficiário das prestações a que se vincula (art. 102, §2º);
- (iii) considerar capacidade de cada setor para gerenciar o risco (art. 102, §2º); e
- (iv) Ser quantificada, para fins de projeção dos reflexos dos seus custos no valor estimado da contratação (art. 102, §3º), ou seja, na taxa de risco, abordada acima.

Ademais, os riscos cobertos por seguros deverão necessariamente ser alocados pela contratada (art. 102, § 2º do PL).

⁴ Art. 22, §2º, I, "às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico- financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento".

⁵ Art. 22, § 4º. "Nas contratações integradas ou semi-integradas, 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".

No que se refere aos parâmetros e procedimentos necessários para a identificação, alocação e quantificação dos riscos, os mesmos poderão ser detalhados pelo Poder Público (art. 102, § 6º do PL). Por um lado, o legislador conferiu certa liberdade para o gestor desenhar o procedimento de apuração da matriz, no entanto será necessário bom diálogo e desenvolvimento técnico entre os atores para que o processo atenda aos desafios da recomposição.

A Lei nº 8.666/1993 careceu de maiores detalhes quanto ao regramento específico da garantia do equilíbrio econômico-financeiro das contratações administrativas sob sua regência. A matéria tampouco encontrou respaldo exaustivo em outra lei infraconstitucional.

Ainda assim, o regramento do PL, apesar de não exaurir o tema, merece ser celebrado pela positivação de determinações cuja ausência reflete em dificuldades práticas. Com isso, entendemos que os licitantes ganham maior respaldo jurídico para analisar as condições contratuais.

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O PL incorporou a possibilidade prevista originalmente na Lei do RDC de empregar mecanismos alternativos de resolução de disputas⁶, como mediação e arbitragem. Como diferencial, o PL acrescentou, além da opção de conciliação, a previsão de que, caso o contrato opte por estes mecanismos, as matérias relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro necessariamente serão objeto deles⁷.

Os meios alternativos eram apenas possíveis de serem adotados nos contratos celebrados especificamente no âmbito do RDC. A escolha de expandir a possibilidade para todos os contratos tratados no PL demonstra que o legislador buscou privilegiar a celeridade e evitar a judicialização destes conflitos, o que vemos como um direcionamento acertado para a evolução e adoção dos meios alternativos.

⁶ Art. 44-A. "Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados".

⁷ Art. 150, parágrafo único. "Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações".

Dentre as vantagens destes mecanismos no âmbito dos contratos públicos, podemos elencar, com base em Dinamarco e Lopes:⁸

- (i) redução dos custos financeiros;
- (ii) redução na duração dos trâmites;
- (iii) melhor conhecimento da matéria por parte dos árbitros especializados (no caso, em questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro).

Inclusive, olhando especificamente as concessões, a adoção da via judicial pode ter efeitos perversos, tais como, além da demora na resolução do conflito, sua consequência de afetar o fluxo de caixa do projeto, elevando os riscos do concessionário e os custos repassados aos usuários dos serviços, segundo Alencar⁹.

Abaixo, é possível conferir a tabela comparativa da Lei nº 12.642/2011 (RDC), Lei nº 8.666/1993 e Nova Lei de Licitações entre os dispositivos relacionados à matriz de risco e ao equilíbrio econômico-financeiro. Confira:

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, 2017, p. 33.

⁹ ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na Concessão*, 2019, p. 211.

TABELA COMPARATIVA DAS LEIS DE LICITAÇÕES – MATRIZ DE RISCO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:</p> <p>XXVII – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e <u>caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato</u>, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, <u>no mínimo</u>, as seguintes informações:</p> <p>a) <u>listagem de possíveis eventos supervenientes</u> à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;</p> <p>b) <u>no caso de obrigações de resultado</u>, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá <u>liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas</u>, em termos de</p>

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
		<p>modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;</p> <p>c) no caso de <u>obrigações de meio</u>, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais <u>não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas</u>, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;</p>
<p>Art. 9º, § 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública 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, de acordo com</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.</p>

Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)	Lei nº 8.666/1993	Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)
metodologia predefinida pela entidade contratante.		
N/A	N/A	Art. 22, § 1º A matriz de que trata o <i>caput</i> deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como <u>os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos</u>, caso este ocorra durante a execução contratual.
N/A	N/A	Art. 22, § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I – às hipóteses de alteração para o <u>restabelecimento da equação econômico-financeira</u> do contrato nos casos em que o <u>sinistro</u> seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;
N/A	N/A	Art. 22, § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os <u>riscos decorrentes de fatos supervenientes</u> à contratação associados

Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)	Lei nº 8.666/1993	Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)
		à escolha da solução de projeto básico pelo contratado <u>deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.</u>
N/A	<p>Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:</p> <p>N/A</p>	<p>Art. 91. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:</p> <p>IX – a matriz de risco, quando for o caso;</p> <p>[...]</p> <p>XI – o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.</p>
N/A	N/A	<p>Art. 102. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.</p>
N/A	N/A	<p>Art. 102, § 1º A alocação de riscos de que trata o <i>caput</i> deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos</p>

Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)	Lei nº 8.666/1993	Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)
		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.
N/A	N/A	Art. 102, § 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.
N/A	N/A	Art. 102, § 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.
N/A	N/A	Art. 102, § 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.
N/A	N/A	Art. 102, § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
		<p>restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:</p> <p>I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do <i>caput</i> do art. 123 desta Lei;</p> <p>II – ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.</p>
<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 102, § 6º Na alocação de que trata o <i>caput</i> deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.</p>
<p>N/A</p>	<p>Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as</p>	<p>Art. 123. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:</p>

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
	<p>devidas justificativas, nos seguintes casos:</p> <p>II - por acordo das partes:</p> <p>d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou</p>	<p>II – por acordo entre as partes:</p> <p>d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.</p>

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
	<p>fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.</p>	
<p>N/A</p>	<p>Art. 65, § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.</p>	<p>Art. 129. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.</p>
<p>Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 150. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.</p>

<p>Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC)</p>	<p>Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Projeto de Lei 4.253/2020 (Nova Lei das Licitações)</p>
<p>conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.</p>		
<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 150, § único Será aplicado o disposto no <i>caput</i> deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as <u>questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato</u>, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.</p>

* * *