

PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A MATRIZ DE RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: sua compreensão na Lei nº 14.133/2021

Egon Bockmann Moreira¹

Resumo: O artigo examina a matriz de alocação de riscos no Direito Administrativo brasileiro, com especial enfoque na Lei 14.133/2021. Trata da razão de ser da matriz, seus efeitos e critérios, bem como da diferença entre riscos e incertezas. Pretende explicar por que a matriz de riscos implica maior isonomia nos contratos administrativos e também menores custos.

Abstract: The article examines the risk allocation matrix in Brazilian Administrative Law, with a special focus on Law 14.133/2021. It deals with the *raison d'être* of the matrix, its effects and criteria, as well as the difference between risks and uncertainties. It intends to explain why the risk matrix implies greater isonomy in administrative contracts and also lower costs.

Palavras-Chave: Licitação. Contrato administrativo. Riscos. Incertezas. Cláusula de alocação de riscos. Compartilhamento de riscos. Seguros.

Keywords: Bidding. Administrative contract. Risks. Uncertainties. Allocation clause and risks. Risk sharing. Insurance.

Sumário: 1. Introdução; 2. Matriz de alocação de riscos: definição do art. 6º da Lei 14.133/2021; 3. Riscos e incertezas; 4. Matriz de alocação de riscos: seus efeitos; 5. Matriz de alocação de riscos: seus critérios; 6. Matriz de assunção e compartilhamento de riscos; 7. Matriz de alocação de riscos e securitização; 8. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

¹ Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Paraná. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Advogado. Árbitro. E-mail: egon@xvbm.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5859990024741610> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3056-1285>

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é importante não só para a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), mas também para a (re)compreensão dos contratos administrativos e da percepção do papel da pessoa privada frente à Administração Pública. Isso porque a ideia-força de matriz de riscos significa uma transformação na teoria clássica de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos e, especialmente, em sua obediência à “teoria das áleas”.² Confere maior subjetividade à definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (ao lado da objetividade em sua aplicação).

Por meio da matriz de alocação de riscos, são as partes contratantes que escolhem – com lastro em critérios técnicos, diretrizes legais e boas práticas internacionais – quem arcará com este ou aquele evento futuro (passível de análise e quantificação presente). O que confere legibilidade, desde o momento zero do contrato, ao respectivo equilíbrio econômico-financeiro em vista de alterações quando da execução das prestações contratadas. Em outras palavras, segurança jurídica reforçada e menores custos.

Precisamos conhecer, portanto, a lógica do conceito, que se retrata não só na legislação de direito público, mas igualmente na legislação geral, desde o Código Civil. O que representa enorme impacto para as licitações e contratos administrativos brasileiros.

2. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SUA LÓGICA E A DEFINIÇÃO DO ART. 6º DA LEI 14.133/2021

Estabelecamos, de partida, a seguinte premissa: todos os contratos, públicos e privados, sem exceção, dividem riscos entre as partes signatárias.³

Isso é natural aos negócios jurídicos; é também para isso que servem. Afinal, é um lugar comum a ideia de que aquilo que os contratos preten-

² Sobre tal tema e desafios contemporâneos, v. Alexandre Santos de Aragão, “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs”, **Revista de Direito Administrativo – RDA** 263/35-66. Rio de Janeiro: FGV, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>. Acesso em 18/05/2022. Para visão mais abrangente do tema, v. Bradson Camelo; Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

³ Eu venho tratando desse assunto, com essa compreensão, quando menos desde 2007, no artigo “Riscos, incertezas e concessões de serviço público.” Revista de **Direito Público da Economia – RDPE** 20/35-50. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

dem fazer é trazer o tempo e os eventos futuros para a realidade do tempo presente. As partes obrigam-se a prestações futuras, não a presentes nem, muito menos, a passadas. Por meio desse acordo de vontades reconhecido e positivado juridicamente, as partes hoje se comprometem a executar, a partir de amanhã, específicas prestações – as quais poderão experimentar vicissitudes, algumas das quais podemos chamar de “riscos”. Esses eventos desconhecidos no presente gerarão custos extraordinários, os quais serão arcados por uma das partes no contrato (ou, excepcionalmente, por terceiros).

Resta saber se tal atribuição de responsabilidade pelos riscos é contratualmente feita de modo específico e concreto (com matriz de alocação expressa), ou se o pacto remete as partes a soluções positivadas, de modo geral e abstrato, em leis (sem matriz expressa). No primeiro caso, a segurança jurídica será reforçada – vejamos por quê.

Caso as partes deixem do lado de fora do contrato a atribuição de responsabilidade por eventos futuros e incertos, elas ficam reféns da interpretação da lei, do contrato e dos fatos em si mesmos. Só quando estes se realizarem haverá a necessidade de se definir quem arcará com seus custos – o que, certamente, gerará estresse e controvérsias: cada parte a esgrimir argumentos para atribuí-los à outra. Será natural – salvo casos extremos – que, em caso de dúvida razoável, os contratantes procurem atribuir um ao outro a responsabilidade por despesas não previstas de modo expresso, chegando ao ponto de levar a interpretação da controvérsia a soluções heterocompositivas (arbitragem ou Poder Judiciário).

Diante de tais conflitos, a solução demandará o exame da legislação vigente à época da contratação, do contrato em si mesmo, da conduta das partes e a prova do fato real que alterou ou impediu a sua execução. Exigira a prova do nexo de causalidade entre o fato e sua consequência. Ao contrário, no caso da alocação consensual, prévia e expressa, da responsabilidade por este ou aquele evento, esse debate não existirá (ou assumirá dimensão bastante menor).

A matriz de alocação de riscos não é um meio de fugir de responsabilidades, mas ao contrário: é forma juridicamente prestigiada de torná-las nítidas e, assim, atenuar conflitos.

O ordenamento jurídico brasileiro fornece grande arsenal legislativo para tratar de riscos. Permite que a gestão de suas consequências seja consensualmente organizada. Examinemos, rapidamente, o Código Civil, a Lei nº 8.987/1995, a Lei nº 11.079/2004, a Lei nº 13.303/2013, antes da definição do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021. Com isso pretendo demonstrar

que o assunto é comum, natural a contratos e, assim, previsto em vários diplomas legais.

O Código Civil fala em pessoas jurídicas como técnica de segregação de riscos (art. 49-A, par. ún.); em respeito à alocação de riscos definida pelas partes (art. 421-A, inc. II); em contratos aleatórios (arts. 458-460); nos riscos da coisa nos contratos de compra e venda (arts. 492 e 494); nos riscos do empreiteiro (arts. 611 e 612); naqueles dos contratos de seguro (arts. 759 ss.), etc. – além de disciplinar os efeitos da força maior e caso fortuito (especialmente no art. 393).

A Lei de Geral de Concessões Comuns – nº 8.987/1995 – atribui a gestão do contrato à “conta e risco” do concessionário (art. 2º, incs. II, III e IV), mas fato é que impede a decretação de caducidade caso ele paralise os serviços em “hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior” (art. 38, § 1º, inc. III). Além disso, atribui o risco tributário ao poder concedente (art. 9º, § 3º).

Já a Lei de PPP – a nº 11.079/2004 – foi a primeira a demandar expressa alocação de riscos entre os parceiros, nos termos de seu artigo 5º, inciso III, na condição de cláusula obrigatória (“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”). A solução deverá ser literal no contrato.

Previsão equivalente, entretanto, mais ampla, é a positivada na Lei das Estatais – a nº 13.330/2013 – que considera a matriz de risco como cláusula obrigatória desde o edital e traz definição minuciosa em seu artigo 42, inciso X.⁴

Essa mesma solução é esposada na Lei nº 14.133/2021, cujo artigo 6º, inciso XXVII, traz extensa definição do que se entende, para os exatos termos dessa mesma lei por matriz de risco. A transcrição é necessária:

⁴ “Art. 42 [...] X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e 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, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência; b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação; c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.”

XXVII – Matriz de risco: 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, 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;

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 delimitadas 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.

Ou seja, a noção legal de matriz de alocação de riscos corresponde à cláusula expressa (não-implícita), que define contratualmente (não legal nem teoricamente) não só os eventos qualificados como riscos como também a imputação subjetiva da respectiva responsabilidade – a fim de que o ônus financeiro seja previamente estratificado segundo critérios técnicos razoáveis. O seu objetivo é o de permitir que o contrato sobreviva a abalos futuros, restando incólume a eles.

Mais à frente, ao tratar do edital, o art. 22 consigna que ele “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”, consignando ser obrigatória a matriz de riscos para casos de “obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada” (art. 22, § 3º).

O coração do tema vem previsto no art. 103 da Lei nº 14.133/2021, que será parcialmente tratado neste artigo – não sem antes destacar que ele haverá de ser interpretado em obediência à definição do artigo 6º, inclusive

com respeito a todos os seus elementos, incorporando a distinção entre contratos com obrigações de meio e de resultado.⁵

Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a desenvolver os mais diligentes e mais apropriados esforços – este é o núcleo da prestação assumida – para a obtenção de certo resultado, sem estar a ele vinculado (os contratos com advogados e médicos são típicas obrigações de meio). A prestação a que o devedor se obriga é a da atividade a ser zelosamente desenvolvida. Já nas obrigações de resultado, o devedor compromete-se a atingir os efeitos visados pela contratação: aquilo que de útil dela deve resultar para o credor (o exemplo tradicional é o do contrato de transporte). Aqui, a prestação contratada é a de alcançar o resultado visado pela atividade desenvolvida. O que tem suma importância para os riscos, bem como quanto ao ônus da prova da culpa da responsabilidade ou respectiva alocação.

Com lastro nesses parâmetros legais, pode-se analisar o que significa esse pacto sobre os riscos à execução do contrato, denominado de matriz de alocação de riscos.

O termo “matriz” refere-se ao lugar onde algo é instalado; a sua principal fonte ou origem; onde funciona sua direção central. Em outras palavras, na cláusula contratual em que os riscos do contrato são catalogados, sistematizados e consensualmente alocados nessa matriz. Existem escolhas técnicas, exame de boas práticas setoriais, análise de custos e respectiva precificação. A partir de sua positivação contratual, torna-se objetiva a alocação de riscos: suprime-se a subjetividade de sua responsabilização futura. Para certos eventos, sabe-se de antemão quem deverá arcar com sua prevenção e, caso ocorra, com sua gestão, solução e custos.

Carregada de subjetividade, em seu primeiro momento, a matriz de riscos implicará responsabilidade objetiva, independente de culpa, para os fatos nela elencados. Aquele que assume o risco deverá arcar com sua prevenção, na medida do possível, e com todos os efeitos oriundos de sua existência futura.

Mas, atenção: no caso brasileiro, salvo exceções, não existe norma jurídica que defina qual risco será imputado a qual parte (nem o que são, substancialmente, “riscos”).

São as boas práticas internacionais que atribuem este ou aquele risco a esta ou aquela parte, com lastro em critérios que vão desde a capacidade

⁵ Sobre a classificação dos riscos, sobretudo em contratos de obra, ver CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil. 2019, p. 195-202.

técnica para administrar o evento até o grau de liquidez para fazer frente às despesas dele decorrentes.[5] Igualmente, o artigo 103 da Lei nº 14.133/2021 traz indicativos de quem poderá arcar com este ou aquele risco (os passíveis de contratos de seguro, em tese ao particular).

Ora, na justa medida em que a cláusula contratual deve conter uma previsão prévia, expressa e autocompositiva, com uma listagem de possíveis eventos, é necessário um cuidado especial: não há, salvo exceções e contratos muito simples (que não demandam a alocação expressa), dois contratos com matriz de riscos equivalentes. O tempo e o espaço, o avanço tecnológico e as características do credor e do devedor, a tudo isso consubstanciam diversas ordens de riscos e, por seguinte, distintos riscos a serem alocados entre as partes – é necessário afastar-se da “maldição do ctrl c + ctrl v”. Com a listagem de eventos possíveis, evita-se o risco de reprodução e refletida de matriz de alocação de risco feita em outro contrato. As partes precisam entender quais são os eventos, dispor do banco de dados do local e da ordem de contratos e alocar consensualmente os riscos, o que é um desafio dentro da percepção de contrato administrativo.

Deixemos isso bem claro, portanto: são as partes, no momento antecedente ao contrato, que negociam a matriz de riscos. Ela não é um dado (legislativo), mas um construído (transação).

O que se dá mesmo naqueles casos em que o edital traz a matriz de riscos: ao decidir participar da licitação, os interessados avaliam a alocação proposta, podendo impugná-la ou a ela se conformar, precificando tais eventos em sua proposta e na composição material-cronológica da execução do contrato. Inclusive, poderão ser objeto de negociação pré-contratual (Lei nº 14.133/2021, art. 61), desde que não afete a estrutura de custos originária do edital.

Dá a importância sobranceira dos esclarecimentos e das impugnações aos editais (Lei nº 14.133/2021, art. 164 e ss.). Já não se trata mais de mero expediente procedimental instalador de divergências ou conflitos, mas de meio apto a gerar uma adequada alocação de riscos contratuais. Caso a parte interessada se abstenha de requerer esclarecimentos – ou mesmo de impugnar o edital ao tempo e modo certos – deve estar consciente de que anuirá à alocação de riscos lá prevista, por pior e mais gravosa que ela seja (salvo os abusos e eventuais vícios intransponíveis pelos interessados – afinal, o edital é ato administrativo que se presume legítimo).

Deve-se, portanto, recompor a ideia, especialmente quanto à matriz de riscos, de impugnações e de esclarecimentos aos editais e, preferencialmente,

a depender do contrato, de audiências públicas. Decerto que o contratado privado conhece os riscos da execução de determinada ordem de contrato melhor do que ninguém, assim como faz a gestão de alocação de riscos que mais lhe beneficia, porém, é preciso observar e compreender a questão do funcionamento da consensualidade nos contratos administrativos.

3. RISCOS E INCERTEZAS

Mas o que são, econômica e juridicamente, riscos? Como já visto, todos os contratos os possuem. Contudo, alguns deles exigem que tais eventos futuros e incertos sejam analisados e classificados.

Adota-se aqui a classificação de Frank H. Knight quanto a “riscos” dissociados das “incertezas”. Estas últimas não são mensuráveis nem quantificáveis (absolutamente desconhecidas de partida), ao passo que aqueles podem ser estimados e projetados.⁶

Os riscos são eventos futuros e incertos, definidos com base em experiências anteriores. Advêm da possibilidade de conhecimento objetivo dos fatos, dados e séries históricas. Com base em informações pretéritas, as partes avaliam a probabilidade com que eventos determináveis poderão ocorrer no futuro, bem como a viabilidade de seu gerenciamento e custos potenciais. Por isso, é possível sua quantificação econômica, alocação intersubjetiva e a realização de escolhas de médio e longo prazos (com a definição dos respectivos custos e estratégias para a sua mitigação e/ou indenização).

Apesar de a ocorrência dos riscos estar situada num juízo de hipotética probabilidade, eles podem ser avaliados, projetados e alocados no contrato. São apenas estimados. A partir desses cálculos, que serão postos à prova durante a execução contratual, é atribuído valor presente ao risco, à possibilidade de incidência ao eventual impacto no objeto contratual, a fim de tentar atenuar seus efeitos negativos.

Esses modelos de análise são estudos de soluções que pretendem tornar inteligível a experiência pretérita, bem como o que ela pode sugerir face à diversidade de situações futuras. São descritivos e visam a tornar mais simples a realidade (e respectivo conjunto de variáveis). Por meio da análise do passado pretende-se gerar suposições simplificadas e as respectivas análises consequenciais. Por isso que os riscos serão quantificados e valorados economicamente.

⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Risk, Uncertainty, and Profit**. NY: Dover Publications, 2006 (reimpr. 1957), p. 19-20 e 197-263.

Porém, existem momentos em que o cálculo dos riscos se torna muito oneroso e economicamente ineficiente. Os limites do estado da arte da ciência também constituem barreiras objetivas: não se pode prever o futuro. Há eventos que se distanciam em muito da realidade, sendo de difícil (senão impossível) compreensão e inserção no âmbito interno do contrato. Igualmente, situações inéditas simplesmente acontecem – sem que possamos nem sequer as imaginar antes que efetivamente existam.

Essa fronteira à análise, quantificação e qualificação dos riscos pode resultar de multiplicidade de fatores – como, por exemplo, a extrema confiança de uma parte contratante nas informações advindas da outra; a escassez de tempo para a definição qualificada dos dados disponíveis; a inexistência de técnicas precisas para o levantamento das informações; pandemias mundiais inéditas; descobertas científico-tecnológicas; situações disruptivas, etc.

Caso pretendam contratar, as partes terão de deixar, nesse momento, a objetividade de lado. A partir daqui não se tratará de avaliação objetiva do provável, mas cogitações sobre o implausível: as incertezas. Ou seja, conjunto de possíveis eventos futuros a respeito dos quais não são cabíveis análises e projeções presentes – muitos dos quais nem sequer se pode adivinhar a existência e/ou impacto futuros. Por tais motivos, não é possível tratar as incertezas como se riscos fossem.

Mas, atenção: o direito dos contratos não possui o fito de eliminar riscos e incertezas – que fazem parte do mundo dos fatos e são impostos pela realidade ao âmbito jurídico. A Lei nº 14.133/2021 não neutraliza a ocorrência desses eventos, mas tão somente tenta organizar os seus efeitos (caso ocorram) e predefine as condições para a sua alocação e repartição.

Os riscos normalmente são alocados para a parte com maior capacidade técnica e econômica para os enfrentar (que assume a responsabilidade de promover estratégias de mitigação e/ou securitização). Não faz qualquer sentido alocar riscos em contratante que não tem condições de os administrar ou arcar com suas consequências: isso implica corromper a razão de ser da cláusula.

Além disso, viola o ordenamento jurídico a tentativa de atribuir incertezas para uma das partes como se riscos fossem. Também essa tentativa de alocação, genérica e imprecisa, agride a razão de ser das previsões normativas (legais e contratuais). Mostra-se inválida e ineficaz a cláusula que assim proceda ante frontal violação à boa-fé objetiva, já que as incertezas não são aprioristicamente cognoscíveis nem administráveis – diferentemente dos riscos. Por isso que textos abertos – como “todo e qualquer evento futuro” – são imprestáveis em termos de alocação de riscos.

Em outras palavras, somente os riscos podem ser recíproca e consensualmente transferidos, desde que calculados e enquanto tais contas se mostrarem representativas de um mínimo da realidade subjacente ao contrato administrativo.

Ao se pretender atribuir incertezas ao parceiro privado, estar-se-á corrompendo não só a lógica da matriz de alocação, mas, em especial, toda a razão de ser da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Afinal, caso se pretendesse aplicar risco desproporcional estar-se-ia prestigiando cláusula contratual atentatória ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro e às condições do contrato.

Mais ainda e como já anotado por Flávio Amaral Garcia, há casos em que “[C]ertos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução.” Ou seja, mesmo a alocação original deve manter sua lógica estrutural durante toda a execução do contrato. Para “cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com o interesse público e justiça contratual.”⁷

Afinal, se o risco extrapolar todos os limites originários e persistir alocado em quem não consiga administrá-lo, causará a morte do contrato: e não é essa a razão existencial da matriz.

Estabelecidas tais premissas, é possível analisar como o direito posto disciplina os riscos no âmbito de alguns dos contratos regidos pela Lei nº 14.133/2021. Examinemos rapidamente alguns dos tópicos contidos no art. 103 da nova lei.

4. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SEUS EFEITOS

Nos termos do artigo 103, a matriz de alocação de riscos possui ao menos quatro efeitos imediatos: (i) repercutirá no valor estimado da contratação (§ 3º); (ii) definirá o equilíbrio econômico-financeiro do contrato

⁷ A imprevisão na previsão e os contratos concessionais, In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro**, 2 ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

em relação a eventos supervenientes (§§ 4º e 5º); (iii) implicará a responsabilidade da parte a quem foi alocado o risco (§ 4º); (iv) trará reforço ao dever de reequilíbrio, mesmo em face dos riscos, caso o evento tenha causa em alterações administrativas unilaterais e/ou modificações nos tributos (§ 5º, I e II).

O primeiro efeito reside no fato já aventado de que a definição dos eventos qualificáveis de riscos e sua respectiva alocação é atividade que importa custos. A depender do risco, custos nas fases de sua detecção, transação e securitização. Na medida do possível, tais custos serão incorporados ao valor estimado da contratação.

Por um lado, aqueles de uso e alocação pacificados e regulamentados (cf. art. 102, § 6º), não impactarão nas duas primeiras fases. Mas, preferencialmente, todos alocados aos contratados deverão ser objeto de seguros (e isso implica despesas a ser levadas em conta, eis que serão incorporadas ao orçamento contratual).

O segundo efeito está na clareza atribuída ao equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo quanto a alguns de seus extraordinários encargos futuros. Ou seja, caso o risco se concretizar, ele não afetará o equilíbrio entre receitas e encargos contratuais, mas exigirá a instalação das medidas de inibição do impacto (com as respectivas despesas subjetivamente predefinidas).

Logo, ele blinda o contrato, conferindo objetividade e imediata solução a determinados eventos futuros e incertos. O seu objetivo, reiterar-se, é de preservar a execução do contrato, impedindo que o eventual desequilíbrio possa impedi-la, eis que define, de antemão, quem arcará com os respectivos custos.

O terceiro efeito, talvez o mais importante visado pela alocação, está no fato de que ele implica na correspondente responsabilidade objetiva pelas consequências do eventual fato (danoso ou vantajoso). A definição subjetiva *ex ante* implica, em termos legais, em uma apuração objetiva *ex post*: a parte que consensualmente se responsabilizou pela gestão, pela prevenção e pelas consequências práticas de determinado risco, não discutirá mais a sua culpa ou dolo ou elemento subjetivo da concretização do risco (ela pode, inclusive, perante o contrato responsabilizar-se e, eventualmente, buscar um ressarcimento perante terceiros).

As partes ficam imunes tanto à discussão quanto à responsabilidade pelos efeitos da concretização do risco – se e quando ele se tornar fato, não haverá custos de transação para definir quem arcará com as respectivas consequências. A imputabilidade dá-se de modo antecedente e consensual.

Mas tais custos – reais (os que geram os cálculos) e potenciais (os que poderão nascer quando o risco se converter em realidade) – precisam ser levados em conta na proposta apresentada pela parte ao celebrar o negócio jurídico principal e a ele se incorporam.

O quarto efeito resultante do artigo 103 da Lei nº 14.133/2021 é o reforço ao dever de reequilibrar, de imediato, nos casos de alteração unilateral pela Administração e/ou majoração de tributos. O que pode ser examinado sob seus ângulos positivo e negativo, tanto em termos pré-contratuais como quando de sua execução.

O aspecto positivo da previsão dos incisos do § 5º está em que a Administração contratante está encarregada de promover, ativa e simultaneamente, o equilíbrio caso tais hipóteses legais se concretizem. Já o seu aspecto negativo está na proibição de que tais eventos futuros e incertos sejam atribuídos, em qualquer momento da contratação, ao particular.

5. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SEUS CRITÉRIOS

O § 1º do artigo 103 especifica quatro critérios para a alocação dos riscos a este ou aquele contratante, quais sejam: (i) a compatibilidade do risco com as respectivas obrigações contratuais; (ii) a natureza do risco em si mesmo; (iii) o beneficiário das prestações a ele vinculadas e (iv) a capacidade de gerenciamento.

Cada risco se aproximará com maior intensidade de uma dessas classificações básicas – que repercutirá na definição da parte contratual a quem deve ser alocado. Aqui, existe qualificação abstrata de critérios de alocação que se tornará concreta quando do lançamento do edital e será consolidada pela proposta vencedora.

Essa atribuição, contudo, não tem o propósito de proteger ou de agravar a situação contratual de determinada parte, mas a de proteger a fiel execução do contrato. Por esse motivo, a lei exige também a compatibilidade da alocação de riscos com as suas respectivas obrigações. A toda evidência, o contratado privado não será responsabilizado pelo adimplemento das prestações dos pagamentos da Administração Pública ou pela tempestividade, ou pelo atendimento a cronologia, ou pela expedição da ordem de serviços ou pela fiscalização, pois são riscos próprios, privativos da Administração.

A natureza do risco é um outro aspecto importante a ser considerado. No risco cambial pode haver flutuações que comprometam o contrato; e no risco ambiental, se implementado com força, pode impedir o contrato de

começar. É inadequado atribuí-lo a uma pessoa privada, pois, se atribuído, não é passível de contrato de seguro: não há seguradora que securitize um risco cuja quantificação é desconhecida e que pode, eventualmente, implicar em um risco ambiental com 100% de dano contratual.

Importa levar em conta, também, o beneficiário das prestações vinculadas ao risco, isto é, a questão do adimplemento pecuniário, bem como a sua capacidade de gerenciamento. No risco ambiental, por exemplo, a pessoa privada tem maior dificuldade gerencial do que a pessoa pública porque esta apresenta interação de igual para igual com os órgãos ambientais e tem poder de polícia que a permite inibir determinadas consequências que aquela não pode.

6. MATRIZ DE ASSUNÇÃO E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS

Para além da simples atribuição absoluta da responsabilidade pelo risco a só um dos contratantes, o caput do artigo 103 também autoriza o seu compartilhamento entre as partes. A depender do risco, do critério de atribuição e respectivo impacto, é de todo possível que se cogite os limites percentuais de responsabilidade.

Mas, atenção: isso deve ser feito desde os estudos preliminares e deve constar expressamente do edital. Consignar, de modo impreciso, que o risco é “compartilhado” significa, ao fim e ao cabo, não o alocar expressamente no contrato e remeter a solução do evento a critérios legais. Igualmente, os percentuais de compartilhamento necessitam ser justificados: pouco ou nada eficaz será a solução genérica que os reparta meio a meio (ou em percentuais lineares para todos os riscos).

7. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS E SECURITIZAÇÃO

Como já esclarecido, a alocação dos riscos importa a assunção dos custos respectivos. Tanto os de prevenção quanto os de contenção e reparação, na hipótese de ele se tornar realidade. São custos extraordinários que necessitarão ser arcados do lado de fora do fluxo de receitas e despesas do contrato em si mesmo (eis que não podem afetar o respectivo equilíbrio econômico-financeiro).

Ou seja, todas as responsabilidades consequentes da atribuição do risco ao contratado deverão ser por ele individualmente desembolsadas, em atenção ao dever de preservar a execução contratual. Logo, é

de todo indicado que sejam riscos atribuíveis à pessoa privada os passíveis de cobertura securitária – sob pena de, em muitos casos, levar a contratada a situação de insolvência (ou mesmo instalar estímulos ao descumprimento).

O que não importa tomar como válida a equação “segurável = sempre parte privada”. Essa definição não existe em abstrato nem intuitivamente, mas depende de previsão expressa na respectiva cláusula contratual.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início deste artigo, ficou consignado que o tema da matriz de alocação de riscos merece ser compreendido como transformador das licitações e contratos administrativos. Como se espera ter sido demonstrado, a essência dessa ordem de cláusula é a capacidade, reconhecida em lei, de as pessoas privadas colaborarem, ativamente e a priori, na formação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Definem, de igual para igual, com a Administração contratante quem será responsável por este ou aquele evento futuro. Até pouco tempo, essa matéria era cogitada se e quando o desequilíbrio ocorresse, e normalmente instalava conflitos, litígios e os respectivos custos extraordinários.

Com isso, espera-se que seja elaborada uma revisão da jurisprudência de órgãos de controle externo e de tribunais superiores, visto que o atual sistema é orientado pela lógica de matriz de riscos. Assim, não faz mais sentido cogitar se a álea é ordinária ou extraordinária, pois o evento deixa de ser puramente aleatório e passa a ser consensualmente quantificado e alocado. Além disso, as categorias tradicionais de equilíbrio econômico-financeiro, de apuração do equilíbrio econômico-financeiro, de consequências do equilíbrio econômico-financeiro e de consequências internas e externas ao contrato passam a ser subsidiárias à ideia de matriz de riscos.

A matriz de alocação de riscos parece-me, portanto, um modo mais maduro, mais sensato e isonômico de as partes lidarem com o futuro, preservando-se sempre o interesse público de que o contrato seja bem executado em todos os seus termos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil. 2019, pp. 195-202.

GARCIA, Flávio Amaral. **Risk, Uncertainty, and Profit**. NY: Dover Publications, 2006 (reimpr. 1957), pp. 19-20 e 197-263.

LÔBO, Paulo Neto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In MOREIRA, Egon Bockmann (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro**, 2 ed., 2ª tir. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia. RDPE**. n. 20, Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2007, p. 35-50.

RIBEIRO, Ricardo Lucas. **Obrigações de Meio e de Resultado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.