APRESENTAÇÃO

MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

Risco: ocorrência de evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes

A necessidade ou a conveniência de realizar a alocação específica dos riscos cresceu com a diversificação e o aumento das parcerias da Administração Pública com o setor privado para atender a empreendimentos ou serviços que envolvem grandes investimentos e prazos prolongados.

Por esta razão, nos últimos 10 anos, a Administração Pública tem inserido cláusulas de alocação de riscos em contratos, especialmente concessões e PPPs, e ainda, incluiu a matriz de alocação de riscos na legislação de RDC e na Lei das Estatais (LF 13.303/16).

Dispositivos da Lei Federal nº 14.133/21 que tratam da matéria:

*Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:*

*XXVII - matriz de riscos: 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;*

A alocação específica de riscos e responsabilidades incrementa a segurança da relação contratual, tanto para a Administração quanto para a contratada. Este fato tem potencial para aumentar a competitividade da licitação e a economicidade das condições que serão obtidas. Além disso, pode diminuir conflitos em torno de reequilíbrio no curso da execução contratual.

*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;*

Entendo que as alíneas b e c referem-se a atividades que podem ser realizadas quando ocorrer o evento desfavorável.

*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.*

*§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.*

Alocação eficiente é usualmente relacionada à facilidade de gestão ou à capacidade de suportar o ônus financeiro.

Considerar a taxa de risco no preço favorece a economicidade e a transparência.

*§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:*

*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;*

*II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;*

Entendo que o contrato deve estabelecer claramente as hipóteses de resolução e não apresentar uma previsão genérica.

*III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.*

*§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.*

Grande vulto foi definido em R$ 200 milhões.

*§ 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.*

*Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.*

*§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.*

*§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.*

*Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:*

*§ 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.*

*§ 4º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:*

*IV - a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;*

*§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.*

Nos regimes de contratação integrada ou semi-integrada, a maior liberdade de ação da contratada deve ser acompanhada pela correspondente alocação de riscos.

*Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:*

*I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;*

*Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:*

*IX - a matriz de risco, quando for o caso;*

Quando for o caso: não está restrita às hipóteses obrigatórias por lei. Deve haver estudos para definir se os riscos devem ser alocados especificamente. Há obras de grande porte que não alcançam o valor definido como grande vulto; há objetos de execução complexa e o prazo pode chegar a 10 anos (quanto maior o prazo, maior a imprevisibilidade).

*Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento)do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde quejustificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.*

*CAPÍTULO III*

*DA ALOCAÇÃO DE RISCOS*

*Art. 103. 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.*

Entendo que não é válida a cláusula que relaciona os riscos de uma das partes e aloca as demais, de forma genérica, à outra.

*§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos 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.*

É importante considerar qual parte se beneficia das prestações às quais o risco está associado.

*§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.*

*§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.*

*§ 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.*

*§ 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 restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:*

*I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124desta Lei;*

*II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.*

A matriz de alocação de riscos convive com as áleas tradicionalmente consideradas como balizamento de eventos supervenientes.

*§ 6º Na alocação de que trata o caput 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 à sua identificação, alocação e quantificação financeira.*

*Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:*

*I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

*II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;*

*V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:*

*a) risco à prestação de serviços essenciais;*

*b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.*

*§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*

*§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

*Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.*

*§ 4º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.*

Caso contrário, os riscos associados a eventos desfavoráveis do licenciamento ambiental serão alocados à contratada.

Não é razoável que a Administração leve para o contrato, um risco que pode ser eliminado antes mesmo da licitação.

*Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintescasos:*

*II - por acordo entre as partes:*

*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*

*133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:*

*I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;*

*II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei;*

*III - por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46desta*

*IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.*

Apresentação realizada em 22.09.21 por Vera Lúcia Braga Cocco no ciclo realizado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.