

Título : NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A ALOCAÇÃO DE RISCOS E A VARIAÇÃO CAMBIAL – SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS PEDIDOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

Autor : Cristiano Mansur de Freitas

NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A ALOCAÇÃO DE RISCOS E A VARIAÇÃO CAMBIAL – SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS PEDIDOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

CRISTIANO MANSUR DE FREITAS

Pós-Graduado. Assessor Jurídico da UERGS 2004/2006. Assessor de Justiça e Disciplina da Diretoria-Geral de Desenvolvimento Nuclear e Tecnológico da Marinha do Brasil.

Todos os agentes públicos que manejam contratos administrativos já se depararam, ou ainda vão se deparar, com requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos. Os motivos que sustentam tais pedidos são os mais variados possíveis. Dentre tais motivos encontramos, com frequência, os motivos de variação cambial, ou seja, o contratado sustentando que a variação cambial de determinada moeda estrangeira está causando a onerosidade excessiva do contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira.

Tal requerimento, geralmente, fica em um limbo de incerteza quanto ao seu deferimento ou não, tendo como principal dilema saber qual o percentual de variação cambial que efetivamente pode romper o equilíbrio financeiro do contrato.

Ao buscarmos tal resposta na doutrina, ou mesmo, no Tribunal de Contas da União – TCU, não conseguimos, de forma objetiva, parametrizar tal análise, a saber:

A variação da taxa cambial, para mais ou para menos, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 1431/2017, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo – destacamos.)

Podemos perceber, pela análise do julgado acima, que o TCU estabelece conceitos abertos e indefinidos, não solucionando, na prática, a questão. Ora, o que significa “fugir à normalidade”? Qual percentual de variação pode ser considerada uma flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante?

Será que uma variação cambial de 5% é normal? Será que uma variação de 15% é típica do câmbio flutuante?

Dessa forma, apesar de termos alguns parâmetros dados pelo TCU, não conseguimos solucionar a questão posta em análise. Nessa mesma toada segue o dispositivo legal da Lei nº 8.666/1993, especificamente o art. 65, II, d.

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento buscou prever, em uma etapa pré-contratual, questões como a tratada aqui, através do Mapa de Riscos que nada mais é do que a materialização do Gerenciamento de Riscos. No entanto, na prática, tal mapa não vislumbra e, muito menos materializa questões como variação cambial, não refletindo no contrato tais questões.

Com a publicação da Lei nº 14.133/2021 verificamos uma nova ferramenta, já no âmbito contratual

para, de fato, trazer mais clareza e segurança jurídica em casos como o tratado neste artigo.

Estabelece o artigo 103 da mencionada norma:

“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.

(...)

§ 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”** ...

(Destacamos.)

Por assim ser, encontramos na cláusula contratual de matriz de riscos a oportunidade de materializar, expressamente, quais os percentuais de variação cambial que a Administração Pública considera uma flutuação cambial típica, normal, ou seja, que não fará jus ao pleito de reequilíbrio econômico.

Evidentemente que, para tanto, será necessário que a Administração Pública realize uma pesquisa robusta em canais oficiais, que efetivamente reflita uma realidade que não macule a equação financeira do contrato.

Por fim, importante frisar que apesar de estarmos tratando, neste artigo, de variação cambial, o mesmo procedimento pode ser utilizado para diversos outros parâmetros (gás, combustíveis, energia elétrica etc.).

Ante o exposto, vislumbramos que a Lei nº 14.133/2021 trouxe uma ferramenta que, se bem utilizada, pode servir para ilidir inúmeros pedidos infundados de reequilíbrio econômico-financeiro ou, pelo menos, servir de critério prático efetivo para a análise de tais pleitos.

CONCLUSÃO

O presente estudo não tem a pretensão de encerrar a discussão sobre o tema, ao contrário, pretende instigar tal discussão visando sempre ao aperfeiçoamento e à efetividade das compras públicas.

De todo o exposto, a conclusão do presente estudo se resume em destacar que a Lei n.º 14.133/2021 trouxe ferramenta contratual – alocação de riscos – que é efetiva na solução de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro contratuais em razão de variações cambiais.

Como citar este texto:

FREITAS, Cristiano Mansur de. Nova Lei de Licitações: a alocação de riscos e a variação cambial – segurança jurídica para os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 07 out. 2021. Disponível em: <https://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd.mmm.aaaa.