

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 14.133/2021: ENTRE CONTINUIDADES E NOVIDADES

THE FINANCIAL-ECONOMIC BALANCE OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN BRAZILIAN LAW NO. 14,133/2021: BETWEEN CONTINUITIES AND CHANGES

PATRICIA BAPTISTA

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Professora associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Brasil). Procuradora do estado do Rio de Janeiro.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1377-9573>].

patricia.baptista@uerj.br

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.22.baptista>].

Recebido em: 06.02.2022 | Received on: Fev. 6th, 2022

Aceito em: 12.04.2022 | Accepted on: Apr. 12th, 2022

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O texto tem por objetivo examinar o impacto que a nova Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos do Brasil, a Lei Federal 14.133/2021, produz sobre a disciplina do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Destaca o espírito de continuidade que impregna a nova lei, com alguns incrementos pontuais em relação à disciplina antes vigente. Entre as novidades, acha-se a incorporação da ideia de matriz de risco como elemento de arquitetura contratual, sem que o legislador tenha abandonado a incidência da teoria das áleas. Caberá ao intérprete e aplicador da nova lei o desafio de compatibilizar a coexistência dos dois modelos em favor de uma maior estabilidade e previsibilidade na execução dos contratos administrativos.

ABSTRACT: The aim of this paper is to discuss the impacts of the Brazilian new Public Procurement Act (Lei Federal n. 14,133/2021) in contracts economic-financial balance. The new Act keeps the main previous discipline of the subject with few punctual changes. Among its novelties, regarding public contracts architecture, is the obligation to establish a risk assessment matrix. The Act, however, has not abandoned the possibility of applying the unpredictability and uncertainty theories in the same context. Make both ideas compatible will be a challenge for both scholars and law practioners in general.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo – Contrato administrativo – Equilíbrio econômico-financeiro – Matriz de risco – Teoria das áleas – Lei Federal 14.133/2021.

KEYWORDS: Administrative Law – Public procurement – Financial-economic balance – Risk assessment matrix – Unpredictability and uncertainty theories – Brazilian Public Procurement Act (14,133/2021).

SUMÁRIO: I. Introdução: uma lei realmente nova?. II. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos na Lei 14.133/2021: o caminho tradicional continua aberto. III. A matriz de risco como mecanismo de estabilização dos contratos administrativos. IV. Conclusões. V. Referências. Legislação.

Agradeço ao agora já ex-estagiário e recém-bacharel Pedro Augusto Setta Dias pelo relevante auxílio na revisão dos originais desse texto, concebido a partir da degravação da minha participação, em 30 de abril de 2021, na 8ª aula do curso sobre a nova Lei de Licitações, patrocinado pelo Centro de Estudos Jurídicos da PGE-RJ, sob a batuta de Flávio Amaral Garcia e de Rodrigo Zambão.

I. INTRODUÇÃO: UMA LEI REALMENTE NOVA?

A¹ tônica geral da Lei Federal 14.133/2021, a recém-editada Lei brasileira de licitações e contratos administrativos, é a de incorporar apenas algumas *atualizações incrementais* no tratamento normativo dessas relevantes matérias de direito administrativo. Uma avaliação menos benevolente poderia concluir que, na verdade, a nova lei oferece poucos *remendos* ao regime anterior.² Em qualquer caso, parece possível afirmar, sem ufanismo ou sem vontade com o novo diploma, que a Lei 14.133/2021 não veio ao mundo com propósito de ruptura, seja no tema específico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, seja em quase todos os seus demais capítulos.

De fato, a leitura da Lei 14.133/2021 evidencia a preocupação de continuidade do legislador. A tal ponto de se poder dizer, sem temor de equívoco, que a

-
1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: BAPTISTA, Patrícia. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021: entre continuidades e novidades. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 127-140, jul./set. 2022. DOI: [10.48143/rdai.22.baptista].
 2. Valendo-se igualmente de metáfora de corte e costura – gênero apropriado à tarefa de *confeccção* de um novo diploma legal – Marçal Justen Filho chamou a Lei nova de uma grande “colcha de retalhos”. Cf. A interpretação da futura Lei de Licitações: a nova legislação é uma colcha de retalhos. *Jota*, Os Publicistas, 02.03.2021. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-direito-publicistas-02032021].

Lei 14.133/2021 está para a Lei 8.666/1993 nas mesmas razão e forma que a Lei 8.666/1993 estava para o Decreto-Lei 2.300/1986. A lei nova, partindo igualmente da identificação dos problemas e desvios verificados na aplicação da lei anterior, buscou fornecer – ou, ao menos, propor de forma pontual – soluções para eles. Daí, pois, a lógica do oferecimento de remendos, como apontado anteriormente.³

Essa proposta de ajustes pontuais, com preservação das linhas básicas e sem um efetivo rompimento com o antigo modelo, é uma inequívoca opção do legislador. Assim reconheceu o próprio senador Antonio Anastasia,⁴ relator do projeto no Senado, em seminário *on-line* promovido pelo portal Migalhas, em 27 de abril de 2021. Como dito, a própria Lei 8.666/1993 já havia adotado esse caminho de continuidade para com o Decreto-Lei 2.300/1986: norma que, afinal, como o senador Anastasia fez questão de destacar, era condizente com o pensamento de Hely Lopes Meirelles.

Sem avançar aqui nos problemas dessa opção pela continuidade, não se deve perder de vista a distância (para mais de quarenta anos) que separa o contexto atual da época em que Hely construiu a sua celebrada sistematização do direito administrativo brasileiro, e de quebra influenciou o direito das contratações públicas de então. Os desafios postos pela digitalização e virtualização da vida, os avanços nas comunicações, nas relações econômicas etc. não eram sequer vislumbrados, quanto mais aquilatados, ao tempo em que viveu nosso “imortal” administrativista.⁵

3. Como uma ilustração do argumento, veja-se que o Decreto-Lei 2.300/1986 previa o convite como modalidade de licitação de que poderiam participar quaisquer convidados, a serem escolhidos discricionariamente pela Administração Pública. Como essa ampla discricionariedade na seleção dos convidados representasse um quase estímulo ao direcionamento dos certames e ao rompimento da impessoalidade, situação que corriqueiramente se verificava na prática do Decreto-lei 2300/1986, o legislador da Lei 8.666/1993, embora tenha preservado a modalidade de licitação em causa, aumentou a sua universalidade. Permitiu, então, que, nos convites, outros licitantes que não apenas os convidados pudessem participar do certame, desde que demonstrassem a sua habilitação nas 24h/48h antes do momento de apresentação das propostas. A lógica do legislador foi, então como agora, a de que, verificado o buraco na aplicação da norma anterior, apronta-se um remendo para corrigi-lo, sem efetivo rompimento com o modelo.
4. Disponível em: [https://academia.migalhas.com.br/course?courseid=nova_lei_licitacoes]. A coordenação do evento ficou a cargo do professor Floriano de Azevedo Marques Neto, da USP.
5. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Hely Lopes Meirelles: o jurista imortal. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, [S.l.], n. 357, 2017. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/hely-lobes-meirelles-o-jurista-imortal].

monolítico, e quanto mais complexo e duradouro determinado contrato – veja-se que a lei nova admite contratos com até trinta e cinco anos de duração –, mais importante será a sua adequada individualização quanto à matriz de risco e ao respectivo equilíbrio econômico.

A nova lei, como mencionado, não avança muito nesse quesito, mas também não o interdita – é menos obstrutiva que a Lei 8.666/1993, que aparentava prezar pela igualdade em todo contrato administrativo. O instrumento da matriz de risco tem potencial para romper com a standardização legal.

Para além de tudo isso, não se deve perder de vista a importância dos ensinamentos de outros ramos do conhecimento. Se a ideia de equilíbrio é em si complexa do ponto de vista jurídico, é certo que a sua construção não depende apenas da compreensão do direito. Todo contrato administrativo, antes de ser um instrumento jurídico, é uma realidade econômica e social, de modo que a matemática e a economia – que também não são estáticas ou isentas de interpretação – fazem parte do equilíbrio econômico-financeiro.

A teoria das áleas fornece o conforto da “gramática do Direito Administrativo”. É uma gramática cujos vocábulos – álea extraordinária, fato do príncipe etc. – são repetidos em aulas e operados na vida prática visando solucionar casos concretos. Embora não representem ruptura com esses velhos parâmetros, os novos avanços, especialmente a matriz de risco, impõem novas complexidades para além desses instrumentos, o que resultará em algum desconforto.

É preciso interpretar a lei prospectivamente. Operadores – especialmente órgãos de controle, além da própria Administração – precisam entrar em certo consenso, para entender que cada contrato reflete uma realidade econômica, e que a sua modelagem terá que responder a essa realidade. Espera-se, assim, que a inovação legislativa sirva à construção de um regime contratual apto a funcionar.

V. REFERÊNCIAS

- BINEMBOJN, Gustavo. Os contratos administrativos e as cláusulas exorbitantes: houve evolução?” – aula ministrada no Curso A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no dia 30.04.2021, pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ).
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos administrativos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei de Licitações e a ilusão do “governo dos seres humanos”: se uma Lei não funciona, o problema é a própria lei. *Jota*, Os Publicistas, 15.12.2020. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-nova-lei-de-licitacoes-e-a-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos-15122020].

JUSTEN FILHO, Marçal. A interpretação da futura Lei de Licitações: a nova legislação é uma colcha de retalhos. *Jota*, Os Publicistas, 02.03.2021. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-direito-publicistas-02032021].

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; NOBREGA, Marcos. *Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica*. Disponível em: [www.academia.edu/44439244].

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Hely Lopes Meirelles: o jurista imortal. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, [S.l.], n. 357, 2017. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/hely-lopes-meirelles-o-jurista-imortal].

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

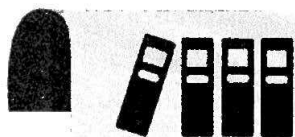
ZAMBÃO DA SILVA, Rodrigo Crelier. *Direito dos contratos públicos: uma perspectiva econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Legislação

BRASIL. Decreto-Lei 2.300, 21.11.1986. *Diário Oficial da União*, Brasília, ano CXXIV, n. 226, seção 1, p. 17673-17683, 25.11.1986. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm].

BRASIL. Lei 8.666, 21.06.1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, ano CXXXI, n. 116, seção 1, p. 8269-8281, 22.06.1993. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666/93cons.htm].

BRASIL. Lei 14.133, 01.04.2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, ano CLIX, n. 61-f, seção 1, p. 01-26, 01.04.2021. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm].



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Licitação. Linhas gerais e aspectos destacados, de Paulo Afonso Brum Vaz – *RDCI* 29/72-95 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 4/155-188; e
- Nova Lei de Licitações, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 16.