



**CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

PAULO ROBERTO FONTENELE MAIA

**A CLÁUSULA DE MATRIZ DE RISCO COMO INSTRUMENTO DE
GOVERNANÇA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI Nº 14.133/21**

FORTALEZA

2023

PAULO ROBERTO FONTENELE MAIA

A CLÁUSULA DE MATRIZ DE RISCO COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI Nº 14.133/21

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bruno da Silva.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M217c Maia, Paulo Roberto Fontenele.
A cláusula de matriz de risco como instrumento de governança
nos contratos administrativos : uma abordagem à luz da Lei nº
14.133/21 / Paulo Roberto Fontenele Maia. - 2023.
171 f. : il. color.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2023.
Orientação: Prof. Dr. Alexandre Antônio Bruno da Silva.
Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Governança. 2. Gestão de risco. 3. Matriz de risco. 4. Cláusula
exorbitante. I. Título.

CDD 340

PAULO ROBERTO FONTENELE MAIA

**A CLÁUSULA DE MATRIZ DE RISCO COMO INSTRUMENTO DE
GOVERNANÇA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI Nº 14.133/21**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bruno da Silva.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Bruno da Silva
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Profª. Dra. Denise Almeida de Andrade
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Carlos Cesar Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu amor, Karol Arruda Magalhães, cujo apoio e compreensão nessa jornada introspectiva trouxeram luz ao meu pensar e fortaleceram o meu falar. O seu amor proporcionou em mim uma compreensão mais profunda da significância do ser. A cada queda, uma ascensão, a cada perda um ganho, e a cada fim, um novo começo. Estes foram os momentos que moldaram o curso desta pesquisa e a própria essência do meu “ser-aí” no mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela possibilidade de alcançar esta conquista.

A minha família pelo apoio incondicional e por compreender todas as vezes que precisei estar ausente para me dedicar a este trabalho.

A toda minha equipe de trabalho na Procuradoria Geral do Estado – PGE/AP.

A toda minha equipe de trabalho na ASTEC/SEED/AP.

Ao amigo Hélio Rios Ferreira pela parceria na realização do mestrado.

Aos professores que me acompanharam durante toda a graduação, compartilhando seus conhecimentos e me instigando a sempre buscar mais, em especial ao Alexandre Bruno, Carlos Cintra e Denise Andrade.

E aos amigos que estiveram sempre ao meu lado e que, com um simples gesto ou palavra, não me deixaram desistir no meio do caminho.

A todos, o meu muito obrigado.

“Não existe evolução sem progresso, e não existe progresso sem risco”.

(LEITÃO; RIOS, 2021, p. 71).

RESUMO

A premissa básica do instituto da licitação é a concretização da melhor contratação pública sob os critérios da eficiência, eficácia e efetividade. No entanto, existem diversos motivos que impedem a escolha do parceiro privado e a execução dos ajustes. Dentre essas razões, está a dificuldade de se sustentar o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de longo curso, embora seja uma garantia constitucional prevista no artigo 37, inciso XXI. De outro modo, essa manutenção das condições efetivas da proposta está condicionada aos termos da lei. A presente pesquisa busca compreender como a Nova Lei de Licitação e Contratos (NLLC) assegura a garantia constitucional do equilíbrio contratual por meio da cláusula de repartição discricionária e objetiva de risco, denominada matriz de risco. A praxe administrativa ainda conserva o uso arbitrário da cláusula exorbitante desconectada dos direitos fundamentais e avessa aos mecanismos de governança organizacional. Assim, o objetivo geral é demonstrar a imprescindibilidade da gestão de riscos como prática estratégica da governança organizacional pública, para salvaguardar efetivamente uma distribuição racional e equitativa de riscos e, conseqüentemente, ratificar o equilíbrio contratual e a constitucionalidade da matriz de risco. Para tanto, pretende-se evidenciar quais os mecanismos institucionais podem colaborar na performance contratual, a fim de evitar o abuso da potestade pública. Além disso, a intenção é analisar o impacto de uma repartição anteposta e aleatória de riscos sobre os contratos. A metodologia utilizada será, essencialmente, o referencial bibliográfico, qualitativo e a experiência empírica. Em relação ao resultado, o estudo aponta que somente é possível adotar a matriz de riscos nos contratos se houver anteriormente a estruturação da governança pública e implementação da prática de gestão de risco. A governança pública predispõe o uso da matriz de risco e pressupõe a constitucionalidade da Lei nº 14.133/21.

Palavras-chave: cláusula exorbitante; matriz de risco; governança; gestão de riscos; constitucionalidade.

ABSTRACT

The basic premise of the bidding institute is the realization of the best public contract under the criteria of efficiency, efficacy, and effectiveness. However, there are several reasons that prevent the choice of a private partner and the execution of agreements. Among these reasons is the challenge of maintaining economic-financial balance in long-term contracts. One of the few certainties of the private party in administrative contracts is precisely the security of the economic-financial balance, as stipulated in article 37, clause XXI of the Federal Constitution. Otherwise, this maintenance of the effective conditions of the proposal is conditioned to the terms of the law. The present research seeks to understand how the New Bidding and Contracts Law (NBCL) can ensure the constitutional guarantee of contractual balance through the discretionary and objective risk-sharing clause, called the risk matrix. Administrative practice still retains the arbitrary use of the exorbitant clause disconnected from fundamental rights and averse to organizational governance mechanisms. Thus, the general objective is to demonstrate the indispensability of risk management as a strategic practice of public organizational governance, to effectively safeguard a rational and equitable distribution of risks and, consequently, to ratify the contractual balance and the constitutionality of the risk matrix. To this end, it is intended to highlight which institutional mechanisms can collaborate in contractual performance, in order to avoid abuse of public power. In addition, the intention is to analyze the impact of a pre-established and random risk distribution on contracts. The methodology used will be essentially bibliographic, qualitative, and empirical experience. Regarding the result, the study points out that it is only possible to adopt the risk matrix in contracts if there is previously the structuring of public governance and implementation of risk management practice. Public governance predisposes the use of the risk matrix and presupposes the constitutionality of Law n° 14.133/21.

Keywords: exorbitant clause; risk matrix; governance; risk management; constitutionality.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – As cinco dimensões ou “5 P’s da governança pública.....	98
Figura 2 – Sistema de governança em organizações públicas.....	100
Figura 3 – Matriz 5x5/Níveis de risco	121
Figura 4 – Probabilidade/Orientações para atribuição de pesos.....	122
Figura 5 – Escala de impacto.....	122
Figura 6 – Escala de nível de risco	123
Figura 7 – Matriz de risco 3x3.....	125

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CF/1988	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
FISCOBRAS	Sistema de Fiscalização de Obras
GEA	Governo do Estado do Amapá
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IFAC	International Federation of Accountants
IIA	Institute of Internal Auditors
IN	Instrução Normativa
INTOSAI	International Organization of Supreme Audit Institutions
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ISSAI	Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
NBR	Normas Brasileiras da ABNT
NLLC	Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos
PGE-AP	Procuradoria Geral do Estado do Amapá
RBG	Referencial Básico de Governança
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	“UNIVERSO” DOS “AJUSTES” ADMINISTRATIVOS	18
2.1	A origem do contrato administrativo	18
2.2	Correntes doutrinárias acerca da natureza dos “ajustes” administrativos.....	21
2.3	Cláusulas exorbitantes no contrato administrativo	28
2.4	Contrato administrativo sob a teoria dos direitos fundamentais.....	33
3	EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	43
3.1	Implicação do inc. XXI, do art. 37, da Constituição nas contratações públicas.	45
3.2	Causas de quebra do equilíbrio econômico-financeiro	47
<i>3.2.1</i>	<i>Álea ordinária</i>	<i>48</i>
<i>3.2.2</i>	<i>Áleas extraordinárias administrativas</i>	<i>48</i>
<i>3.2.2.1</i>	<i>Alteração unilateral do contrato</i>	<i>48</i>
<i>3.2.2.2</i>	<i>Fato do príncipe.....</i>	<i>49</i>
<i>3.2.2.3</i>	<i>Fato da Administração.....</i>	<i>51</i>
<i>3.2.3</i>	<i>Álea extraordinária econômica: teoria da imprevisão</i>	<i>54</i>
<i>3.2.3.1</i>	<i>Fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.....</i>	<i>55</i>
<i>3.2.3.2</i>	<i>Caso fortuito e força maior.....</i>	<i>59</i>
3.3	Instrumentos reguladores do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.	60
<i>3.3.1</i>	<i>Reajuste</i>	<i>64</i>
<i>3.3.2</i>	<i>Repactuação</i>	<i>70</i>
<i>3.3.3</i>	<i>Reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito</i>	<i>72</i>
<i>3.3.4</i>	<i>Atualização monetária</i>	<i>74</i>
<i>3.3.5</i>	<i>Matriz de risco como instrumento de definição do equilíbrio econômico-financeiro</i>	<i>74</i>
4	ESTRUTURAÇÃO DA GOVERNANÇA NO BRASIL.....	80
4.1	Governança: teoria da agência e sistema democrático representativo	85
4.2	O “custo agência” e o necessário mecanismo de alinhamento de interesses entre “agente” e “principal”.....	90
4.3	A boa governança e a e a estratégia da gestão de riscos	97
5	GESTÃO DE RISCO: CONCEITOS, REGULAMENTAÇÕES E METODOLOGIAS DE ESTUDO DE RISCOS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	102

5.1	Reflexões sobre o conceito de risco: da filosofia à prática da gestão de riscos nas contratações públicas	103
5.2	Distinção entre gestão de riscos, matriz de riscos e cláusula de riscos	107
5.3	Regramentos da gestão de risco	109
5.4	Principais metodologias de gestão de riscos.....	112
5.4.1	<i>COSO ERM</i>	113
5.4.1.1	Visão geral.....	114
5.4.1.2	Componentes	114
5.4.1.3	Abordagem integrada	114
5.4.1.4	Gestão de Riscos Estratégicos	114
5.4.1.5	Limitações	115
5.4.2	<i>Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores – INTOSAI</i> ..	115
5.4.2.1	Visão geral.....	115
5.4.2.2	Responsabilidade (Accountability)	116
5.4.2.3	Ativos	116
5.4.2.4	Papéis e responsabilidades dos stakeholders.....	116
5.4.2.5	Avaliação dos padrões de boa governança para ativos públicos.....	116
5.4.2.6	Papel das entidades fiscalizadoras superiores (SAIs).....	116
5.4.2.7	A boa governança através da gestão de riscos	117
5.4.3	<i>Modelo das três linhas do IIA (Institute of Internal Auditors) 2020</i>	117
5.4.3.1	Visão geral.....	117
5.4.3.2	Estrutura	117
5.4.3.3	Flexibilidade.....	117
5.4.3.4	Enfoque em governança e gestão de riscos	118
5.4.3.5	Limitações	118
5.4.4	<i>ABNT NBR ISO 31000/2018</i>	118
5.4.4.1	Visão geral.....	119
5.4.4.2	Estrutura	119
5.4.4.3	Abordagem flexível.....	119
5.4.4.4	Gestão de riscos proativa.....	119
5.4.4.5	Limitações	120
5.5	A matriz de risco no modelo de referência ISO 31000.....	120
5.6	A importância da gestão de risco para a eficiência da administração e melhor <i>performance</i> contratual	125

6	O PRESSUPOSTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA MATRIZ DE RISCO: A GOVERNANÇA PÚBLICA	131
6.1	O atual contexto brasileiro da gestão de risco nas contratações públicas.....	132
6.2	O insucesso do contrato administrativo versus necessidade do resgate da confiança do contratado.....	134
6.3	A repartição objetiva do risco nas contratações públicas regidas pela Lei nº 14.133/21	144
6.4	A garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro nos termos da lei.....	146
6.5	A evolução das áleas para a alocação de riscos: a busca pela eficiência econômica	149
6.6	A matriz de risco como um instrumento de incentivo	151
6.7	As consequências da alocação acrítica de riscos.....	153
6.8	A necessidade de implementação da gestão de riscos conforme exigência da Lei nº.14.133/21	154
7	CONCLUSÃO	156
	REFERÊNCIAS	160

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133, sancionada em 01 de abril de 2021, estabelece novas regras para o processo de contratação pública no Brasil. Essa lei revogará a Lei nº 8.666/93, no dia 30 de dezembro de 2023,¹ que regulava a matéria desde a década de 1990, e traz uma série de mudanças significativas para o processo de contratação.

A desconexão da Lei nº 8.666/93 com a realidade mercadológica, as inovações tecnológicas e as necessidades mutantes da administração resultaram em inúmeras obras paralisadas, compras de baixa qualidade e serviços ineficientes. Esse quadro geral de ineficiência estatal clamava por uma urgente atualização geral do estatuto.

Como resposta a essa demanda, houve a promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), que representou um importante instrumento de modernização legislativa dos procedimentos de contratação pública. Também trouxe diversas novidades e institutos, tanto na fase de planejamento como na fase de execução do contrato, derivando em melhorias tanto em aspectos procedimentais do certame licitatório quanto nos produtos finais que se almeja alcançar em uma licitação.

Sem dúvida, uma das principais mudanças está relacionada à fase de planejamento. A NLLC alça essa fase à categoria de princípio diretivo de todo o procedimento, reafirmando a ideia de que as atividades humanas devem ser articuladas com antecedência e não feitas de improviso ou seguindo uma lógica mecanicista de produção.

Tendo em conta essa lógica do adequado e reflexivo planejamento, a nova lei trouxe um rito licitatório mais flexível, permitindo aos agentes públicos optarem por uma miríade de possibilidades e novos institutos para obter contratações que melhor atendam ao interesse público.

Contudo, a aplicação da NLLC exige que o agente público esteja muito mais qualificado do que no passado, pois deverá lidar com as renovações e inovações da lei, bem como se habituar à prática de motivar adequadamente suas decisões em busca do atendimento ao interesse público e da seleção da proposta mais vantajosa. Para isso, terá que produzir diversas análises de razoabilidade e técnicas, tal como a análise dos riscos de cada contratação ao longo de todas as etapas do processo de licitação e durante a execução contratual.

É exatamente nesse aspecto que exsurge a singular relevância de se fazer um estudo do gerenciamento do risco nas contratações públicas como medida de boa governança

¹ Prazo de revogação estabelecido pelo art. 193, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 14.133/2021, com redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023.

no processo de contratação pública, a fim de verificar até que ponto o instituto do equilíbrio econômico-financeiro, previsto em nível constitucional, pode ser “afetado” ou não em face de uma alocação anteposta de riscos no instrumento contratual anexo ao edital.

Nesse contexto, indaga-se: a alocação prévia de riscos entre administração e contratado fere a garantia constitucional de manutenção das condições efetivas da proposta durante todo o curso contratual? Assim, será de suma importância a análise do texto constitucional, agora regulamentado pelo art. 124, II, “d”, da Lei nº 14.133/21, que apresenta a repartição objetiva de risco como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa metodologia poderá conferir eficiência e racionalidade econômica aos contratos ou caracterizar o reforço autoritário, em certa medida arbitrário, da teoria dos contratos nos moldes franceses.

Em síntese, o que se quer investigar é: como a proteção à equação econômica original da proposta, assegurada no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, combinado com a legislação licitatória (à luz da Lei nº 14.133/21) será efetivamente assegurada frente a um compartilhamento de riscos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, de forma *ex ante*? Como, de fato, será operacionalizada essa manutenção do equilíbrio econômico do contrato: através do uso arbitrário de cláusula exorbitante ou da eficiência alocativa de riscos? Qual o escopo da matriz de risco: repartição isonômica ou equânime de riscos? Qual a relevância da governança e da gestão de risco na operacionalização da Lei nº 14.133/21?

Quanto à metodologia, procedeu-se ao levantamento da doutrina por meio de uma pesquisa exploratória em torno de referências bibliográficas da área jurídica que examinam a repartição objetiva de risco nos contratos administrativos, com ênfase nas contratações disciplinadas por meio da Lei nº 14.133/21.

A pesquisa procura priorizar os autores que examinam de forma demorada a temática da alocação contratual de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e causas de mutabilidade contratual, o que permitiu que as reflexões ora apresentadas fossem aprofundadas, amadurecidas e sistematizadas.

Utiliza-se, também, pesquisa documental descritiva sobre métodos e resultados utilizados em levantamentos elaborados por instituições especializadas, a exemplo do Tribunal de Contas da União (TCU), Controladoria Geral da União (CGU), Procuradoria Geral do Estado do Amapá (PGE-AP) e Governo do estado do Amapá (GEA), colocando em diálogo diferentes agentes públicos a fim de investigar as situações-problema dentro da administração pública.

Trata-se de um tema ainda pouco explorado na doutrina jurídica, mas que merece grande atenção por parte dos aplicadores do direito, sobretudo, após o advento da Lei nº14.133/21, com profundos desdobramentos na área das aquisições públicas. Como já dito, a NLLC oferece institutos jurídicos, em especial a gestão de riscos e cláusula de risco (matriz de risco), que, se forem bem empregados, podem resultar em inúmeras melhorias no sistema de governança do primeiro setor, além de segurança jurídica para os que com ele contrata.

Infelizmente, o Brasil ainda é um país carente de governança. Com uma pecha ainda na administração patriarcal/personalista não totalmente superada pelo modelo burocrático em que, não raras vezes, as legítimas aspirações dos cidadãos se quedam às práticas pouco republicanas.

Nesse cenário, fortalecer a governança através do devido planejamento, mediante uma gestão estratégica de compras e com a análise de riscos é tarefa que se impõe e desafia os atuais governantes e gestores públicos. A NLLC, como uma grande caixa de ferramentas, atenua, em certa medida, o controle e destaca a responsabilidade da alta gestão de não apenas gerir, mas governar de forma eficiente, eficaz e efetiva.

Não se omite à vista das demandas sociais atuais e da própria NLLC que as compras públicas são mais intrincadas hoje do que há trinta anos. Em épocas passadas, não se falava sequer em termo de referência, sequer em gestão de riscos ou repartição objetiva de risco nos contratos administrativos. Diante disso, a presente pesquisa se mostra relevante num cenário em que a administração pública, num viés pragmático, tendo como foco a consecução de seus objetivos, cada vez mais tem buscado cumprir sua missão de atrair o setor privado na área de compra pública.

No segundo capítulo², examina-se os "ajustes" administrativos, analisando as diferentes perspectivas doutrinárias que buscam definir sua natureza. Além disso e principalmente, será abordada a presença da cláusula exorbitante como uma característica peculiar dos contratos celebrados pelo poder público, ressaltando sua "gênese" arbitrária. Ao término da análise, salienta-se a importância de um manuseio adequado do "poder de império" com base na teoria dos direitos fundamentais a fim de não tornar a tutela do interesse coletivo um subterfúgio para a perpetuação de práticas abusivas contra o indivíduo.

No terceiro capítulo, discorre-se propriamente sobre a garantia constitucional da manutenção das condições efetivas da proposta ou intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Elencam-se as possíveis causas de quebra do

² Conforme o Manual de Formatação da Unichristus, o primeiro capítulo é a própria introdução.

equilíbrio econômico-financeiro, bem como os instrumentos de recomposição das cláusulas econômicas, com ênfase na inovadora substituição da teoria das áleas pela repartição objetiva dos riscos *ex ante*.

No quarto capítulo, é contemplada a estrutura do sistema de governança no Brasil, com foco no dilema entre "agente" e "principal". Destaca-se a importância de institucionalizar a prática de gestão de riscos no âmbito administrativo para uma adequada repartição objetiva de riscos por meio da cláusula contratual de matriz de risco. A ausência de uma estrutura de governança sólida no setor público é apontada como causa de problemas, conflitos de agência e falta de harmonia entre estruturas e processos, prejudicando a eficiência na realização de políticas públicas. Salienta-se que a institucionalização da gestão de risco requer o comprometimento da alta gestão, expresso pelo termo *tone at the top*, e a definição de padrões éticos e de conformidade para a cultura corporativa

No quinto capítulo, versa-se sobre a gestão de risco propriamente enquanto prática estratégica da governança. Apresentam-se conceitos, regulamentos e as principais metodologias próprias ao estudo do risco, além de distinguir termos-chave contemplados na Nova Lei de Licitação, tais como: matriz de risco, cláusula de risco, gestão de risco e mapa de risco. Evidenciou-se, por fim, a importância de todo esse instrumental teórico para uma melhor performance contratual em sintonia com a Lei nº 14.133/21.

No sexto e último capítulo, dialoga-se com o insucesso contratual, suas causas e consequências, assim como a possibilidade de restabelecer a confiança nas contratações públicas por meio da matriz de risco. Evidencia-se que a distribuição objetiva dos riscos contratuais pode ser um poderoso incentivo para promover a eficiência econômica, desde que seja respaldada por uma gestão de risco eficiente, eficaz e efetiva. Argumenta-se que a gestão de risco é essencial para a aplicação da cláusula de risco e pressupõe a constitucionalidade da matriz de risco como uma medida adequada para garantir a transparência, a segurança e a efetividade dos contratos públicos. No final da seção, enfatiza-se a importância de implementar uma cultura de gestão de risco na administração pública, visando a melhorias na qualidade das contratações e na consecução dos objetivos públicos.

Enfim, trata-se de um tema novo e ainda pouco esmiuçado pela administração direta mormente no âmbito dos estados e municípios, mas que carece de novo olhar dos aplicadores do direito em razão da recém-chegada Lei nº 14.133/21.

Por último, é conveniente mencionar que o mote escolhido tem estreita relação com a atividade profissional do pesquisador, enquanto procurador do estado do Amapá, atuando na área de consultoria e gestão, além de inquietar os mais diversos gestores da

federação quanto ao novo modelo de governança que se propõe com o surgimento da novel legislação de compra pública.

2“UNIVERSO” DOS “AJUSTES” ADMINISTRATIVOS

Para introduzir a análise do instituto da cláusula de risco, também conhecida como matriz de risco, como um instrumento governança contratual e, sobretudo, adequado para preservar o equilíbrio econômico-financeiro nas contratações públicas, torna-se imperativo apresentar o conceito e a essência do contrato administrativo, delineando suas principais características.

É relevante ressaltar que, embora o cerne desta pesquisa esteja centrado na análise e na distribuição objetiva do risco por meio de cláusulas exorbitantes, a compreensão da origem e da justificativa para o exercício do poder de império que transcende a esfera das relações contratuais convencionais é crucial para uma avaliação apropriada da maneira como o Estado o exerce.

Portanto, é de suma importância iniciar esta investigação abordando o universo dos "ajustes" administrativos, com um enfoque particular na natureza jurídica predominante, nas cláusulas excepcionais ao direito comum e no impacto dos direitos fundamentais sobre o típico contrato administrativo francês, no caso, o brasileiro.

2.1 A origem do contrato administrativo

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil brasileiro, não definiu o conceito de contrato, ao contrário de outros ordenamentos, por exemplo, do Código Civil italiano, que relaciona contrato a uma relação jurídica de caráter patrimonial (REIS, 2021, p. 17). O legislador pátrio optou por deixar a cargo da doutrina a tarefa de delimitá-lo. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, podem-se definir contratos como “acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2012, p. 7).

Dessa forma, pode-se conceituar (ver) o contrato como um acordo de vontades (autonomia da vontade), formalizado entre duas ou mais pessoas, objetivando alcançar um negócio jurídico. A essa autonomia ínsita à ideia de contrato, Judith Martins Costa se refere a “suprema metáfora da liberdade individual do cidadão” e em razão da liberdade suprema, o contrato sempre seria “intrinsecamente justo”, desde que não houvesse vício de consentimento (COSTA, 2013, p. 22).

A partir disso, nota-se a amplitude de possibilidades abrangidas por esse instituto. Mas, indaga-se, a sua natureza é compatível com a seara administrativa? O administrador

poderia fazer uso de tal instituto naturalmente privatístico? E mais, ao fazer uso do instrumento contratual, o poder público busca a justa medida para a satisfação dos interesses que tutela com os interesses do parceiro contratado (particular)?

Inobstante ponto focal do contrato ser a autonomia da vontade, esta, antes pautada na ideia aristotélica do homem livre (Estado da natureza), foi historicamente substituída pelo fenômeno da codificação que marca o século XIX conduzindo a um “sistema fechado” em que não mais prevalece a vontade humana em si, mas a vontade humana juridicamente considerada dentro de um sistema jurídico pré-ordenado (COSTA, 2013, p. 25).

Seguindo a ordenação da vontade juridicamente considerada é que o Código Civil estabelece, no art. 104, requisitos para apreciar contrato – enquanto manifestação de vontade – válida: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei. Portanto, para que haja a possibilidade de recursos à autoridade estatal para fazer valer a força do acordado, segundo o raciocínio político e jurídico do mundo ocidental (COSTA, 2013, p. 21), é necessário o atendimento das condições estabelecidas na lei (forma, requisitos, entre outros argumentos).

Mediante o dirigismo estatal sobre a manifestação de vontade do particular, importa destacar, já no direito privado, um deslocamento do eixo da autonomia privada para a vontade do estado. Noutras palavras, o contrato como expressão jurídica e política do indivíduo livre, em verdade, revela um “embotamento” da realidade escondendo verdadeiro subjugo da autonomia da vontade privada à vontade estatal.

Sobre essa valorização da vontade estatal, Judith Martins Costa esclarece que:

É preciso, no entanto, não esquecer que outra vertente, centrada na mesma premissa de base, deslocará o eixo para a valorização da vontade do Estado: a Lei nº será então concebida como expressão da vontade estatal, plantadas, assim, as sementes do totalitarismo e a conseqüente relevância atribuída às ‘razões de Estado’, em detrimento das razões do indivíduo enquanto membro e fonte de legitimidade do próprio Estado (COSTA, 2013, p. 27).

Esse enfraquecimento da autonomia do indivíduo ou da visão clássica³ do contrato avulta quando se passa a analisar o conceito de contrato à luz do direito administrativo e de seus institutos jurídicos peculiares como supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras.

Irene Noharacita duas dentre as principais características dos contratos: a consensualidade e a igualdade de direitos e deveres entre as partes contratantes. Esse pressuposto do princípio da igualdade entre as partes sempre preponderou na esfera do Direito

³ Manifestação de vontade livre, consensual, autônoma no cumprimento de obrigações sinalagmáticas.

Civil, igualdade em direitos e em obrigações (NOHARA, 2022, p. 369). No entanto, Paulo Sergio Reis contesta essa afirmação:

Quando passamos a tratar da esfera pública, esse conceito de igualdade passa por uma relativização. Como a administração pública, ao contratar, está, em tese, representando a vontade da coletividade, sempre prevaleceu o entendimento de que a vontade de todos deve imperar em relação à vontade de cada um dos componentes desse todo. Daí, surgiu a ideia do contrato administrativo, uma forma de avença que se caracteriza fundamentalmente pela ideia de desigualdade entre as partes contratantes, com a supremacia daquela que representa a coletividade (REIS, 2022, p. 18).

Em função do “dogma” da administração representar o interesse coletivo, a ideia de contrato foi sofrendo mutações ainda mais relevantes dentro do direito administrativo e relativizando a suprema metáfora na qual o contrato representa autonomia de vontade, consensualidade e “igualdade” de direito e deveres.

Em verdade a alegação da representação do interesse coletivo para estabelecer poderes extroversos desigualando as partes na relação contratual tem origem na concepção do direito administrativo, como explica Gustavo Binjenbojm:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias peculiares (supremacia do interesse público, etc), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos (BINENBOJM, 2014, p. 11).

Contrariamente ao que foi proclamado pelo autor, o direito administrativo não emergiu da subordinação do estado à vontade heterônoma do legislador, nem da concepção de lei como manifestação da vontade geral, da soberania popular ou das liberdades públicas.

Em vez disso, a criação de novos princípios gerais e novas normas jurídicas pelo Conselho de Estado francês possibilitaram soluções diferentes daquelas que seriam obtidas pela aplicação automática do direito civil em casos envolvendo a administração pública. Como acentua Gustavo Binjenbojm (2014, p.11), a criação de regras específicas para o *Conseil d'État français* “só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento” (BINENBOJM, 2014, p. 11).

A postura insubmissa do poder executivo francês explica de certo modo o autoritarismo absolutista transposto para o direito administrativo e para a ideia de supremacia da administração pública nos contratos administrativos representado pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, que efetivamente desigualam os contratantes.

Essa posição de supremacia fica clara quando a lei estabelece que compete à administração formular previamente as condições de pactuação, e a faz através do instrumento convocatório de uma licitação ou de uma contratação sem licitação, por meio da minuta do futuro instrumento contratual, alocando, inclusive, riscos discricionariamente ao contratado, como dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

A partir da possibilidade de se relativizar o conceito privado de contrato para admitir uma forma de acordo que se caracteriza, fundamentalmente,⁴ pela ideia de desigualdade entre as partes contratantes, com supremacia do participante público em detrimento do participante privado, é que se desenvolvem as várias correntes doutrinárias acerca da natureza dos pactos celebrados pela administração pública conforme a subseção a seguir.

2.2 Correntes doutrinárias acerca da natureza dos “ajustes” administrativos

A despeito da extensa produção doutrinária sobre a teoria dos contratos administrativos, tanto estrangeira quanto nacional, convém mencionar as três principais correntes brasileiras.

Conforme Simone Zanotello de Oliveira (2022, p. 19), a doutrina pátria especializada, em síntese, apresenta três posições. A primeira delas, defendida por Hely Lopes Meirelles (2016, p. 213-216), possui fundamento na doutrina tradicional francesa. Para ele, seria possível a administração firmar contratos regidos pelo direito público, com a presença de cláusulas exorbitantes, bem como consolidar contratos regidos pelo direito privado, intitulados *contratos da administração* (MEIRELLES, 2008, p. 213-216).

Alguns autores, a exemplo de José Cretella Júnior, sustentam que “o contrato administrativo é, antes de tudo, espécie do gênero contrato da Administração” (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 4).

Mesmo atuando em prol dos interesses da coletividade, nem sempre a administração age de forma impositiva e autoritária, expedindo unilateralmente atos administrativos imperativos, mas também constitui acordos de vontade com os particulares para a produção de efeitos jurídicos recíprocos desejados por ambas as partes.

Alguns contratos, por força de disposições específicas constantes no ordenamento jurídico pátrio, não permitem que a administração pública neles atue com superioridade

⁴ O Regime publicista dos contratos administrativos pressupõe a ideia de cláusulas exorbitantes e uso do poder extroverso da Administração mediante a possibilidade de alterações unilaterais do pacto.

jurídica. São exemplos os contratos relativos a seguro patrimonial e contratos de locação predial, estes nos quais a administração seja locatária.⁵

Embora a primeira corrente, que classifica e compreende o contrato administrativo à luz da presença da cláusula exorbitante, ainda seja majoritariamente adotada no direito administrativo pátrio, ela é criticável na medida em que se apoia numa dicotomia justificável no estado francês, mas não no brasileiro.

Jacinto Arruda Câmara reitera que no estado francês há razão pragmática forte a justificar essa dicotomia na classificação dos contratos. Como se sabe, naquele país há uma duplicidade de jurisdição. Ao judiciário são reservadas questões de direito comum, enquanto os temas que digam respeito ao Estado, de direito administrativo, são próprios ao Conselho de Estado, órgão de atuação jurisdicional, mas organicamente vinculado ao poder executivo. Desta maneira, nem todos os litígios envolvendo a administração pública se submetem à jurisdição administrativa francesa. Determinadas relações jurídicas mantidas pela administração, por serem consideradas de direito comum, nas quais o estadoage despido de prerrogativas públicas, se sujeitam à jurisdição comum: poder judiciário (CÂMARA, 2019, p. 323).

A dúvida em torno da competência jurisdicional foi posta em relação a contratos acordados por entes administrativos nos quais se discutia a pertinência de um regime jurídico especial, diferente do direito contratual comum, privado. Tais contratos, devido a essas características especiais, não deveriam ter suas demandas decididas pela justiça comum, mas sim pela jurisdição administrativa, apta a aplicar o direito próprio da administração pública.

Jacinto Arruda Câmara faz a seguinte constatação:

A competência do Conselho Francês de Estado foi reconhecida para esses temas, dando respaldo à dicotomia que separa, de um lado, os contratos administrativos (sujeitos à jurisdição administrativa) e, de outro, os contratos privados firmados pela Administração (objeto da jurisdição comum). Esse fator pragmático e muito vinculado às características institucionais do Direito francês explica a relevância da distinção naquele país (CÂMARA, 2019, p. 324).

Na visão de Ricardo Marcondes Martins, “o contrato administrativo não é tema criado pelo Direito Brasileiro, mas trazido de ordenamentos estrangeiros” e “como tal sofre influxo do sistema normativo interno ao qual é inserido”, o que, por vezes, acarreta numa “recriação de conceito” (MARTINS, 2015, p. 360-362).

Nesse processo de internalização e recriação do conceito em prol do sistema normativo nacional, impõe-se uma contextualização quanto à existência de um regime

⁵ Previsão contida no art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e art. 3º, I e II, da Lei nº 14.133/21.

especial, próprio ao direito público brasileiro, não apenas sob o critério objetivo de distribuição de competências jurisdicionais, mas quanto à questão de conteúdo.

Jacinto Câmara discorre o seguinte: “No Brasil, não há qualquer relevância, para fins de definição de competência jurisdicional, saber se um contrato firmado pela Administração contém ou não prerrogativas especiais” (CÂMARA, 2019, p. 325). Ou seja, no Brasil, a escolha do foro não variará em virtude de o contrato firmado pela administração ser considerado de direito público (contrato administrativo) ou de direito de direito privado (contrato da administração), isto porque a jurisdição brasileira é una.

Para o ordenamento brasileiro, a questão a ser discutida é “de conteúdo” (CÂMARA, 2019, p. 325). Portanto, para fins de classificação doutrinária, importa saber se um contrato possui prerrogativas especiais em favor da administração ou se proporciona uma relação jurídica simétrica com os particulares. A questão aqui no Brasil é essa.

A síntese da importância do conteúdo contratual (mais de direito público ou mais de direito privado) ficou bastante cristalizada através da previsão contida no art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/93, fixando os contratos privados da administração, a exemplo dos contratos de seguro, de financiamento e de locação, regidos predominantemente por normas de direito privado, assim como analogamente disposto no art. 3º, incisos I e II, da Lei nº 14.133/21.

Entretanto, a maioria dos pactos entre administração e particular, por apresentarem direta relação com a efetivação de interesses públicos, justifica o reconhecimento de um conjunto de prerrogativas em favor do Estado (ver) contratante.

Nesse tipo de convenção, a preservação do pactuado deixou de ter o mesmo rigor das contratações comuns. Esses contratos apresentam particularidades em relação aos contratos comuns, já que a administração pública pode promover alterações no seu objeto ou nas condições previamente acordadas, em razão de interesse público, sem a necessidade de anuência prévia do contratado. Essa prerrogativa da administração é conhecida como “poder extroverso”⁶ da administração.

O poder exorbitante⁷ é uma das características do regime jurídico administrativo, que se diferencia do regime jurídico de direito privado aplicável às relações entre particulares. Enquanto no regime jurídico de direito privado as partes possuem igualdade de condições, no regime jurídico administrativo a administração pública tem maior poder no que diz respeito aos particulares, em razão da sua função de garantir o interesse público.

⁶ Expressão cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Renato Alessi (2015, p. 427).

⁷ Poder exorbitante significa poder de exorbitar aquilo que é comum, capacidade de ir além do comum.

Dado esse “desnívelamento” entre as partes contratantes, parte da doutrina questiona se determinado pacto, desde que confira prerrogativas especiais em favor de umas das partes (a administração) pode, corretamente, ser denominado de contrato.

Forma-se, então, a segunda corrente doutrinária admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.641-642), em consonância às teorias do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979), que tem como base a doutrina tradicional alemã. Para o autor, a rotulação “contrato administrativo” tem sido utilizada de forma imprópria gerando equívocos, pois nessa espécie de contrato, os poderes reconhecidos ao setor público advêm diretamente das disposições legais e, por esse motivo, não poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam ou muito menos transacionados.

Assim, essa segunda corrente sugere que os poderes reconhecidos à administração nessas relações caracterizam, na realidade, “atos unilaterais da Administração Pública” inerentes às competências públicas incidentes sobre determinado objeto, sendo que somente a parte econômico-financeira desses ajustes teria natureza contratual, em virtude da possibilidade de pactuação.

A dúvida posta pela segunda corrente, portanto, não está de acordo à existência ou à validade desse tipo de relação jurídica, mas a sua classificação enquanto contrato. No direito francês, como já visto, tais pactos foram normalmente classificados como espécie do gênero contrato.

Para o direito francês, um contrato com cláusulas previamente fixadas em lei é um contrato especial, com regime jurídico de direito público, parcialmente derogatório do modelo contratual privado, mas sem deixar de ser um tipo contratual.

Todavia, existem várias críticas doutrinárias ao enquadramento de tais avenças no gênero contrato. Alega-se que uma relação jurídica qualquer, para justificar a condição de contrato, deveria atender a condições mínimas dessa categoria da teoria geral dos contratos. Uma delas seria justamente a autonomia para as partes decidirem sobre quais encargos se vincular, sendo considerado válido aquilo que as partes recíproca e livremente manifestarem aceitação. Se, como acontece em certos acordos, o pacto inicial puder ser modificado ou extinto unilateralmente pela administração, não haveria que se falar verdadeiramente em contrato.

Uma variante dessa segunda corrente admite apenas como contrato aquelas cláusulas referentes às condições econômico-financeiras, no mais, toda a parte mutável teria natureza de ato jurídico unilateral.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 682), nem mesmo essa relação híbrida justificaria a essência de contrato:

[...] todavia, nem mesmo o reconhecimento desse tipo de relação híbrida justificaria a exigência de categoria autônoma contratual, a ser denominada de contrato administrativo. Tais relações jurídicas teriam, em parte, caráter regulamentar, e, em parte, caráter contratual privado não sendo próprio designá-las com adjetivo particular. Inexiste, portanto, contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes [...].

Nesse mesmo sentido, acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos ‘contratos administrativos’ em geral - e não apenas a esta espécie ora cogitada-, que neles se contém cláusulas ‘regulamentares’ (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável (MELLO, 2015, p. 634-635).

No entendimento de Jacintho Câmara:

Padece de certo artificialismo a ideia de num mesmo objeto (o contrato administrativo) estariam reunidas relações jurídicas de natureza diversa: o contrato em si e uma relação de cunho regulamentar. Pode-se considerar também que: “O contrato, mesmo que venha a ter tais segmentos, não deixa de ser uma unidade e, como tal, produzir efeitos vinculantes às partes (CÂMARA, 2019, p. 328).

As críticas de caráter doutrinário oriundas dessa segunda corrente, entretanto, não tiveram repercussão no direito positivo brasileiro ou mesmo na linguagem adotada nos tribunais.⁸ Estes aceitam a nomenclatura contrato mesmo nas relações jurídicas nas quais ao poder público é reconhecida a prerrogativa de alteração ou extinção unilateral das avenças.

Mesmo sendo crítico à caracterização de certos vínculos consensuais da administração como contratos, Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que a terminologia é absolutamente dominante no discurso jurídico brasileiro:

Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência. De todo modo, o certo é que não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome ‘contratos administrativos’ esta variedade de relações tão díspares (MELLO, 2015, p. 635).

Apesar dos expoentes de peso dessa segunda corrente, o fato é que ela não teve adesão nem mesmo pelo legislador constituinte originário, pois o próprio texto

⁸ Ver informativos nº 1076, 1046, 1073, 885, 684, 871, 1063, 1036, 628, 920, 759, 818, 732, 967, 992, 937, 840, 1006, 767, 480, 360, 248, todos do STF.

Constitucional, no art. 175, parágrafo único,⁹ refere-se aos "contratos" de concessão de serviço público. O legislador constituinte reconhece a natureza "especial" desses pactos, porém os classifica como "contratos".

Por último, a terceira corrente, mais recente, que possui como um dos adeptos Carlos Ari Sunfeld, decreta que todos os contratos assinados pela administração são contratos administrativos, pois estão sujeitos, de alguma forma ao direito administrativo (SUNDFELD, 1995, p. 201).

Para o autor, a Lei nº 8.666/93 (art. 2º, parágrafo único) adotou critério subjetivo para a indicação dos contratos administrativos em sentido estrito, independentemente de seu objeto, ou seja, os contratos administrativos são "todos os que tenham como parte uma pessoa jurídica de direito público (administração direta, autarquias e fundações governamentais públicas) ou quem lhe faça as vezes (SUNDFELD, 1995, p.201).

Na mesma linha de argumentação, Lucia Vale Figueiredo (2008, p.523-524) questiona a existência de contratos totalmente privados da administração, assinalando que o governo está sempre jungido ao regime de direito público.

Joel de Menezes Niebuhr (2022, p. 920-921) reforça a ideia de Figueiredo:

Ocorre que a simples presença da Administração Pública num dos polos da relação contratual atrai para ela a incidência dos princípios de direito administrativo e, por via de consequência, qualquer contrato firmado por ela é qualificado como administrativo. Demais disso, muito embora se reconheçam contratos administrativos em que a Administração Pública não se valha de todas as prerrogativas, fato é que sempre alguma prerrogativa haverá (NIEBUHR, 2022, p. 920-921).

Na realidade, existem contratos administrativos nos quais as prerrogativas concedidas à administração pública são reduzidas devido à própria natureza, peculiaridades e regulamentações desses contratos. Isso ocorre, por exemplo, nos contratos de financiamento, locação e seguro.

É exatamente o que prescreve o §3º, do art. 62, da Lei nº 8.666/93, com este teor:

Art. 62 [...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber:

I – Aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – Aos contratos em que a administração for parte como usuária de serviço público.

⁹ Art. 175. [...]

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

É imprescindível observar que o dispositivo mencionado não exclui a aplicação das normas estabelecidas na Lei nº 8.666/93, nem nega as prerrogativas concedidas em favor da administração pública. Ele apenas delibera que as normas da referida lei devem ser aplicadas quando forem apropriadas, ou seja, quando forem relevantes e na medida de sua importância para a natureza, as peculiaridades e as regulamentações às quais determinados tipos de contratos administrativos estão sujeitos.

Esta é uma questão de certa forma evidente, pois que banco celebraria um contrato de financiamento com o poder público sabendo de sua posição de inferioridade? O mesmo exemplo se aplica ao contrato de seguro.

Logo, a exclusão da Lei nº 8.666/93 ou da Lei nº 14.133/21 pressupõe um julgamento de proporcionalidade, adequação e necessidade para viabilizar a contratação ou para garantir que ela não seja prejudicial à administração pública.

Assim, em contratos como os de operações de crédito, seguro, locação ou gestão de dívida celebrados pelo poder público, não haveria submissão ao direito privado, no atinente à competência, à forma, ao procedimento, à finalidade, ao despejo ou mesmo a penhora de bem público ou pagamento via precatório.

Nieburh esboça essa conclusão:

[...] muito embora se reconheçam contratos administrativos em que a Administração Pública não se valha de todas as suas prerrogativas, o fato é que sempre alguma prerrogativa existirá, ainda que em estado potencial, visto que elas são indisponíveis e irrenunciáveis (NIEBURH, 2008, p. 407).

Na versão mais recente, o autor atualizou a redação, mas preservou o conteúdo, conforme se pode perceber:

Ou seja, o fato de a Administração Pública não se valer das prerrogativas especiais que lhe são dadas não significa que elas lhe tenham sido retiradas. Nas situações em que o interesse público é ameaçado, emerge o poder da Administração Pública, que disporá de instrumentos para adequar os termos contratuais às pautas maiores da coletividade – tudo delimitado pela legalidade (NIEBURH, 2022, p. 915).

A administração pública, como gestora dos interesses públicos, ao firmar os seus ajustes bilaterais, jamais irá se alinhar perfeitamente ao direito privado. A simples presença num dos polos desses ajustes atrai a incidência do regime publicista, pois sempre haverá algo do direito público uma vez que toda a atividade administrativa visa ao fim público, ao interesse público.

A nova lei de licitação, que substituirá em breve a Lei nº 8.666/93, não menciona mais expressamente os contratos privados da administração, como fazia o art. 62, §3, I, da Lei nº 8.666/93. A Lei nº 14.133/21 realça os aspectos públicos dos contratos regidos por ela, com a observação de que é subsidiária à aplicação do direito privado.

Dessa forma, são essas as implicações de que trata o art. 89 da NLLC.

Art. 89. Os contratos de que trata esta lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Nieburhé enfático ao afirmar que:

[...] o regime contratual da Lei nº 14.133/2021 é a regra para a Administração Pública, mesmo nos casos em que se visualize alguma incompatibilidade, o afastamento da Lei nº 14.133/21 não deve ser regra geral e dado de antemão. Se a incompatibilidade é parcial, a Lei nº 14.133/2021 deve ser afastada também parcialmente e não na sua totalidade. Por isso, nem todas as prerrogativas concedidas em prol da Administração caem diante da aplicação do inciso II do artigo 3º, da Lei nº 14.133/2021. Caem, sendo proporcional, as que sejam incompatíveis com o regime próprio dos aludidos contratos (NIEBURH, 2022, p. 922-923).

Ainda que a Lei nº 14.133/21, em seu art. 3º, tenha radicalizado ao fixar que o regime publicista não se aplica às contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria, o próprio interesse público autoriza o uso de prerrogativas exorbitantes do regime publicístico.

Finalmente, para o escopo deste trabalho, legitima-se a terminologia “contratos administrativos” para expressar os ajustes bilaterais existentes entre a administração pública e o particular, de natureza contratual em sentido amplo, utilizados para a formalização das contratações públicas, incluindo, logicamente, as particularidades de cada instituto.

Também será empregada a premissa de que o “contrato administrativo”, em sentido estrito, terá um regime jurídico exclusivo de direito público, e que os contratos que a doutrina denomina como “contratos de direito privado da administração pública”, ou “contratos da administração”, terão um regime sujeito também a normas de direito privado, mas sem se afastar do direito público.

2.3 Cláusulas exorbitantes no contrato administrativo

Construíram-se, na doutrina brasileira, três correntes para classificar a natureza do “contrato” administrativo. De acordo com a primeira perspectiva, a administração pode organizar contratos regidos pelo direito público, denominados de contratos administrativos, bem como contratos regulados pelo direito privado, conhecidos como contratos da administração. Quanto ao primeiro, o do “contrato administrativo”, o instituto surge como uma proposta *sui generis* ao contrato comum uma vez que este, devido ao caráter de inalterabilidade unilateral de suas cláusulas, mostrava-se incompatível a tutela do interesse coletivo. Surge então a denominação do contrato administrativo dotado de cláusula exorbitante.

A segunda corrente observa que não existem contratos administrativos, ou seja, a atividade da administração está sujeita ao direito privado, permitindo a celebração de contratos. No entanto, se a atividade não se submetesse ao direito privado, na verdade, haveria atos unilaterais com contratos adjetivos.

Já a terceira corrente sustenta que todos os contratos fixados pela administração são regidos, em maior ou menor medida, pelo direito público e, em razão disso, todos contemplam cláusulas exorbitantes.

Tendo como referência o art. 104, da Lei nº 14.133/21,¹⁰ destacam-se como principais cláusulas exorbitantes: (a) modificação unilateral dos contratos, (b) poder de fiscalização da execução dos contratos, (c) o poder de aplicação de sanções, (d) poder de ocupação provisória de bens e serviço, (e) o poder de extinção unilateral dos contratos. Com o advento da Lei nº 14.133/21 foi introduzida mais uma cláusula exorbitante, a chamada matriz de risco.

Uma das manifestações clássicas das competências estatais no âmbito dos contratos administrativos envolve a modificação unilateral das condições contratuais. Essa “prerrogativa” constitui-se em poder-dever. A administração dispõe de um poder jurídico, que lhe é outorgado não no interesse próprio, mas para melhor realizar um interesse indisponível.¹¹

Na concepção de Marçal Justen Filho, desde que observado os pressupostos normativos, a administração pública pode intervir no contrato, introduzindo modificações necessárias e adequadas para a realização dos interesses fundamentais. Neste ponto de vista, a administração não é portadora de um "direito subjetivo", mas sim de um dever inalienável. Se a administração se abstém de exercer seu poder, estará agindo de maneira inadequada, e seus agentes poderão ser responsabilizados por violação de seus deveres funcionais (JUSTEN FILHO, 2021, p.1281).

A passagem revela que a tutela do interesse público é inalienável. Portanto, a administração não detém a prerrogativa de alterar o contrato ao seu modo, mas quando necessário para defender direitos fundamentais.

¹⁰ Parte das referidas prerrogativas é enumerada nos incisos do art. 104, da Lei nº 14.133/21: a Administração pode alterar unilateralmente os contratos administrativos (inciso I); ela também pode extingui-los unilateralmente (inciso II); cabe a ela aplicar sanções administrativas sobre o contratado faltoso (inciso IV); e, nos casos de serviços essenciais ou diante de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado após extinção do contrato, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, bem como utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato (inciso V).

¹¹ Importante destacar que poder-dever de alteração deve observar a necessidade imperiosa de promover alterações em função do atendimento de interesses indisponíveis apenas. Não é qualquer interesse manifestado pelo administrador público.

Porém, é preciso sublinhar que o contrato administrativo é composto por duas categorias de cláusulas contratuais: a de trabalho ou serviço e as econômicas. As cláusulas de trabalho podem ser unilateralmente alteradas pela administração pública, já as cláusulas econômicas não. A Lei nº 14.133/2021 confirmou explicitamente a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras no seu art. 104, §1º “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”.

Dessa maneira, a faculdade concedida à administração pública não incide em todo o contrato. A alteração direta na equação econômica do contrato afronta a Lei nº 14.133/21 e dispositivo expresso da Constituição (JUSTEN FILHO, 2021, p.1281-1282).

Antes da formalização do contrato, a administração pública realiza atividades internas que decidem a amplitude e o conteúdo dos contratos a serem celebrados. Neste panorama, sobressai-se a relevância da gestão de riscos na etapa de planejamento da contratação, com o objetivo de identificar, avaliar e tratar os riscos potenciais que possam comprometer o sucesso da contratação. O estudo prévio é um procedimento obrigatório, segundo estipulado no parágrafo único, do art. 11, da Lei nº 14.133/21, e é crucial para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato futuro, especialmente se houver a mesma obrigatoriedade para a elaboração de uma cláusula de risco.

É inconcebível que, após a realização de todas essas atividades e a avaliação dos riscos e responsabilidades, a própria administração opte por alterar o conteúdo do contrato, modificando de maneira substancial os deveres impostos ao contratado. Conseqüentemente, deve-se respeitar o princípio da congruência entre o planejado e o executado.

Marçal Justen Filho elabora: “Assim, a motivação não poderá consistir na simples invocação da necessidade ou de algum ‘interesse público’, de conteúdo material indeterminado. A administração deverá indicar o motivo concreto, real e definido que impõe a modificação” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1283). Posição esta que já foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal.¹²

O poder de modificar unilateralmente o contrato constitui prerrogativa à disposição da Administração para atender ao interesse público, e não instrumento de arbitrariedade ou fonte de enriquecimento ilícito do estado. Assim, se **depreendem** apenas das garantias decorrentes da observância do ato jurídico perfeito, mas do artigo 37, XXI, da Carta da República, o qual impõe à Administração o respeito às condições efetivas da proposta formalizada.

A segunda vantagem exorbitante recorrente é o poder de fiscalização da administração pública. De acordo com essa prerrogativa, o Estado possui o direito de

¹² STF. ADI n. 1.746/SP, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, em 18/09/2014, Dje de 12/11/2014..

fiscalizar o cumprimento do contrato com o objetivo de assegurar uma prestação adequada, evitando prejuízos aos princípios da busca pelo interesse público e da eficiência.

A terceira forma é o poder de sanção concedido à administração pública. Essa prerrogativa evita (caráter preventivo) ou pune (caráter punitivo) as faltas cometidas pelo particular na execução do contrato. Embora seja possível aferir que a previsão de sanção também pode estar presente em contratos comuns, por exemplo, por meio de cláusulas penais, entenda-se que as sanções administrativas se distinguem pela sua forma peculiar de penalização e aplicação.

A quarta forma é através da ocupação provisória de bens móveis, 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. Alguns autores, ainda sob o espectro da Lei nº 8.666/93, já apontavam a ocupação provisória como instrumento de proteção à continuidade dos serviços públicos; ressalvando que, advinda a decisão pela rescisão do mesmo, o Poder Público poderá realizar a reversão dos bens essenciais ao serviço, com a devida indenização, se for o caso, observadas as regras contratuais (MARINELA, 2018, p. 975).

Por último, é assegurada à administração pública o indicativo especial de extinção unilateral do contrato administrativo. O interesse público é mutável e pode se alterar durante a execução do contrato assinado, tornando necessário que a administração tenha a necessidade de extinguir o objeto contratual visando à melhor concretização dos direitos fundamentais, que é o propósito principal do estado. A atuação do estado deve estar sempre fundamentada na busca do interesse público e na garantia dos direitos fundamentais: “[...] todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais” (CLÈVE, 2003, p. 388).

Assim como no caso da alteração unilateral do contrato, pode ocorrer que a prestação contratual deixe de ser vantajosa ou prioritária para aquele momento, devido à mutabilidade do interesse público. Então, é importante garantir à administração a alternativa de encerrar o contrato de forma unilateral.

Mesmo reconhecendo a presença constante das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, sob a tutela da Lei nº 8.666/93, convém ressaltar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica com a entidade privada sempre foi necessária, mesmo perante o exercício de prerrogativas especiais pela administração.

Ainda que o estado possua poderes superiores em relação ao particular para alinhar o contrato com o interesse público e a salvaguarda dos direitos fundamentais, a compensação pelo contratado deve ser avalizada face a eventuais alterações contratuais, para evitar prejuízo ao objetivo que motivou a contratação, ou seja, o lucro.

Contudo, com a chegada da Lei nº14.133/21, emergiu uma questão intrigante. Considerando que o art. 37, XXI, da Constituição Federal assevera a "manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei", a nova lei de licitação admite e, em certas situações, determina que a administração pública aloque riscos à responsabilidade financeira e patrimonial do contratado. Do fato implica dizer que o contratado pode se responsabilizar por eventos econômicos incertos que possam onerar a proposta inicial, desde que esteja previsto na matriz de riscos, conforme o art. 22, §2º, combinado com o art. 103, §§ 4º e 5º, ambos da Lei nº 14.133/21.

Diante dessa nova conjuntura jurídica, questiona-se: estaria a Constituição afiançando efetivamente um princípio geral de equilíbrio econômico-financeiro, ou apenas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de acordo com a lei reguladora e o respectivo edital de licitação? A priori, trata-se de uma norma de eficácia limitada institutiva assim como o disposto no art. 37, VII (direito de greve).

As normas declaratórias de princípios institutivos também podem ser chamadas de normas de princípios organizativos. São normas que têm como objetivo a estruturação e organização das atribuições das instituições, pessoas e órgãos previstos na Constituição Federal. Contudo, dependem da lei para que produzem a integralidade dos seus efeitos (SILVA, 2003).

O professor Anderson Sant'ana Pedra (2021) observa que a nova lei de licitação não traz apenas novidades, traz uma verdadeira “janela de oportunidades”, seja para consolidar uma administração dialógica e consensual, seja para “reprodução e sobrevivência das práticas administrativas¹³ do Antigo Regime” (BINENBOJM, 2014, p.11).

Para a adequada aplicação das cláusulas exorbitantes e da recentemente introduzida matriz de risco, é crucialum exame ponderado dos riscos alocados. Tal medida tem a finalidade de prevenir a concepção de contratos leoninos pela administração, os quais poderiam culminar em extrema insegurança jurídica, subvertendo o objetivo primordial do contrato administrativo, qual seja, a realização de direitos fundamentais.

¹³ Entenda-se por essas práticas condutas autoritárias e arbitrárias que não visam à tutela do interesse público, mas tão somente a vontade do ente público ou do gestor público conforme teoria do órgão.

2.4 Contrato administrativo sob a teoria dos direitos fundamentais

A autoridade do contrato administrativo como uma espécie distinta do contrato comum (Direito Privado) evoluiu ao longo do tempo e no espaço. Inicialmente, houve negação desse instituto, justificando incompatibilidade com a natureza do direito administrativo e sua prerrogativa de autoridade.

Diante das necessidades sociais urgentes, foi necessário reconhecer o contrato administrativo, embora sob diferentes argumentos. Esses contextos foram validados pela natureza jurídica das partes, pela realização de um fim de utilidade pública ou pela simples presença de cláusulas exorbitantes, que não são comuns no âmbito contratual privado.

Os autores Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Marcio Antônio Ibrahim Junior ratificam a tese de que o critério das cláusulas exorbitantes se refere à ideia de que o contrato administrativo é caracterizado pela presença de cláusulas que são excepcionais ou incomuns no contexto dos contratos privados. Essas cláusulas exorbitantes concedem à administração pública certos direitos e poderes que vão além do que é normalmente permitido em contratos privados, como a possibilidade de alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, por exemplo. Contudo, essa concepção tem sido criticada frente às dificuldades em definir exatamente o que constitui uma cláusula exorbitante ou qual o conteúdo substantivo do interesse público capaz de legitimá-la (DUARTE; IBRAHIM JUNIOR; 2014, p. 13).

A variedade de critérios utilizados para definir o contrato administrativo demonstra que não existe uma teoria suficientemente sólida para justificar a natureza excepcional (exorbitante) desse tipo de contrato. Nesse sentido, questiona-se que apenas a ligação do contrato à realização de direitos fundamentais pode servir como um meio eficaz para validar a existência desse instituto. Ou seja, o contrato administrativo seria justificado e legitimado pela sua função de concretizar direitos fundamentais (DUARTE; IBRAHIM JUNIOR, 2014, p.13).

Apesar das diversas bases teóricas acerca das cláusulas exorbitantes, existe um consenso atual sobre a importância dos direitos fundamentais e da democracia como pilares de proteção e elementos essenciais do Estado Democrático de Direito. Esses princípios exercem naturalmente influência em todas as instituições políticas e jurídicas, incluindo a administração pública e a configuração teórica do direito administrativo (HESSE, 1998, p. 240-241).

Clèmerson Merlin Clève declara a primazia da dignidade humana sobre o Estado e afirma enfaticamente:

[...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando (CLÉVE, 2003, p. 388).

Essa construção teórica conformadora de todo o Direito se fortaleceu após o fim da Segunda Guerra Mundial. A ciência jurídica passou por uma transformação significativa, questionando as bases do *positivismo jurídico*. Pode-se considerar que: “[...] a jurisdição constitucional foi-se ampliando e consolidando em todo o mundo ao longo do século XX, sobretudo após a traumática experiência do nazi-fascismo” (BINENBOJM, 2014, p. 62).

Os crimes cometidos, que foram legitimados por um sistema legal formal e blindados de interferências éticas, levaram a uma conscientização de que o Direito e a Moral não devem ser dissociados. O que se observa, de fato, é que a axiologia é essencial ao desenvolvimento e consolidação da Justiça. Um sistema baseado exclusivamente em conceitos binários de regras (permitido e proibido) está longe de ser capaz de lidar de forma justa com a vasta gama de conflitos sociais (BINENBOJM, 2014, p. 63).

Binjenbojm, ao citar autores como Alexy, explica que:

O reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais sepultou definitivamente a possibilidade do emprego de uma metodologia jurídica estritamente mecanicista, asséptica em relação aos valores, baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do direito (BINENBOJM, 2014, p. 64).

Face aos crimes cometidos com o consentimento do legislador e da necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, faz surgir o *pos-positivismo* e o *neoconstitucionalismo* como abordagens que se baseiam na interação entre normas, tanto regras quanto princípios, na supremacia da Constituição e na preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção da pessoa humana.

É neste quadro geral que se fala em um processo de constitucionalização do direito. Este não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele implica, mais que isso, no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional do direito (BINENBOJM, 2014, p. 65).

A partir dessa centralidade da Constituição, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela Lei Maior. Para Paulo Ricardo Schier (2004) “trata-se de uma verdadeira filtragem constitucional”.

Luís Roberto Barroso apresenta essa síntese para a questão.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 12-13).

No terreno específico do direito administrativo, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais.

O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2005, p. 1).

O autor atualizou o conceito, porém manteve congruência com o já estabelecido anteriormente.

O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas que disciplinam a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais investidas da função administrativa estatal e da gestão dos bens públicos e privados necessários, visando a realização dos direitos fundamentais da generalidade do povo e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (JUSTEN FILHO, 2023, p. 105).

Com o advento do pós-positivismo, o Direito teve que rever boa parte dos seus institutos clássicos. No âmbito do direito administrativo, dois princípios em particular merecem destaque devido a essa mudança de paradigmas: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Gustavo Binimpreconizaque:

A Constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição (BINENBOJM, 2014, p. 70).

O princípio da legalidade teve origem no estado de direito após as revoluções burguesas, procurando conter o poder estatal e assegurar os direitos de liberdade, igualdade e propriedade. Inicialmente, era entendido como a estrita vinculação da atuação administrativa a leis abstratas e genéricas. Ainda assim, o princípio foi desafiado com o envolvimento do Estado Social e a crise da democracia representativa.

Com o estado social, houve uma extensão do papel da administração pública na busca pela justiça social, propiciando uma expansão das atribuições dos administradores públicos, especialmente em questões técnicas. Essa mudança gerou uma demanda por

legislação cada vez mais extensa, infundiu o fenômeno da “deslegalização” ou “descodificação”¹⁴. Ao mesmo tempo, a crise da democracia representativa levou à desconfiança em relação aos legisladores e à falta de representatividade do povo.

Mediante esse contexto de crise, o princípio da legalidade precisou ser adaptado. Ele evoluiu para se tornar o princípio da juridicidade, indicando que a atuação administrativa deve estar em conformidade com todo o ordenamento jurídico. Não deve se limitar apenas à lei positivada. Assim, o princípio da legalidade passou a abranger a harmonia entre a atuação administrativa e o sistema jurídico como um todo.

Outro princípio fundamental do direito administrativo que teve revisões diante dos novos tempos é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Por muito tempo, a atuação administrativa esteve vinculada a esse princípio, considerado como um “dogma”. No entanto, essa abordagem gerava uma série de problemas. O primeiro deles era a falta de clareza na definição do conceito de interesse público, o que resultava em sua utilização arbitrária pelo administrador para endossar restrições a interesses particulares. O segundo problema está relacionado à própria estrutura desse princípio, que já prevê, em suas bases, um juízo *prima facie*,¹⁵ onde o interesse público é sempre considerado superior ao interesse privado (ÁVILA, 2007).

Com a chegada do pós-positivismo, esse preceito careceu de uma releitura. O verdadeiro vazio que existia na noção de interesse público foi preenchido através da ideia dos direitos fundamentais.

Como o epicentro da ciência jurídica viu-se deslocado para garantia de direitos fundamentais, estes se tornam o único fio legitimador do atuar administrativo. Marçal Justen Filho corrobora com esse pensamento:

O regime de direito público consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis (JUSTEN FILHO, 2023, p. 161).

Também faz esse alerta:

A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses

¹⁴ Com isso, o Código foi perdendo progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutava na ordem jurídica.

¹⁵ O conceito de direito *prima facie* implica que uma regra ou princípio jurídico é válido e aplicável à primeira vista, até que sejam apresentados argumentos ou elementos que demonstrem sua inadequação ou exceção em uma situação específica. Essa abordagem reconhece que o direito nem sempre é absoluto e que é necessário considerar diferentes aspectos e circunstâncias para tomar uma decisão final (SILVA, 2009, p. 165).

supraindividuais de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo (JUSTEN FILHO, 2023, p. 171).

Com posição mais radical, Odete Medauar chega a defender que o princípio da supremacia do interesse público estaria ultrapassado. Aponta como razões o fato de a Constituição de 1988 ter dado preferência à proteção dos direitos fundamentais, direitos estes essencialmente de particulares, o que tornaria contraditório sua invocação com um princípio do direito administrativo. Além disso, também adere à ideia de ponderação e proporcionalidade no caso de conflito entre interesses (MEDAUAR, 2015, p. 141).

Portanto, a supremaciado interesse público, na contemporaneidade, recebe uma nova interpretação, que a desloca de um princípio absoluto para uma posição de paridade com outros interesses constitucionalmente protegidos. O fato requer do aplicador do direito uma prudência essencial em caso de conflitos, sem uma superioridade pré-definida entre eles.

Logo, diante da necessidade de reestruturação do princípio da Supremacia do Interesse Público, “tem-se que o mais correto seria alterá-lo para princípio da persecução do interesse público”. Leia-se princípio da persecução de direitos fundamentais (DUARTE; IBRAHIM JUNIOR, 2014, p.15). Por intermédio de um caso específico, apenas por meio de um julgamento equilibrado, pode-se determinar qual será a solução, dentre as várias possíveis, que corresponde à maior realização de direitos fundamentais.

A doutrina clássica brasileira, representada por estudiosos como Celso Antônio Bandeira de Mello e Helly Lopes Meirelles, oferece uma visão unificada do interesse público, sustentando a supremacia absoluta do interesse coletivo sobre o interesse individual particular. Nessa ótica, o interesse particular é concebido como algo separado do contexto social e coletivo, sendo o princípio da supremacia restrito ao âmbito do interesse público, que não busca atender aos interesses individuais.

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados (MELLO, 2015, p. 70).

Segue mesmo pensamento Helly Lopes Meirelles:

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração (MEIRELLES, 2016, p. 52).

A principal característica distintiva do contrato administrativo é a inclusão da chamada cláusula exorbitante. Esta, por sua vez, extrai o fundamento de validade diretamente da lei e da desgastada noção de supremacia do interesse público sobre o privado. De fato,

entendia-se, sob a égide do positivismo jurídico legalista,¹⁶ que a previsão legal de uma medida exorbitante pela administração autorizaria o seu emprego em qualquer caso, independente do caso concreto e de um juízo de proporcionalidade.

Mesmo sea aplicação da cláusula prejudicasse um direito do contratado mais significativo do que o direito a ser garantido pela administração, a cláusula poderia ser aplicada se estivesse prevista em lei. Fundamentava esta visão também a aludida noção de suficiência da letra da lei (interpretação literal), superada pelas correntes pós-positivistas, da supremacia do interesse público sobre o privado, que autorizava a apriorística sobreposição dos interesses tutelados pelo Estado e apresentados como públicos sobre quaisquer interesses privados, à revelia da análise da dimensão de peso dos direitos envolvidos em cada caso.

É evidente que o enfoque dos contratos administrativos necessita de uma apreciação mais alinhada com as novas concepções filosóficas encampadas pelo Direito.

O contrato, no passado, era visto apenas como um instrumento do domínio privado. A doutrina administrativa clássica se recusava a aceitar que a administração pudesse se utilizar da figura do contrato¹⁷. Acreditava-se que seria incompatível com a estrutura de *ius imperis*, típica da ação administrativa. No entanto, com a ascensão do estado social, essa concepção foi rapidamente abandonada. A escassez de recursos e as limitações práticas da administração tornaram a parceria com entidades privadas uma obrigação para a realização de obras públicas e prestação de serviços públicos. Foi com o objetivo de institucionalizar essa colaboração entre o estado e o setor privado que a administração começou a usar contratos.

Naturalmente, com o passar do tempo, houve a necessidade de adaptação do contrato administrativo em virtude das peculiaridades do setor público, especialmente em relação à própria mutabilidade das demandas sociais (interesse coletivo). Diante dessas e de outras particularidades, surgem as chamadas cláusulas exorbitantes como prerrogativas que o administrador poderá utilizar e que estão presentes nos contratos administrativos. Por uma perspectiva positivista desse instituto, sempre que a administração estiver utilizando a figura contratual para atuar no mundo jurídico, poderá fazer uso de cláusulas exorbitantes, porém

¹⁶ O termo "positivismo boca da lei" ou "legalista" geralmente é associado à visão legalista do positivismo jurídico. Este ramo do positivismo jurídico defende que a lei, conforme escrita, deve ser seguida ao pé da letra, sem consideração para interpretações subjetivas ou para o propósito mais amplo da lei.

¹⁷ Refere-se à visão tradicional do direito administrativo, que se baseava na ideia de que a administração pública, por sua natureza e função, não poderia se envolver em contratos da mesma forma que entidades privadas. Essa perspectiva, conhecida como "doutrina administrativa clássica negativista", sustentava que a administração pública, por sua posição de supremacia e por sua missão de proteger o interesse público, não poderia se submeter às mesmas regras e obrigações contratuais que as entidades privadas. Isso porque os contratos pressupõem uma relação de igualdade entre as partes, o que seria incompatível com a posição de autoridade da administração pública. Portanto, essa doutrina negava a possibilidade de a administração pública participar de contratos nos mesmos termos que os atores privados.

sem descuidar do dever de boa-fé contratual. Em vista dessa afirmação, poderia surgir uma dúvida: seria realmente legítima a presença de cláusulas exorbitantes em toda e qualquer hipótese de contrato realizado pela administração?

Antes de responder à pergunta, cabe propor dois exemplos¹⁸ possíveis de utilização do contrato administrativo. O primeiro é de um município do interior do estado do Amapá que é assolado por uma epidemia de uma doença grave, mas de fácil tratamento. Para tratar a população, o prefeito estabeleceu um contrato de compra de medicamentos para serem entregues em um período curto. Com o agravamento da situação, o chefe do Executivo necessita de uma maior quantidade de remédios que o pactuado e resolve unilateralmente aumentar a quantidade de remédios a ser fornecidas pelo laboratório contratado. O grande problema é a falta de interesse do laboratório em ampliar a produção desse remédio tão rapidamente, pois teria que diminuir a produção de outros mais rentáveis.

O segundo exemplo refere-se a uma universidade pública de ensino que resolve comprar para as salas dos seus professores frigobares, sendo que estes devem ser entregues em prazo estipulado no contrato. Todavia, com a realização de um processo seletivo vultoso, aumentou-se consideravelmente o número de professores da instituição. O reitor resolve utilizar a sua prerrogativa exorbitante para compelir a empresa contratada a entregar mais frigobares. O óbice é que a empresa, para realizar a entrega no prazo estipulado, teria diante dessa modificação unilateral realizada pela administração que parar de produzir freezers comerciais que são muito mais rentáveis e mais demandados pelo mercado.

As duas situações citadas tratam do mesmo assunto: a possibilidade unilateral da administração alterar o quantitativo do contrato sem modificar o prazo de entrega. Se analisados sob uma perspectiva positivista, os dois exemplos seriam resolvidos da mesma maneira devido à sua semelhança aparente. Como já apontado, o contrato administrativo requer uma reinterpretação compatível com a concepção pós-positivista. O correto, portanto, seria uma análise dos direitos envolvidos nas contratações. Neste cenário, há uma grande disparidade entre os dois casos. A análise dos direitos fundamentais envolvidos no primeiro caso revela um conflito entre os direitos da empresa em relação à intangibilidade do contrato e à liberdade de contratação, com o direito à vida e à saúde dos habitantes da cidade.

Ao aplicar regra da proporcionalidade¹⁹, é fácil concluir que a medida de aumento unilateral dos medicamentos é (1) adequada, pois é eficaz na garantia da saúde da população;

¹⁸ Exemplos sugeridos pela professora de Direito Administrativo da UFMG, Luciana Gaspar Melquiades Duarte.

¹⁹ Adequação: a medida adotada visa a proteger um fim constitucionalmente legítimo. A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido? Necessidade: é o meio menos gravoso de

(2) necessária, pois é a opção menos prejudicial ao direito fundamental da empresa a ser restrito (por exemplo, menos restritiva do que uma eventual requisição desses bens – uma medida administrativa imperativa que restringe a propriedade privada mediante indenização); e (3) proporcional em sentido estrito, pois, ao comparar a ponderação relativa entre os benefícios e os ônus da medida, justifica-se que o direito à saúde a ser promovido tem maior peso do que o direito ao lucro a ser restrito.

Já no segundo caso, tem-se um conflito entre os direitos da empresa de intangibilidade do contrato e de liberdade de contratação com o direito de melhores condições de trabalho dos servidores públicos. Se for utilizado o postulado da proporcionalidade, neste episódio, para sanar o conflito, tem-se que o meio é (1) adequado, pois é eficaz à garantia de melhores condições de trabalho; (2) não necessário devido à possibilidade de alargamento do prazo sem maiores lesões aos direitos da empresa e (3) não é proporcional em sentido estrito uma vez que os ônus da medida se mostram muito maiores do que os bônus.

Com base nas análises, é possível inferir que o uso de cláusulas exorbitantes sem um estudo do caso concreto pode ser excessivamente desproporcional. Portanto, propõe-se uma reinterpretação do instituto dos contratos administrativos em função do espectro pós-positivista, no qual a previsão legal para a aplicação de cláusulas exorbitantes é considerada um requisito necessário, porém não suficiente. A restrição de um direito somente é juridicamente viável quando for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para promover outro direito que, na situação específica, tenha maior peso.

Gustavo Binenbojm, comentando a Constituição, explica o seguinte: “Como corolário do seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais” (BINENBOJM, 2014, p. 88).

Logo, exceto nos casos em que o legislador constituinte foi explícito ao estabelecer normas específicas de prevalência, a determinação do interesse que deve prevalecer requer uma análise proporcional dos interesses em conflito, levando em consideração as circunstâncias do problema e com base em critérios substanciais estabelecidos pela própria constituição.

realização do objetivo perseguido? Proporcionalidade em sentido estrito: a medida restringe outros direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar? (SILVA, 2009, p. 167-182)

Gustavo Binjenbojm compreende o “interesse público” a partir de uma análise ponderada e razoável entre os interesses particulares dos indivíduos e os interesses gerais da coletividade.

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais (BINENBOJM, 2014, p. 88).

O autor ratifica que:

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros (BINENBOJM, 2005, p. 183).

E complementa ainda:

Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na Lei nº e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade. (BINENBOJM, 2014, p. 107).

Para uma melhor compatibilização do contrato com a garantia de direitos fundamentais, é imperativo que se proceda a um juízo de ponderação para que se legitime a incidência das cláusulas exorbitantes. Esse processo de ponderação deve ser realizado tanto na elaboração dos estudos técnicos preliminares da contratação quanto na elaboração da minuta do contrato. Esse duplo filtro para a aplicação das cláusulas visa a formular uma maior racionalidade na atuação administrativa.

Entretanto, em situações excepcionais, as prerrogativas administrativas podem ser aplicadas mesmo que não estejam explicitamente mencionadas no contrato, devido à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais conforme estabelecido no parágrafo 1º, do art. 5º, da Constituição de 1988.

Sob uma perspectiva pós-positivista, a regra da proporcionalidade pode suspender a aplicabilidade de uma determinada cláusula contratual ou impedir a incorporação, em um contrato específico, de uma cláusula cuja presença em instrumentos contratuais seria demandada pela legislação (necessidade). Nessa conjuntura, o administrador, ao se valer de um contrato administrativo, deverá manter somente as cláusulas exorbitantes que sejam adequadas, obrigatórias e proporcionais em sentido estrito para o alcance do objetivo do contrato (adequação).

Deste modo, é plausível inferir que não será em todos os contratos que estará presente a incidência de cláusulas exorbitantes. Caso haja a necessidade da previsão de tais

cláusulas no contrato para a realização de seu propósito, apenas aquelas que se mostrarem estritamente indispensáveis (proporcionalidade em sentido estrito) deverão ser estipuladas, sempre mediante uma análise de ponderação.

Se o critério legítimo para a aceitação da incidência de cláusulas exorbitantes é a superioridade dos direitos fundamentais através dele tutelados pela administração e a Constituição brasileira, em razão de seu “caráter aberto, pluralista e compromissório” “não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais” (BINENBOJM, 2014, p.88), este atributo deve ser manejado com parcimônia pela administração pública. A ideia é não comprometer direitos do contratado, tal como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a segurança jurídica do pacto.

Trazendo para a perspectiva do presente estudo, considerando o entendimento tradicional do conceito de interesse público e sob o positivismo estrito que sugere a aplicação da cláusula exorbitante em qualquer contrato administrativo apenas porque a lei o permite, surge uma preocupação válida da doutrina, dos parceiros privados e dos órgãos de controle perante a repartição objetiva de riscos contratuais realizados de maneira unilateral, discricionária e possivelmente exorbitante ou desproporcional.

Por fim, é importante destacar a fase “progressista” do Direito Administrativo (CARVALHO, 2020) consentâneo aos novos tempos, ou “tempo líquidos”, como descreve Zygmunt Bauman (2021) acerca da plasticidade das relações construídas na sociedade, seja no âmbito público, seja no privado. Nessa lógica da era pós-moderna, Lorena Miranda Santos Barreiros acredita que a própria concepção de administração pública deve ser repensada: “ao invés da Administração monológica, avessa à comunicação com a sociedade, erige-se uma Administração dialógica, paritária e consensual; em lugar do Estado impositor, apresenta-se o Estado mediador” (BARREIROS, 2017, p.36).

O uso indiscriminado das cláusulas exorbitantes, de modo autoritário, alheia aos interesses fundamentais (individuais) não se amolda ao contexto social (público e privado) atual, nem tampouco condiz com a “sociedade em rede” que fiscaliza, participa e controla os atos públicos através de uma comunicação multimodal em massa (CASTELLS, 2011).

3 EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao explorar a alocação de riscos com o objetivo de otimizar a eficiência dos contratos, torna-se absolutamente necessário compreender as potenciais causas de ruptura ou insucesso das avenças, especialmente sob a perspectiva da equação econômico-financeira. Dessa forma, é imperativo analisar as razões que podem levar ao desequilíbrio contratual, bem como as implicações decorrentes do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal em relação aos contratos públicos.

Nesse sentido, ao divulgar um instrumento convocatório completo de uma licitação, a administração pública institui uma série de encargos que o futuro contratado, ou adjudicatário, deverá obrigatoriamente cumprir. É fundamental que os interessados em participar da disputa realizem um levantamento minucioso nos documentos que compõem o instrumento convocatório, a fim de identificar com precisão todos os encargos aos quais estarão sujeitos. Isso permitirá calcular adequadamente os custos envolvidos e determinar o preço final a ser proposto.

Supõe-se que o instrumento convocatório contemple todas as obrigações estabelecidas pelo edital e pela legislação pertinente. Essas obrigações serão fiscalizadas durante a execução do contrato e se espera que sejam devidamente cumpridas pelo contratado. A divulgação completa do instrumento convocatório é essencial para garantir a transparência do processo licitatório e assegurar que todas as obrigações legais sejam integralmente observadas.

Ao selecionar a proposta mais vantajosa, a administração promotora do certame estará, implicitamente, declarando que considera o preço ofertado compatível com as obrigações editalícias, o que resulta na formação de uma equação econômico-financeira do contrato, que pode ser assim representada: objeto + encargos = remuneração.

Renato Geraldo Mendes destaca o seguinte:

O encargo é caracterizado por um conjunto de obrigações, do qual a mais importante é o objeto (obrigação principal). Toda solução é representada por um encargo, cujo núcleo é o objeto capaz de satisfazer a necessidade. O encargo representa, assim, o conjunto de obrigações decorrentes do planejamento definido pela Administração e deve ser cumprido pelo futuro contratado. O encargo é materializado no edital. Para conhecer o encargo representativo de determinada contratação, basta analisar os termos do edital. Mas é possível dizer que o encargo tem uma condição formal, ou seja, só constitui encargo a obrigação constante do edital. Se a Administração pretende que o contratado atenda a determinada condição ou exigência, deverá incluí-la no edital, sob pena de ela não integrar o encargo contratual (MENDES, 2012, p. 133).

Denomina-se encargos todas as obrigações impostas ao contratado, já remuneração é o valor que o órgão/entidade contratante vai pagar ao contratado pelo cumprimento de suas obrigações contratuais.

Assim dispõe a Constituição Federal vigente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da Lei nº, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na parte que interessa, a Carta Magna, ao dispor sobre os pagamentos a serem realizados, determina que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta”. Em outras palavras, a CF/88 está decidindo que a equação econômico-financeira inicial do contrato não pode ser alterada: deve ser mantida íntegra até o final da vigência contratual.

Não se deve negligenciar o fato de que a Constituição Federal em vigor foi promulgada em um contexto de desequilíbrio nas condições econômicas do país, com altos índices de inflação. A situação desencadeou a inviabilidade de propostas apresentadas em determinado momento, devido à perda do poder de compra da moeda nacional em curto prazo. Por esse motivo, a Carta Magna adotou a precaução de estabelecer a condição mencionada, que assegura a manutenção da equação econômico-financeira da proposta durante toda a execução do contrato: o contratado é obrigado a cumprir os encargos estabelecidos e tem a garantia de receber uma remuneração sempre proporcionalmente compatível com a prevista no momento da apresentação de sua proposta.

A fim de cumprir a regra constitucional, é essencial realizar o reequilíbrio da equação econômico-financeira sempre que houver desequilíbrio, independentemente da causa. Portanto, qualquer aumento nos encargos deve implicar necessariamente em um aumento proporcional na remuneração e vice-versa. Dessa forma, busca-se priorizar a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato em conformidade com a Constituição.

O desequilíbrio em uma equação econômico-financeira de contratos celebrados pelo poder público pode ser causado por fatores exógenos ou endógenos. Os fatores endógenos se referem às alterações já previstas em contrato. Exemplo disso tem-se o reajuste com base em índice pré-fixado, os acréscimos e as supressões quantitativas que exigem o reequilíbrio da equação proporcionalmente. É primordial realizar o reequilíbrio econômico-financeiro para cumprir as disposições constitucionais e manter a equidade contratual.

Frequentemente, o desequilíbrio em contratos pode ser atribuído a fatores exógenos, como por exemplo, o caso fortuito ou de força maior. No momento da licitação, a proposta é submetida, pressupondo-se um equilíbrio em relação às obrigações contratuais. Contudo, a ocorrência de fatores imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis pode tornar inviável o cumprimento das obrigações contratuais com o valor inicialmente cotado. Tal cenário gera um desequilíbrio na estrutura econômico-financeira. Para preservar os princípios constitucionais supracitados, é imperativa a manutenção das condições efetivas da proposta, presumindo que essas foram avaliadas no momento de sua apresentação.

Os poderes legislativo e executivo, respeitando suas respectivas competências constitucionais, restringem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Tal ação é legítima e constitucional, uma vez que a preservação das condições efetivas da proposta deve ocorrer de acordo com a lei, conforme específica a Constituição. Entretanto, é essencial ressaltar que nenhuma norma infraconstitucional pode contradizer a garantia de manutenção das condições econômicas firmadas no momento de licitação, caso contrário, tem-se um esvaziamento de uma das poucas, senão a única, garantia do contratado na celebração de contratos administrativos.

3.1 Implicação do inc. XXI, do art. 37, da Constituição nas contratações públicas

Como exposto em outro momento, a Constituição Federal, no inc. XXI de seu art. 37, assevera a manutenção das condições efetivas da proposta nos termos da lei. Diante dessa nova conjuntura jurídica, ressurte a dúvida se estaria a Constituição atestando efetivamente um princípio geral de equilíbrio econômico-financeiro, ou apenas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de acordo com a lei reguladora e o respectivo edital de licitação. A diferença não é meramente semântica, pois um princípio geral poderia ser aplicado a todas as relações contratuais, independentemente das circunstâncias, enquanto a manutenção do equilíbrio refere-se à equação econômica especificamente estabelecida no momento da contratação.

Pode-se dizer que a Lei nº 8.666/93 adotava uma postura mais protetora em relação ao contratado, já que a Lei nº 14.133/21 confere à administração a capacidade de identificar e distribuir riscos de forma “discricionária”, gerando, assim, uma preocupação fundamentada por parte do mercado.

Com efeito, a Constituição não coloca um princípio geral de garantia independente das circunstâncias acordadas, mas apenas assegura a manutenção das condições

efetivamente pactuadas. Contudo, isso não legitima o uso indiscriminado da cláusula exorbitante. Pelo contrário, reforça a necessidade de respeito aos parâmetros estabelecidos no momento da celebração do contrato. Anova lei de licitação impõe requisitos rigorosos para a atribuição de riscos ao particular.

Embora a administração possa, sob determinados pressupostos, alterar unilateralmente o contrato, suspender sua execução ou impor requisitos adicionais, não lhe é permitido modificar arbitrariamente a equação econômico-financeira por ambas pactuadas, evidenciando o direito dos contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dentro da lógica capitalista e econômica, a falta da garantia constitucional resultaria em propostas que já incluiriam custos eventuais (insegurança) no valor apresentado no certame.

Com a garantido equilíbrio contratual, os concorrentes tendem a reduzir seus preços, pois não há necessidade de incluir tais custos incertos, permitindo que a proposta vencedora seja menor. A certeza de estabilidade econômica e jurídica atua como um atrativo para o capital, proporcionando maior segurança aos investimentos.

Eros Grau e Paula Forgioni (2005, p. 98) elucidam que a adaptação do contrato administrativo a circunstâncias imprevistas é uma ação necessária para a proteção do interesse público. Este interesse não é atendido quando se exige que o contratado, fragilizado por situações imprevistas, tenha que suportar condições substancialmente diferentes das inicialmente acordadas, sobrecarregando-o excessivamente e comprometendo o sucesso da relação contratual.

Os autores concluem que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ocorre por imposição do interesse público.

Seria despropositado forçar-se o concessionário ao cumprimento de uma prestação em condições absolutamente diversas das contratadas, de forma a onerá-lo excessivamente ou mesmo levá-lo à ruína. A obrigação de respeitar a palavra empenhada acabaria sendo prejudicial aos interesses dos usuários do serviço público; os licitantes em procedimento licitatório visando à concessão do serviço, quando da apresentação de suas propostas, seriam compelidos a tentar prever todas as agruras inesperadas e futuras e, por isso mesmo, elevariam os valores propostos para a prestação do serviço. Ademais, nem sempre a previsão concretizar-se-ia, de forma que o setor público seria obrigado a arcar com a álea econômica correspondente a fatos que poderiam não ocorrer.

Enfim, não por razões de equidade, mas por imposições do interesse público, faz-se necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, considerada a relação aceita pelas partes no momento da contratação (= permanência da correspondência entre as prestações no tempo) (GRAU; FORGIONI, 2005, p. 98).

Conforme já definiu o STF²⁰, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo a contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração dos contratos.

Finalmente, abordando uma questão de caráter prático, o texto constitucional estipula que as "condições efetivas das propostas" devem ser preservadas ao longo de toda a relação contratual, o que implica a inadmissibilidade de instabilidades ou lacunas de desequilíbrio. De outra maneira, não se tolera que o contrato permaneça desequilibrado, mesmo que por um curto período.

De fato, desde o evento que gera o desequilíbrio até a celebração do termo aditivo ou documento equivalente, há um intervalo de tempo, variável em duração, em que o contrato pode ficar desequilibrado. Muitas vezes, a discussão sobre o direito ao reequilíbrio pode levar à paralisação da execução contratual, gerando prejuízos tanto para o contratado quanto para o interesse coletivo. Então, o termo aditivo ou documento equivalente deve restaurar o equilíbrio respectivo a esse período, produzindo efeitos retroativos, de modo a garantir que o contrato, em sua totalidade e durante toda a sua duração, permaneça equilibrado.

3.2 Causas de quebra do equilíbrio econômico-financeiro

A sustentação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no sistema jurídico brasileiro sempre se ancorou na consolidada "teoria das áleas".²¹ Esta teoria é fundamentada na mutabilidade dos contratos, caracterizada pela possibilidade de modificações nas condições originais de contratação surgirem em decorrência de circunstâncias ou eventos verificados durante a execução do ajuste, denominadas áleas.

Considerando o critério de previsibilidade as áleas são classificadas como ordinárias ou extraordinárias. A álea ordinária indica a variação antecipada e previsível, que, em geral, é atribuída ao contratado. Já a álea extraordinária é marcada pela variação inesperada e imprevisível, normalmente conferida à administração pública, podendo possuir natureza administrativa (decorrente de ato unilateral da administração, fato do príncipe ou fato da administração) ou econômica (conforme a teoria da imprevisão) (NOHARA, 2022, p. 404). Passa-se à análise das características específicas de cada uma dessas áleas.

²⁰ STF. RE 571.969/DF, Rel. Cármen Lúcia Antunes Rocha.

²¹ Álea é um termo que na acepção jurídica está relacionado à "possibilidade de prejuízo simultaneamente de lucro, risco", portanto, tem a ver com um fato incerto, um acontecimento futuro, cuja possibilidade de ocorrência gera um risco (HOUASIS; VILLAR, 2009, p. 87).

3.2.1 *Álea ordinária*

A variação ordinária e previsível, também conhecida como álea ordinária ou empresarial, é aquela que está presente em qualquer tipo de negócio. Por isso, trata-se de um risco que todo empresário está sujeito e que é decorrente das variações próprias de mercado, denominadas “flutuações de mercado”.²² Sendo previsível, regra geral, responde a ela o contratado (GASPARINI, 2011, p. 819).

Compete ao licitante formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis, ou seja, se o evento é costumeiro e previsível, deve constar da proposta e, portanto, abranger o conceito de encargos.

Em tese, os fatos previsíveis não levam à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, exceto se houver disposição expressa no contrato em sentido contrário.

3.2.2 *Áleas extraordinárias administrativas*

Com relação às áleas extraordinárias administrativas, essas abrangem a alteração unilateral do contrato pela administração, o fato do príncipe e o fato da administração, que serão analisadas a seguir.

3.2.2.1 Alteração unilateral do contrato

A administração, em razão do interesse público, e por conta das cláusulas exorbitantes, poderá alterar unilateralmente o contrato administrativo. Segundo Irene Nohara, essa alteração se fundamenta no fato de os interesses públicos serem variáveis e indisponíveis. Com isso, a administração pública pode instabilizar o contrato, com fundamento no *iusvariandi*, tendo como objetivo o melhor atingimento das finalidades públicas, respeitando-se, logicamente, os direitos do contratado.

A possibilidade de mudança para melhor adequar o contrato aos interesses públicos significa que o agente público deve estar atento às conveniências da Administração Pública, principalmente para harmonizar a prestação ou objeto do contrato aos interesses coletivos prementes (NOHARA, 2022, p.385).

Refere-se a um risco inerente ao particular ao estabelecer um contrato com a administração pública, sem exercer qualquer influência sobre ele. Caso a modificação

²² Diógenes Gasparini, ao citar Carlos S. de Barros Junior, esclarece que o contratado deve suportar os riscos normais do negócio no qual está envolvido. Assim, “a variação normal dos preços e as mudanças normais do contrato são o risco natural do contratado”. (BARROS JUNIOR, 1986, p. 77)

proposta impacte o equilíbrio econômico-financeiro da contratação, cabe à administração a responsabilidade de restaurá-lo. Esta situação é uma álea administrativa, originada de circunstâncias internas ao contrato, sendo a restauração uma obrigação, e não uma opção discricionária.

Isso ocorre porque o poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. A prerrogativa de modificar unilateralmente o ajuste, como algo absoluto, não encontra amparo em nosso ordenamento. O poder jurídico que a administração pública possui para impor alterações contratuais não significa uma situação de privilégio que a autorize a atuar sem respeito aos direitos e interesses do particular.

O art. 104, inc. I, da Lei nº 14.133/21, prescreve que o regime jurídico dos contratos confia à administração a prerrogativa de “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”. O § 2º do mesmo artigo dispõe que na hipótese de modificação unilateral, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

E, por fim, o art. 130 legisla que, “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”. Por isto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê limites para essa alteração, bem como afirma o direito do contratado.

3.2.2.2 Fato do príncipe

O "fato do príncipe" constitui uma álea administrativa correspondente a uma ação de uma autoridade pública. Trata-se de um evento externo ao contrato, de caráter geral (visto que não é executado pela administração pública na capacidade de parte contratante) que, embora não precise estar diretamente vinculado ao contrato, acaba por influenciá-lo indiretamente (DI PIETRO, 2017, p. 324).

A teoria do fato do príncipe é aplicável quando o estado contratante, por meio de um ato lícito e regular modifica as condições do contrato, com reflexos no seu equilíbrio. Segundo Carvalho Filho (2014, p.213), essa conduta oriunda da administração pública não se preordena diretamente ao contratado, ao contrário, tem uma natureza de generalidade, ou seja, não se destina a ninguém em particular, mas possui caráter geral, incidindo reflexamente sobre o contrato, ocasionando ao particular uma oneração excessiva, independentemente de sua vontade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o mero uso de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, e.g., da decisão oficial de alterar o salário-mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister (MELLO, 2015, p. 664).

Diante dessa ocorrência, em princípio, a administração responde ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, tendo como base a Lei nº 14.133/2021. Como é uma medida que atinge o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual. “Configura álea administrativa extraordinária e extracontratual, pois, se a Administração altera unilateralmente o contrato, ocorre responsabilidade contratual” (NOHARA, 2022, p. 405).

Há que se considerar que o fato do príncipe também pode desonerar o contratado. Diogenes Gasparini (2011, p.898) denomina essa ocorrência de "fato do príncipe negativo", em contraposição ao "fato do príncipe positivo", no qual o provimento estatal gera uma oneração. O fato do príncipe negativo seria a extinção de um determinado tributo municipal que diminuiria os encargos do contratado no ajuste firmado. Nesse caso, a recomposição seria realizada em favor da administração.

No direito brasileiro, há corrente no sentido de que a teoria do fato do príncipe somente é aplicável se a autoridade responsável por esse fato for da mesma esfera de governo na qual o contrato foi celebrado; caso seja de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão, que será vista adiante.

Irene Nohara (2022, p. 406) esclarece o motivo dessa aplicabilidade, ao demonstrar que a teoria foi desenvolvida em Estados unitários, ao qual se atribuía a responsabilidade por um ato de império de caráter genérico que acabava onerando todos os contratos celebrados. Por outro lado, num cenário federativo como é o caso do Brasil, acontece de o ente que celebrou contrato também ser atingido por uma medida tomada por outra pessoa jurídica política. Nesse caso, nem o contratado pode ser responsabilizado pelo inadimplemento, nem o ente que firmou o contrato. Daí o motivo de se utilizar, nesses casos, a teoria da imprevisão.

No entanto, filia-se à corrente defendida por José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 214) e Simone Zanotello (2023, p. 82). Esses autores entendem que o "príncipe" é o estado ou qualquer de suas manifestações internas, não importando a que ente federado pertença. Carvalho Filho é adepto desse entendimento e defende que a teoria do fato do

príncipe seria aplicável, por exemplo, num ato oriundo da União Federal que atingir um particular que tenha um contrato com um Estado-membro.

O art. 134, da Lei nº 14.133/21, disciplina a mais clássica hipótese de fato do príncipe, ou seja, a elevação de carga tributária, que foi feita de forma genérica, sem estabelecer qualquer distinção sobre o ente responsável pela oneração, mas reconhecendo o cabimento do reequilíbrio:

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Nem sempre a incidência de um tributo configura hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro. Como explica Irene Nohara (2022, p. 406), deve haver nexo de causalidade entre a medida geral do estado e sua repercussão sobre o equilíbrio de determinado contrato administrativo. Trata-se do ocorrido e relatado na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal²³ da década de 1980:

Se o contrato com a Administração foi concluído quando vigentes condições conhecidas do imposto de importação de um bem indispensável à execução de contrato, mas sobreveio nova regulamentação tributária, onerosa e imprevisível, ocorreu “fato do príncipe”, o qual legitima a revisão da economia do contrato, quanto às condições primitivas.

Cabe examinar se essa incidência configura como um "custo" para o contratado executar o ajuste, somente nesse caso haverá direito à recomposição. Deverá haver um vínculo entre o encargo e a prestação. Um exemplo constantemente citado pela doutrina diz respeito ao imposto de renda, que incide sobre o resultado das atividades empresariais, e não sobre o contrato em si. Portanto, o aumento de sua alíquota não justificará o reequilíbrio econômico-financeiro (JUSTEN FILHO, 2021, p. 121).

3.2.2.3 Fato da administração

O "fato da administração" igualmente se caracteriza como uma álea administrativa, remetendo a ações ou comportamentos que diretamente interferem no contrato administrativo, obstaculizando ou impossibilitando a sua execução. Tal álea pode manifestar-se por meio de uma ação ou omissão da administração. Esta interpretação é predominantemente aceita pela maioria dos estudiosos da matéria.²⁴

²³ STF, RHC, DJ 3.11.1981, p. 10.935.

²⁴ Por todos, pode-se citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que define o fato da Administração como “qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico” (DI PIETRO, 2023, p. 650).

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 666) diverge dessa conceituação, por duas razões. A primeira delas é que o autor entende que o fato da administração não é simplesmente um comportamento da administração, mas é um comportamento irregular, violador dos direitos do contratado, sendo que essa característica é que dá identidade à figura e que a diferencia do fato do príncipe e do *iusvariandi*.

A outra razão é que o fato da administração não necessariamente dificulta ou impede a execução do contrato - isso pode ocorrer, mas não é uma característica indispensável. Para ilustrar, cita que nem sempre o atraso de pagamento resulta na demora no cumprimento do ajuste por parte do contratado. Diante disso, para o autor, o fato da administração é "o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado" (MELLO, 2015, p.667).

Em vista disso, o não cumprimento das cláusulas contratuais por parte da administração resulta em prejuízos para a execução do ajuste.

O fato da administração não está explicitamente mencionado entre as situações que demandam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, conforme estabelecido no art. 124, inc. II, alínea "d", da Lei nº 14.133/2021. Sem dúvida, este dispositivo legal prevê outras consequências diante de determinados descumprimentos contratuais por parte da administração. Dessa forma, atrasos no pagamento podem acarretar em indenizações ao contratado, como especificado no art. 115, da Lei nº 14.133/2021, e o contrato deve ser cumprido integralmente por ambas as partes, segundo as cláusulas acordadas e as normas da lei, sendo cada parte responsável pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

O art. 137, § 2º, inc. IV, da Lei nº 14.133/2021, dispõe que o contratado tem direito à rescisão na eventualidade de atraso superior a dois meses, contados a partir da emissão da nota fiscal, referentes a pagamentos ou parcelas devidas pela administração para despesas de obras, serviços ou fornecimento. Adicionalmente, a não liberação de área, local ou objeto para a execução de obra, serviço ou fornecimento pela administração, nos prazos estabelecidos contratualmente, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto, poderá reverter na extinção do contrato conforme o art. 137, § 2º, inc. V, da Lei nº 14.133/2021.

É importante enfatizar que a ocorrência do fato da administração tem sido tratada juridicamente da mesma forma que as demais áleas extraordinárias, ou seja, permite o reequilíbrio de preços. O evento decorre da premissa lógica de que o contratado assume que a administração cumprirá todas as obrigações estipuladas no acordo. Em teoria, ele não antecipa

que o ente público deixará de tomar as providências de sua responsabilidade, tal situação, para o contratado, é imprevisível e inesperada, e deve, portanto, ser tratada como uma álea extraordinária. Além disso, a recomposição impede a ruptura ou suspensão do acordo, atestando a continuidade da execução contratual, com o propósito de satisfazer o interesse público almejado.

No entanto, o tratamento do fato da administração como hipótese de restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro não é uma matéria mansa e pacífica na doutrina. Convém trazer à pauta o entendimento de que as hipóteses de inadimplemento pela administração sobre as obrigações por ela assumidas poderiam ser solucionadas utilizando-se da indenização do contratado por perdas e danos, por se tratar de uma responsabilidade contratual, em vez do reequilíbrio econômico-financeiro.

Marçal Justen Filho é adepto dessa corrente, pois, para ele, o ato ilícito praticado pela administração na relação contratual gera o dever de indenizar o contratado por perdas e danos. Essa seria a solução jurídica que não se confundiria com o efeito gerado pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, o aumento dos encargos do contratado com alteração do valor original a ele devido (JUSTEN FILHO, 2021, p. 896).

Há concordância com esse raciocínio, porque se o inadimplemento da administração gera a quebra da equação econômico-financeira da contratação, essa ocorrência deveria contar com um tratamento jurídico próprio. Se houve a prática de um ilícito contratual por parte da administração, a solução seria aplicar a figura da indenização do particular por perdas e danos.

Entretanto, reconhece-se, que, em termos práticos, o particular e a própria administração têm preferido a adoção de solução mais simples; então, em vez da indenização, promove-se o reequilíbrio, e o fato da administração assume uma natureza de risco (JUSTEN FILHO, 2021, p. 896).

Nesta teoria, mais um aspecto a ser tratado é se na ocorrência do fato da administração poderia o particular simplesmente parar a execução do contrato, invocando a *exceptio non adimpleti contractus*, da mesma forma como é aplicada nos contratos de direito privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 652) acredita que essa exceção não seria pertinente aos contratos administrativos, visto que o contratado estaria agindo no papel de colaborador da administração pública e, portanto, atuaria buscando o interesse público. Sendo assim, uma paralisação iria de encontro ao atingimento desse interesse.

Essa posição sofreu um abrandamento, pois a própria Lei Geral de Licitações (LGL) já admite a exceção do contrato não cumprido em algumas circunstâncias, como na hipótese de atraso de pagamento por parte da administração após certo lapso de tempo, obviamente sem a mesma extensão do que ocorre nos contratos de direito privado. E, na ocorrência das hipóteses legais, poderá pleitear a rescisão/extinção, tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, aguardando que ela seja deferida.

O fato da administração difere do fato do príncipe, pois, no primeiro, o fato é praticado pela autoridade enquanto "parte" na relação contratual, e, no segundo, é praticado pela autoridade atuando como "autoridade" (DI PIETRO, 2023, p. 645).

Em síntese, diante do exposto, o fato da administração pode ensejar a suspensão do contrato ou a sua paralisação definitiva, sendo que nestes casos não há como se imputar qualquer culpa ao contratado, visto que este não lhe deu causa. Outrossim, o fato da administração também pode representar uma hipótese que resulta para o contratado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da contratação (DI PIETRO, 2023, p. 653).

3.2.3 Álea extraordinária econômica: teoria da imprevisão

Durante a execução contratual, particularmente nos acordos de longo prazo, podem emergir determinadas situações de natureza econômica que tornam inviável a manutenção do contrato conforme originalmente acordado.

Nesse contexto, a teoria da imprevisão significa uma álea econômica extraordinária, decorrente de circunstâncias externas ao contrato (extracontratuais), estranhas à vontade das partes, as quais ultrapassam a normalidade e estão fora de cogitação dos contratantes (DI PIETRO, 2023, p. 654).

3.2.3.1 Fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis

São ocorrências imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis que se revestem de caráter excepcional e, principalmente, são inevitáveis, causando um desequilíbrio ao contrato, tornando a sua execução onerosa para o contratado, ensejando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, com fundamento no art. 124, inc. II, alínea "d", da Lei nº 14.133/2021, ou extinção (DI PIETRO, 2023, p. 659). Enfim, são situações nas quais a parte contratada experimentaria uma perda para a qual não contribuiu, em razão de fatores externos à sua atuação. Nelson Borges arrisca esse aviso.

A "teoria da imprevisão" é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, que ocorre no campo extracontratual — ou "aura" das convenções-, de que se podem valer as partes não enquadradas em situação moratória preexistente, para adequar ou extinguir os contratos — neste caso com possibilidades indenizatórias — sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível (entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível, mas não provável), por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento ou modificação depreciativa considerável da prestação, de sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida (BORGES, 2002, p. 80).

É imprescindível considerar que não é simplesmente a superveniência de eventos que conduz à recomposição, mas a demonstração inequívoca de que o desequilíbrio decorre desses acontecimentos. No âmbito das concessões, por exemplo, Jacintho Arruda Câmara pondera o que pode, de fato, impactar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

Não é qualquer nova obrigação imposta aos concessionários ou mesmo a introdução de ônus (tributários ou não) trazidos por via legislativa que refletem, necessariamente, no chamado equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Isto pode ocorrer em virtude da natureza essencialmente dinâmica da execução dos contratos. Elevação de custos num dado elemento contratual pode vir a ser compensada pela redução de outros encargos, ou mesmo pelo ganho provindo de melhorias nas técnicas de gerenciamento e operação do contrato em execução. [...] Mudanças relevantes cujos custos, porém, sejam absorvíveis em face das peculiaridades e da dinâmica contratual não significam a quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Esta somente se caracterizará nas hipóteses em que for demonstrada a ruptura com o padrão contratual estabelecido inicialmente. Trata-se, portanto, de conceito vago, a ser precisado necessariamente diante de situações concretas em que seja posto (CÂMARA, 2009, p. 170).

Há que se registrar que o art. 124, inc. II, alínea "d", da Lei nº 14.133/2021 não estipula como condição para o reequilíbrio a necessidade de que o fato superveniente possua um efeito significativo, causando uma onerosidade excessiva ao contratado, que impeça a execução do que foi originalmente estabelecido no contrato, não obstante alguns doutrinadores se posicionem nesse sentido.²⁵ A lei apenas fez previsão da ocorrência de um fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, que desestabiliza a relação original entre encargos e remuneração. Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao prescrever que sejam 'mantidas as condições efetivas da proposta', assegura que a relação de proporção entre os encargos e o preço contratado seja mantida, sem que para tanto seja necessária a ocorrência de algo que inviabilize o contrato ou que o contratado a operar em prejuízo. É plausível admitir que variações de custos ordinárias não sejam suficientes para caracterizar desequilíbrio, que existe uma margem ordinária que é própria a todo contrato e que compõe o risco das partes contratantes. No entanto, isso não se confunde com a necessidade de inviabilização do contato ou demonstração de prejuízo por parte do contratado (NIEBUHR, 2022, p. 1117).

²⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua a aléa econômica que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão como "todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado". (DI PIETRO, 2023, p. 654)

O Tribunal de Contas da União²⁶ também já se posicionou nesse sentido, com base na Lei nº 8.666/93:

[...] É que tanto na alínea "d", do inciso II, do art. 65, quanto no 50. Do mesmo artigo, todos da Lei nº 8.666/93 não trazem qualquer referência à materialidade (onerosidade excessiva e insuportabilidade do novo ônus) como condição do reequilíbrio. Prevê, somente, a álea extraordinária e extracontratual, como ainda a comprovada repercussão nos preços contratados. Parecem-me extralegais tais condicionantes para a manutenção do equilíbrio do contratado, sagradamente protegido pela Constituição da República.

A imprevisibilidade dos fatos é uma característica da teoria, que deve ser avaliada dentro de um panorama de razoabilidade. O que é previsível é ordinário e o que é imprevisível é extraordinário. Mas como distinguir a ordinaryidade da extraordinariedade? Marçal Justen Filho demonstra a dificuldade de responder a tal questão.

A distinção entre ordinaryidade e extraordinariedade se relaciona com a probabilidade de ocorrência dos eventos. O critério diferencial não é a mera possibilidade do evento, o que tornaria inútil a distinção: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a álea ordinária. Logo, comporiam a álea extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição. A diferença entre álea extraordinária e ordinária somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau de ordinaryidade se reduz, aumenta o grau de extraordinariedade — e vice-versa. Mas é impossível estabelecer um limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor a outra (JUSTEN FILHO, 2021, p. 894).

Também é possível trazer para o conceito de imprevisível a ideia de que há uma ausência da participação do contratado no evento que causou o desequilíbrio.

A teoria da imprevisão é de origem francesa e traz a aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*,²⁷ do direito privado, representando uma mitigação do princípio rígido da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Carvalho Filho (2022, p. 167) assinala que o princípio da cláusula *rebus sic stantibus* prescreve que o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual o pacto foi ajustado. Nesse contexto, se tais condições sofrerem modificações, o equilíbrio contratual é rompido, não se podendo imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

No Brasil, a teoria da imprevisão é reconhecida tanto no direito público quanto no direito privado, sendo este último por meio de dispositivos do Código Civil de 2002.²⁸ No entanto, em âmbito privado, prevalece a tese de que na aplicação da teoria da imprevisão, os

²⁶ TCU. Acórdão nº 2.933/2011, Plenário. TC 009.229/2009-4, Rel. Min. Rel. Valmir Campelo, Sessão 09 nov. 2011.

²⁷ A expressão "*rebus sic stantibus*", traduzida como "estando assim as coisas", é uma forma sintética da frase latina "*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*", que significa "os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas" (DI PIETRO, 2023, p. 655).

²⁸ Arts. 478, 479 e 480.

encargos extraordinários serão repartidos proporcionalmente entre os contratantes, salvo se existir disposição contratual em outro sentido.

Joel de Menezes Nieburh (2022, p. 1144) tem mesma opinião: “A teoria da imprevisão prevista na Lei nº 14.133/21 não se harmoniza com a prevista no Código Civil”. Embora longa, vale a pena transcrever a explicação do autor.

É que no artigo 478 do Código Civil prescreve que “nos contatos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Em sequência, o artigo 479 do mesmo Código Civil prevê que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. E, enfim, o artigo 480 do Diploma Civil estabelece que, “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Dessa sorte, perante o Código Civil, as partes contratantes não gozam o direito de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, que se reconhece perante os contratos administrativos por força da alínea “d” do inciso II do caput do artigo 124 da Lei nº 14.133/21. A teoria da imprevisão, conforme o artigo 478, do Código Civil, confere o direito de uma das partes contratantes de extinguir o contrato. Nesses casos, o artigo 479 do mesmo Código Civil abre à outra parte propor a modificação equitativa das condições do contrato, proposta essa que precisa ser consentida. E, sob essa perspectiva, a modificação deve ser equitativa, as partes dividem entre si os ônus, sem que uma assegure as mesmas condições contratuais (NIEBURH, 2022, p. 1144).

A disposição contida na alínea "d", do inc. II, do *caput* do art. 124, da Lei nº 14.133/2021, apresenta uma abordagem distinta. Diante de um evento imprevisível ou com consequências incalculáveis, as partes contratantes podem requisitar a modificação contratual. Essa alteração contratual não se destina a distribuir equitativamente os ônus gerados pelo evento causador do desequilíbrio. A modificação tem o objetivo de restaurar o equilíbrio, mantendo a mesma margem entre os encargos (riscos e custos) e o valor do contrato estabelecido no momento da licitação.

É bem verdade que o direito administrativo brasileiro vem rompendo paradigmaticamente com a teoria das áleas em matéria de contratação pública. Essa realidade tem ocorrido desde a publicação da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.179/2004, posteriormente com a publicação da Lei das Estatais, Lei nº 13.303/16 e, por último, com a publicação da Lei nº 14.133/21.

A lógica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo firmada nas leis acima mencionadas é diversa daquela estatuída na Lei nº 8.666/93, sobretudo, nos contratos de longo prazo e de grande vulto.

Essa mutação da lógica da Lei nº 8.666/93 (teoria das áleas) surge porque ao contrário de seguir a lógica da alocação aleatória e *ex post* de riscos contratuais, opta pelasua

alocação específica e *ex ante*, já no momento da celebração do contrato. Nessa proporção, colhe-se do *caput* do artigo combinado com §4º, do art. 103 da lei em questão que uma das diretrizes para a celebração de um contrato é a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Uma leitura combinada dos dispositivos conduz à conclusão de que, quando da assinatura de um contrato, deve haver prévia, expressa e objetiva indicação:

(I) de cada um dos riscos passíveis de incidir sobre a execução do contrato (risco de demanda, geológico, cambial, regulatório);

(II) de qual contraente será responsável por suportá-lo.

A medida significa que não mais se aguardará a situação danosa acontecer para então as partes debaterem de quem será a responsabilidade por absorver o dano – e conseqüentemente se haverá ou não reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

Partindo dessa explanação, é cabível reforçar a lógica quanto à repartição objetiva do risco ao invés da teoria das áleas. Alguns autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro denominam de sujeição imprevista ou fatos imprevistos. Tais fatos de ordem material ou incidentes técnicos seriam aqueles já existentes ao momento no momento da contratação, porém desconhecidos pelos contratantes. Para fundamentar sua opinião, a autora cita o caso de empreiteiro de obra pública que, no curso da execução do contrato, esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato (DI PIETRO, 2023, p. 657).

Pela teoria da álea (extraordinária), primeiro aguarda-se o evento, depois discute-se qual sua natureza, para, somente então, discutir de quem é a responsabilidade e a possibilidade de se fazer a revisão do contrato para reequilibrá-lo. Nesse ínterim, a execução do contrato poderá paralisar dias, meses ou anos. Em sentido oposto, a teoria da repartição objetiva do risco, no momento da licitação, explicita objetivamente todos os riscos que entende incidentes sobre a atividade/objeto pactuado, tanto atinente a situações ordinárias como extraordinárias. De forma prévia, já indica de quem será a responsabilidade por mitigar cada um deles. Tais informações constarão de cláusula contratual própria, ou até mesmo de documento anexo, no que se tem denominado *matriz de riscos*.

Evidentemente, nessa nova sistemática, os riscos não deverão ser alocados de forma aleatória pelo poder público no uso arbitrário do poder exorbitante da administração. Ao contrário, deverão ser alocados de forma racional, eficiente, mediante uma repartição equitativa, ou seja, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos contratantes de mitigá-lo.

A partir do enfoque do capítulo anterior, o arbítrio da administração público uso, não raras vezes, indevido das cláusulas exorbitantes, traz uma preocupação na forma como vai alocar riscos ao particular. Dessa forma, foi que o legislador fixou a necessidade de a administração divulgar a metodologia adotada para a alocação de riscos. Sobre todas essas questões, aprofunda-se melhor no próximo capítulo.

3.2.3.2 Caso fortuito e força maior

Na percepção de Carlos Roberto Gonçalves, a expressão "caso fortuito" é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, que está ligado ao comportamento humano ou até mesmo ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa. Apresenta como exemplos a greve, o motim, a guerra, a queda de um viaduto, o defeito oculto de uma mercadoria, dentre outros. Já a expressão "força maior" é designada para acontecimentos externos ou fenômenos da natureza, tais como raios, tempestades, terremotos (GONÇALVES, 2019, p. 385).

Consoante ao art. 137, inc. V, da Lei nº 14.133/2021, eventos de força maior ou caso fortuito, desde que devidamente comprovados, são considerados motivos para a extinção do contrato, caso inviabilizem a sua execução. É permitida, ainda, a indenização ao prejudicado pelos danos causados, caso não tenha havido culpa ou dolo do inadimplente.

Entretanto, se tais eventos resultarem apenas no desequilíbrio contratual, mantendo a possibilidade de continuidade do vínculo, uma alternativa à extinção do contrato é a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, visando à continuidade da execução do contrato em atendimento ao interesse público. Tal recomposição pode ser efetuada com base no art. 124, inc. II, alínea "d", da Lei nº 14.133/2021, uma vez que haja concordância entre as partes contratantes.

Logo, pela força da legislação, eventos de força maior e casos fortuitos se enquadram na teoria das áleas extraordinárias, sendo possível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 Instrumentos reguladores do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, três mecanismos são tradicionalmente estabelecidos para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, cada qual com seus pressupostos e procedimentos específicos. São eles: o

reajuste, a repactuação e o reequilíbrio econômico-financeiro *estrito sensu*, este último associado à álea extraordinária.

Certamente, todos os produtos disponíveis no mercado estão sujeitos à variação de preço ao longo do tempo. Esta não é uma variação extraordinária ou abrupta, resultante de um evento imprevisível. Em vez disso, é uma variação previsível, regular e gradual, muitas vezes resultante do processo inflacionário.

Em suma, os produtos naturalmente sofrem alterações de preço com o passar do tempo. O mecanismo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato diante deste tipo de variação de preço é o reajuste, conforme definido no inciso LVIII do art. 6º da Lei nº 14.133/21, que deve ser estabelecido em editais e contratos, de acordo com o §7º, do art. 25, e o §3º, do art. 92, ambos também na Lei nº 14.133/21.

A Lei nº 14.133/21 prevê um outro instrumento de preservação do equilíbrio econômico-financeiro contratual denominada de repactuação, definida no inciso LIX do art. 6º, e que deve ser disciplinada no edital e no contrato.

Parte da doutrina entende que a repactuação é uma modalidade especial de reajuste e deve ser empregada nos contratos de prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra (NIEBURH, 2022, p. 1119-1120). Logo, a gênese e a razão de ser da repactuação são os custos de mão de obra, que têm data certa para ser majorados, que corresponde à data-base da respectiva categoria em que deve ocorrer acordo, convenção ou dissídio coletivo.

Além da variação de preço previsível, regular, lenta e gradual, decorrente do processo inflacionário que implica o reajuste, também surgem eventos imprevisíveis e extraordinários, que impactam os insumos e custos do contratado. O instrumento para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato frente a esse tipo de variação de custos é comumente denominado revisão contratual, recomposição ou reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito.

A base legal para essa revisão reside na alínea "d", do inc. II, do art. 124 da Lei nº 14.133/2021, cujo objetivo é "restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro". Assim, dada a ausência de uma denominação direta atribuída pela Lei nº 14.133/21, opta-se por designar a revisão do contrato devido a eventos imprevisíveis como reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito.

Cada um dos instrumentos acima será detalhado a seguir, mas antes é imprescindível mencionar o quarto instrumento de conformação do equilíbrio econômico-

financeiro, inovação contida na Lei nº 14.133/21 para as pessoas de direito público interno, qual seja, a matriz de risco.

A utilização da matriz de risco como um mecanismo para preservar o equilíbrio econômico-financeiro não representa uma inovação no sistema jurídico, uma vez que já estava prevista na legislação das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04) e na legislação das empresas estatais (Lei nº 13.303/16). No entanto, é a primeira vez que uma legislação possibilita a alocação objetiva de riscos em contratos celebrados por entidades governamentais de direito público interno de maneira geral. Essa distinção tem um impacto substancial na busca pela eficiência do estado.

De toda forma, é necessário reorganizar os processos e procedimentos dentro da administração pública, uma vez que a alocação objetiva de riscos requer uma série de ações e etapas prévias relacionadas à governança pública e à gestão de riscos propriamente dita. Como tem sido anunciado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), esse aspecto ainda não está satisfatoriamente desenvolvido no Brasil.

Para se ter clareza da mudança paradigmática adotada pela Lei nº 14.133/21, quanto ao direito ao reequilíbrio, é preciso ler com atenção o art. 124, inc. II, “d” e compará-lo ao art. 65, inc. II, “d”, da antiga lei.

Lei nº 8.666/93 Alínea “d”, do inciso II, do artigo 65	Lei nº 14.133/21 Alínea “d”, do inciso II, do artigo 124
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 fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.	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.

Fonte: NIEBUHR, 2022, p.1147.

De fato, é possível observar que o art. 124, inc. II, alínea "d" da nova lei de licitações não faz mais menção à teoria das áleas (ordinária e extraordinária). Em seu lugar, o dispositivo enfatiza a necessidade de respeitar "em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato". Essa alteração indica claramente que a nova legislação de

licitações adota o critério de eficiência econômica alocativa em substituição à teoria das áleas, que se mostrava insuficiente.

Tradicionalmente, sob a Lei nº 8.666/93, no âmbito dos contratos administrativos, os riscos eram categorizados com base na lógica da teoria das áleas (de origem francesa, cujo princípio foi incorporado no art. 65, II, "d"). Esta abordagem se mostrava adequada para regulamentar os eventos, incertezas e imprevistos que poderiam surgir durante a execução do contrato.

Como afirma Di Pietro (2023, p. 660), basicamente a álea ordinária era atribuída ao contratado e vinculada aos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial. A álea extraordinária, seja administrativa (aquela que decorre de uma ação estatal, como é o caso da alteração unilateral, fato da administração ou fato do príncipe), seja econômica (procedente de circunstâncias exógenas ao contrato e à própria vontade das partes), viabiliza o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, recai sobre o poder concedente o dever de promover os ajustes necessários para reposicionar o equilíbrio das prestações inicialmente estabelecidas entre as partes.

Contudo, conforme explica Emílio Borges e Silva, com o passar do tempo e avanço na complexidade das demandas sociais, “a teoria das áleas revelou-se insuficiente para desvendar intrincadas questões que permeavam os contratos públicos, sobretudo, nos contratos mais duradouros” (SILVA, 2023, p. 27).

A esse respeito, Perez (2006, p. 115) pondera que “a teoria das áleas ordinária e extraordinária se apresenta como uma solução por demais simplista”, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas contratações públicas. Para o referido autor, a teoria das áleas (ordinária e extraordinária) fornece uma divisão um tanto vaga e subjetiva dos riscos. Porém, com a Lei nº 14.133/21, há uma tentativa de detalhar melhor os riscos assumidos por cada uma das partes do contrato administrativo, levando em conta as especificidades de cada caso. Este movimento busca, de certa forma, alterar a tradicional divisão de riscos fundamentada na teoria das áleas.

Segundo a parte final do art. 124, II, "d", a nova legislação permite a substituição da teoria das áleas pela distribuição objetiva do risco contratual. Significa que, em geral, ao adotar a matriz de risco, opta-se por substituir a definição *ex post* (após o fato) da teoria das áleas pela divisão nominal e objetiva dos riscos (*ex ante*, ou seja, antes do fato ocorrer). Isso implica uma alteração na forma como se busca manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, exceto na situação prevista no art. 133, I da referida lei.

Portanto, a adoção da matriz de risco na Lei nº 14.133/21 visa a uma maior precisão e transparência na distribuição de riscos nos contratos administrativos, propiciando uma melhor previsibilidade e gestão desses riscos por todas as partes envolvidas.

Sobre essa transição, Garcia ilustra que o fenômeno decorreu da natural adequação do Direito à realidade:

A causa dessa impactante evolução em tema tão relevante para o direito administrativo contratual não decorreu propriamente de uma espontânea revisitação doutrinária, mas de uma necessária adequação do Direito à realidade, como, de resto, acontece com vários fenômenos jurídicos que não podem ficar alheios aos acontecimentos do mundo dos fatos. Em verdade, a moldura normativa e doutrinária que explicitava o que era *álea ordinária* e *álea extraordinária* já não mais apresentava as virtudes pragmáticas e funcionais de outrora. Desse modo, zonas e limites entre as *áleas* não eram mais nítidos e estanques, bem como a própria classificação teórico-conceitual não mais respondia às expectativas de contratos administrativos, que se relevam cada vez mais complexos e intrincados, mormente porque estruturados a partir de uma teia relacional e multipolar (GARCIA, 2023, p. 48).

Em suma, percebeu-se que a divisão de riscos determinada no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das *áleas*, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários, e o poder concedente, os riscos extraordinários (NATAL, 2013, p. 229-230).

Nessa perspectiva, o contrato administrativo pode ser um instrumento de alocação de riscos, inclusive em relação à *álea extraordinária*. Assim, exemplifica Ronny Charles Torres, é possível que determinado risco, relacionado a caso fortuito, seja previsto contratualmente como responsabilidade do contratado (o qual poderá utilizar instrumentos como seguros, para coibir tal risco). Nesta hipótese, ocorrendo o evento, não haverá direito a reequilíbrio econômico (TORRES, 2021, p. 641).

Essa compreensão viabiliza que os contratos administrativos implementem uma matriz de riscos para a responsabilidade por eventos específicos que são difíceis de prever concretamente, mas que podem potencialmente impactar a equação econômico-financeira do contrato.

Através da matriz de riscos, o contrato administrativo tem a capacidade de estipular que certos riscos extraordinários sejam alocados ao contratado. Essa ferramenta, que é um anexo ou cláusula contratual, delibera a distribuição de riscos entre os participantes do contrato, com o propósito de atingir uma alocação mais eficiente.

Como asseverou Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, “a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não de valor” (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 120). A ideia é que a distribuição de riscos deve ser feita de uma maneira

que maximize a eficiência econômica. Outra teoria é que os riscos são mais bem carregados por aqueles que estão melhor equipados para gerenciá-los ou absorvê-los.

Não é necessariamente uma questão de quem "merece" assumir o risco, mas sim de quem pode lidar com o risco da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico. No entanto, é importante notar que a alocação do risco deve ser sempre precificada pela administração, sob pena de se tornar uma prática arbitrária.

A alocação apropriada de riscos associados a certas atividades abrangidas pelo contrato, estabelecendo quem são os responsáveis e proporcionando maior transparência na definição de responsabilidades, simplifica o cálculo adequado das propostas pelos licitantes e evita conflitos desnecessários durante a execução do contrato.

Assim, a repartição objetiva de riscos transcorre da evolução da própria teoria das áleas. A alocação contratual de riscos detalhada de forma objetiva no contrato passa a articular uma estrutura racional de incentivos entre as partes, induzindo a adoção de comportamentos que levem em consideração a assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência de evento descrito no contrato.

3.3.1 Reajuste

O reajuste é o instituto utilizado para a atualização do valor remuneratório do contrato ante as perdas inflacionárias ou majoração dos insumos, mantendo-se o valor da moeda, numa ação preventiva de equilíbrio econômico-financeiro, para evitar futuras revisões. Marçal Justen Filho destaca que o reajuste possui dois pressupostos: (i) previsível ocorrência da inflação no período entre a formulação da proposta e a execução/pagamento do ajuste; b) imprevisibilidade do montante dos índices inflacionários no período (JUSTEN FILHO, 2021, p. 643).

Nas palavras de Jacintho Arruda Câmara, o reajuste é previsto para situações nas quais, mesmo se preservando as cláusulas do contrato e a sua plena execução, há fatores externos que geram desequilíbrio na equação que foi prevista inicialmente. Por essa razão, a legislação impõe que os contratos disponham cláusula com critério de reajuste, com o objetivo de que, transcorrido certo lapso de tempo, oscilações monetárias não venham a afetar a efetiva remuneração que foi destinada ao contratado (CÂMARA, 2019, p. 6968).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, por meio do reajuste, o contratado e a administração "adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos

valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes" (MELLO, 2015, p. 674). Portanto, as partes acautelam-se dos riscos, promovendo um ajuste na própria convenção por meio da não disposição de um valor fixo.

O reajuste é apenas uma correção do valor que foi proposto na licitação, sem uma alteração nominal, ou seja, sem que haja um aumento ou redução no valor do contrato, mantendo-se, com isso, seu valor real. Nesse caso, a administração apenas "toma à frente da inflação, prevendo como os efeitos dela devem repercutir no contrato, com o escopo de evitar que o equilíbrio econômico-financeiro dele seja rompido" (NIEBUHR, 2022, p.537). Isso porque não faria sentido o contratado assumir o risco dos índices inflacionários, visto que esse contratempo é um fenômeno que está totalmente fora de seu controle.

Na Lei nº 14.133/2021, o art. 60, inc. LVIII, define reajustamento em sentido estrito, como uma das formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A revisão consiste na aplicação do índice de correção monetária previsto no ajuste, sendo que esse índice deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

De acordo com o art. 25, §7º, da Lei nº 14.133/2021, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatório que a administração preveja no edital índice de reajustamento de preço, com data-base próxima à data do orçamento estimado. Há probabilidade de ser instituído mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

Tratando de serviços contínuos, o reajustamento em sentido estrito será utilizado quando não houver regime de dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra, mediante a previsão de índices específicos ou setoriais. Nesse caso, deverá ser observado o interregno mínimo de 1 (um) ano. Quando houver regime de dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra, haverá a aplicação do instituto da repactuação, que será visto mais adiante. Por fim, o art. 92, V, prescreve que é cláusula indispensável a todo contrato aquela que estabeleça os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços.

Portanto, as regras do reajuste devem contar com previsão no edital e no contrato, cabendo à administração a escolha do índice (específico ou setorial) que será utilizado para o cálculo. Além disso, é um ajuste automático de valor de acordo com fórmula ou sistema pré-estabelecido no contrato.

E no caso de ausência de previsão de reajuste nesses instrumentos, como ficaria o direito do contratado ao reajuste? Em princípio, entende-se que a ausência da cláusula de reajuste em pactos de longo prazo configuraria um vício no edital e no contrato, em virtude da

obrigatoriedade de sua presença nesses instrumentos, de acordo com exigência contida na legislação. Por essa razão, uma consequência dessa omissão poderia ser o desfazimento da licitação e do contrato com efeitos *extunc*.

No entanto, Joel de Menezes Niebuhr (2022, p. 538) também vislumbra a possibilidade de "convalidação", que importaria na correção do vício de legalidade existente, sendo que, nesse caso, a administração poderia promover a alteração do contrato, por meio de aditivo, para dispor o critério de reajuste.

Por outro lado, se os atrasos são ocasionados por culpa do contratado, esse não faz jus ao reajuste. Nesse contexto, o que afirma Hely Lopes Meirelles tem relevância:

O reajustamento de preços está intimamente relacionado com a correta execução do ajuste, visto que os atrasos ocasionados pelo contratado eximem a Administração de proceder à correção. Nem seria admissível que o inadimplente tirasse vantagem da sua própria culpa ou dolo, onerando o Poder Público em razão do retardamento na execução do contrato (MEIRELLES, 2016, p. 276).

Mais uma questão a ser trazida diz respeito ao reajuste não retratar a variação efetiva para afastar o desequilíbrio econômico-financeiro. Nesse âmbito, se os índices constantes do contrato estão em discrepância com a realidade, há que se apurar de forma objetiva a verdadeira elevação ocorrida, a fim de reajustar os preços de acordo com os padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira inicialmente prevista.

No que concerne à periodicidade do reajuste, essa é tratada na Lei federal nº10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real. O art. 30 do referido diploma legal estabelece que os contratos em que seja parte órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições da referida lei e no que com ela não conflitem da Lei nº 8.666/93.

Já o art. 10 fixa a questão da periodicidade anual do reajuste, prescrevendo que será contada a partir da data-limite para apresentação da proposta ou do orçamento e não a partir da assinatura do contrato. Trata-se da chamada "periodicidade mínima do reajuste".

Nesse cenário, pode ocorrer de a licitação apresentar uma demora em seu trâmite e somente ser concluída após 12 (doze) meses da data de apresentação da proposta. Como exemplo, pode-se citar uma licitação que ficou suspensa por vários meses em prol de uma ordem judicial prolatada em sede de mandado de segurança e, quando foi concluída, já haviam transcorridos 15 (quinze) meses da data de apresentação da proposta. Nesse caso, o licitante vencedor, em ato precedente à assinatura do contrato, requer a aplicação do reajuste previsto no edital, em razão de terem transcorridos mais de 12 (doze) meses da data de apresentação da proposta.

Em situações como essa, o Tribunal de Contas da União²⁹ tem orientado que se firme o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, que se celebre termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativo ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação da proposta ou data do orçamento. Os demais reajustes devem ser efetuados em períodos múltiplos de um ano, orientados por esse marco inicial.

Particularmente, discorda-se do Tribunal de Contas da União, pois se entende que a melhor solução seria firmar o contrato com o valor reajustado. Não há sentido em assinar um contrato sabidamente desequilibrado por razões meramente formais, para somente após promover o reajuste. A formalidade não pode ser um fim em si mesmo. Isso dificulta a própria contratação, pois, como já manifestado anteriormente, por diversos motivos a administração goza de um enorme descrédito junto aos fornecedores. Sendo assim, exigir que o fornecedor assine um contrato com seu preço sabidamente defasado devotando confiança ao poder público para operacionalizar o reacerto após a vinculação formal em fornecer pelo subpreço, não parece uma medida eficiente, podendo facilitar recusa por parte do particular e comprometimento da eficácia do processo de contratação.

Mais uma questão que se apresenta em relação ao reajuste em sentido estrito, é se ele deve ser concedido de ofício ou se necessita de solicitação expressa por parte do contratado. Hodiernamente, prevalece o entendimento de que o reajuste, por estar disciplinado em edital e em contrato, e contar com índices setoriais ou específicos, após decorridos os doze meses, deverá ser concedido de ofício, independentemente do requerimento do contratado. (NIEBUHR, 2022, p. 1129; CHARLES, 2021, p. 660)

Portanto, pertence à administração apenas dar cumprimento ao que está acordado no instrumento contratual, por representar direito do contratado. Somente uma renúncia expressa seria fundamento para a não aplicação do reajuste de forma automática.

Todavia, alguns órgãos e entidades têm disciplinado em seus contratos que o reajuste deverá ser solicitado pelo contratado, ou seja, não há uma concessão automática do instituto.

O instrumento convocatório deve estabelecer prazos e condições para que o contratado pleiteie o reajuste junto à administração. Aliás, em função das restrições orçamentárias pelos quais os órgãos e entidades estão submetidos, os reajustamentos também acabam sendo negociados com os contratados, com o objetivo de a administração obter

²⁹ TCU. Acórdão nº 474/2005, Plenário, TC 003.671/2005-0, Min. Rel. Augusto Sherman, Sessão 27 abr. 2005.

redução nos índices a serem aplicados, buscando preços mais vantajosos para a contratação. De igual modo, ainda há previsão de que a não solicitação de reajuste pelo contratado, nos prazos e condições estabelecidos no edital, faz com que ele perca o direito a essa atualização de valores, devendo manter os preços até então praticados.

No âmbito do Tribunal de Contas da União³⁰ também há entendimento, no sentido de que o reajuste, sendo um direito patrimonial disponível, deve ser expressamente solicitado pelo contratado para que possa ser concedido.

Em matéria de licitação, professores como Ronny Charles e Marcos Nóbrega (2021) buscam uma maior proximidade com a teoria do contrato e um afastamento da teoria do ato administrativo. Esse movimento leva inevitavelmente a reflexões no campo da análise econômica do direito (AED).

No que diz respeito à preclusão ou não do reajuste, percebe-se uma posição dos eminentes juristas ancoradas no direito administrativo "potestativo às avessas".³¹ *Data venia*, discorda-se da ideia de que o reajustamento deva ocorrer de forma automática pelo simples fato do instrumento contratual conter todos os elementos necessários ao apostilamento.

A nova lei elevou o planejamento a uma categoria de princípio para todos os envolvidos no processo licitatório, ou seja, também é responsabilidade do particular planejar suas ações. Se o reajuste contempla um direito patrimonial disponível, a simples referência no contrato não assegura a efetividade desse direito. É necessário que o particular o reivindique. Se concentrar na teoria do contrato, a tendência é uma aproximação cada vez maior entre o contrato administrativo e o contrato da administração (regime de direito privado). Nessa lógica, imagina-se um contrato de aluguel, independentemente da presença de todos os elementos para o devido reajuste anual, a praxe não é o locatário de ofício reajustar o valor contratado. Caso o locador (credor) não apresente a planilha contendo o reajuste conforme índice preestabelecido, o *status quo* contratual permanece.

Aliás, considerando o reajuste um direito patrimonial disponível, não é razoável que o credor não solicite o reajuste no primeiro ano, não solicite no segundo, não solicite no terceiro ano e apenas ao se dar conta de que opera com margem de lucro reduzida pretenda requerer o reajuste retroativo, alegando suposta obrigação do poder público.

O dever de planejamento não obriga apenas a administração, mas todos aqueles que participam da relação contratual. Ademais, como fica o equilíbrio orçamentário-

³⁰ TCU. Acórdão nº 1.240/2008, Plenário, TC 011.456/2008-1, Aud. Rel. André Luis de Carvalho, Sessão 25 jun. 2008.

³¹ Faz-se referência ao termo "às avessas", pois trata de uma obrigação de proteção ao direito do particular. Seria o estado tutelando o direito do particular contrário a conduta de arbítrio no manejo de suas prerrogativas.

financeiro do ente contratante? Se o contratado permaneceu em silêncio, é coerente entender que ele renunciou ao seu direito e aceitou continuar a execução do objeto contratado pelo valor inicial. Com base nesta expectativa legítima na permanência dos valores já praticados, o gestor poderá remanejar parte da dotação orçamentária e/ou financeiro para outra ação. Afinal, os recursos são limitados e as demandas infinitas.

O comportamento contraditório do contratado viola o princípio *venire contra factum proprium*. O princípio da boa-fé impõe aos contratados o dever de mitigar suas próprias perdas, ou seja, o contratado deve planejar suas ações e solicitar o reajuste em tempo hábil ou, pelo menos, expressar a intenção de exercer seu direito de maneira clara e oportuna.

A Lei nº 14.133/21 é clara ao fixar no parágrafo único do art. 131³² que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação. Veja que a lei se referiu ao pedido de restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro, que poderá ser tanto o reajuste, a repactuação ou o reequilíbrio em sentido estrito.

Como bem observa Sidney Bittencourt, a tendência é que:

[...] o dispositivo seja adotado como fundamento para rejeitar qualquer tipo de pedido de reequilíbrio, seja por meio de reajuste, revisão ou repactuação, que não tenha sido objeto de pedido prévio ao término da vigência contratual e à celebração do aditivo de prorrogação (BITTENCOURT, 2021, p. 794).

Neste trabalho, pelas razões acima expostas, filia-se ao entendimento defendido por Sidney Bittencourt no sentido de rejeitar qualquer tipo de pedido de reequilíbrio, seja por meio de reajuste, seja revisão, seja repactuação, que não tenha sido objeto de pedido prévio ao término da vigência contratual.

3.3.2 Repactuação

Para Joel de Menezes Niebuhr, "a repactuação é o instrumento para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de terceirização de serviços contínuos firmados pela Administração Pública Federal" (NIEBUHR, 2022, p. 558).

A repactuação foi adotada inicialmente pela administração pública federal por meio do Decreto nº 2.271/97, que foi revogado pelo Decreto nº 9.507/2018, o qual manteve o instituto.³³ A repactuação ainda é rotulada uma espécie de reajuste por parte da doutrina.

³² Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

³³ De acordo com o art. 12 do decreto federal n. 9.507/2018, será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado.

Quando da edição da Lei nº 8.666/93 a terceirização de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra não era tão difundida na administração pública. Aquela lei não previu uma forma específica de recomposição para esse tipo de contrato, o que somente foi previsto em 1997, com a edição do decreto.

A constitucionalidade da repactuação foi questionada, tendo em vista a sua previsão em decreto e não em lei. Em função disso, a jurisprudência classificou a repactuação como uma espécie de reajuste (CHARLES, 2021, p. 675).

Entretanto, a repactuação atrelada à aprovação da convenção, acordo ou dissídio coletivo de trabalho, muito mais se assemelha a uma hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro por fato previsível, mas de consequência incalculável do que reajuste propriamente.

Na Lei nº 14.133/2021, a repactuação aparece de forma expressa, sendo definida no art. 60, inc. LIX, como:

[...] forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

O instituto considera a variação real do custo de produção, calculado no momento da data-base da categoria dos profissionais disponibilizados para a administração pelos contratados, durante um acordo, convenção ou dissídio coletivo. A repactuação implica que a alteração dos custos do contrato seja evidenciada analiticamente, em conformidade com a planilha de custos e formação de preços apresentada junto à proposta durante a licitação. Assim, o contrato é ajustado na mesma proporção de desequilíbrio demonstrado pelo contratado.

A repactuação é aplicável em contratos de serviços contínuos que envolvem regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, observando-se um intervalo mínimo de 1 (um) ano a partir da data de apresentação da proposta ou da data da última repactuação. Com a repactuação, é possível refletir no contrato o aumento efetivo dos custos de mão de obra durante o período em questão.

As majorações decorrentes da repactuação são devidas desde a data em que passou a vigor o aumento salarial efetivo da categoria profissional. Com relação ao prazo para solicitação da repactuação por parte do contratado, o entendimento é de que ele deve ser

pleiteado no máximo até a próxima prorrogação do contrato sob pena de preclusão. Esse posicionamento foi adotado pelo Tribunal de Contas da União:³⁴

[...] 5. A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional, que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.

Portanto, o pedido de repactuação deve ser feito no momento oportuno pelo contratado, viabilizando a análise da conjuntura do mercado na ocasião da prorrogação e a avaliação da vantagem da manutenção do contrato após eventual repactuação.

De acordo com a nova lei de licitações, o contrato deverá contar com cláusula que estabeleça o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços (art. 92, inc. X), sendo que esse prazo deverá ser preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação que comprove a variação dos custos.

Por conseguinte, a repactuação deve ser precedida de uma solicitação formal do contratado, acompanhada de uma demonstração minuciosa da variação dos custos, por meio da apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação, conforme estipulado pelo art. 135, § 6º, da NLLC.

A legislação vigente permite que a repactuação seja dividida em múltiplas parcelas, respeitando sempre o princípio de anualidade do reajuste de preços do contrato. Dessa maneira, ela pode ser realizada em momentos distintos, com o intuito de abordar a variação de custos que possuem anualidades diferentes, tais como os decorrentes de mão de obra e de insumos necessários para a execução dos serviços, nos termos do art. 135, §4º, da NLLC.

A nova lei ainda especifica que, nos contratos que envolvam mais de uma categoria profissional, a repactuação poderá ser dividida conforme o número de acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias abrangidas pelo contrato, de acordo com o art. 135, § 5º.

A variação do valor contratual para fazer face à repactuação de preços previstos no próprio contrato não caracteriza uma alteração contratual. Pode ser realizada por simples apostilamento, sendo dispensada a celebração de termo aditivo.

³⁴ TCU. Acórdão n. 1.827/2008, Plenário, TC 027.973/2007-2, Min. Rel. Benjamin Zymler, Sessão 27 ago. 2008.

No art. 135 da nova lei, os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada, conforme segue: (i) à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado; (ii) ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra (NIEBUHR, 2022, p. 568).

Em resumo, concorda-se que as críticas são relevantes e uma solução para essa questão poderia ser a aplicação de uma cláusula de recomposição de preços híbrida nos contratos de prestação de serviços que comprometam custos além da mão de obra. Nesta circunstância, a repactuação poderia ser utilizada para avaliar a variação dos custos com mão de obra, enquanto o reajuste, por intermédio de índices específicos ou setoriais, poderia ser aplicado para atualizar os valores dos demais elementos do contrato.

3.3.3 Reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito

O reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito (a revisão ou realinhamento ou recomposição) são alterações no valor do contrato, decorrentes de circunstâncias excepcionais, que possuem fundamento no art. art. 124, inc. II, alínea "d", da Lei nº 14.133/2021.

Em linhas gerais, se as condições da época da proposta são modificadas, sem que o contratado tenha condições de prever essas alterações, e elas repercutem na equação econômico-financeira do contrato, aumentando ou diminuindo os custos do que foi contratado, está diante da necessidade da revisão.

A nova lei de licitações acrescentou a esse instituto a necessidade de respeitar, em qualquer caso, a repartição objetiva de riscos que eventualmente foi estabelecida no contrato.

Ademais, há que se avaliar a extensão dessa repercussão, pois na avaliação de Joel de Menezes Niebuhr, "o aumento de 20% (vinte por cento) de um dos insumos utilizados pelo contratado não autoriza o aumento em mesma proporção do valor total do contrato" (NIEBUHR, 2022, p. 557).

Portanto, é preciso apurar em qual montante esse insumo repercute no valor do ajuste. Logo, se o insumo representar 10% (dez por cento) do valor total do contrato, por exemplo, este deve sofrer majoração de somente 2% (dois por cento).

O reequilíbrio não depende de previsão em edital ou em contrato e também não apresenta requisitos de periodicidade mínima. Ao contrário do reajuste que somente poderá ser concedido após o período de doze meses da data da proposta ou do orçamento, a revisão não está adstrita a nenhum prazo mínimo. Pode ser no mesmo dia da assinatura do contrato, por exemplo, se nessa data ocorrer o evento gerador do desequilíbrio (NIEBUHR, 2022, p. 546).

A revisão deve ser formalizada por meio de termo aditivo, por representar uma alteração contratual consensual. Este deverá ser submetido à análise da assessoria jurídica, bem como ter publicado seu resumo em órgão de imprensa oficial.

Por último, não é permitido proceder à revisão do contrato em razão de custos não previstos ou gerados pelo próprio contratado, se este agiu com desídia, negligência ou ineficiência. É dever do contratado, por ocasião da licitação, dispor tudo o que for previsível, e a revisão do contrato somente será pertinente diante de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, mas que não sejam imputados ao contratado (NIEBUHR, 2022, p. 546).

3.3.4 Atualização monetária

Diferentemente da Lei nº 8.666/93, a nova lei de licitações não definiu um prazo máximo de pagamento. No entanto, este deverá ser delimitado no edital e no contrato.

Na nova lei de licitações, o art. 92, inc. V, constitui cláusula necessária em todo contrato aquela que estabelece os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Simone Zanotello de Oliveira adverte que:

[...] esses dispositivos carecem de cautelosa interpretação. Em tese, não entendemos ser cabível a previsão da atualização financeira, por conta da sistemática adotada por meio do Plano Real”. Segundo Marçal Justen Filho, ‘a figura destinava-se a assegurar compensação pela inflação ocorrida entre a data da execução da prestação e o efetivo pagamento’, situação não mais contemplada pela legislação, pois a Lei nº do Plano Real trata a questão inflacionária com periodicidade anual. No entanto, o contratado não pode ficar à mercê de uma atuação irresponsável da Administração, que eventualmente não cumpre os prazos de pagamento, pois ela tem o dever de honrar a prestação assumida, no prazo e nas condições determinadas e, caso infrinja esse dever, está sujeita à obrigação de indenizar o contratado por perdas e danos, sob pena de configurar um enriquecimento sem causa para ela (OLIVEIRA, 2022, p. 109).

Em síntese, a correção monetária tem a finalidade de salvaguardar o valor do pagamento a ser efetuado pela administração ao contratado, quando este já cumpriu o serviço,

realizou a obra ou entregou o bem. Por sua vez, o setor público efetua os pagamentos com atraso em relação ao prazo estabelecido no contrato.

3.3.5 Matriz de risco como instrumento de definição do equilíbrio econômico-financeiro

Como regra geral, o art. 22, *caput*, da Lei nº 14.133/21, dispõe que o edital pode incluir uma matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. Isso significa que é uma opção disponível para a administração e não um dever. No entanto, o § 3º do mesmo artigo obriga a utilização da matriz de riscos em casos específicos, como nas contratações integradas e semi-integradas ou de grande vulto.

As obras, serviços e fornecimentos de grande porte, conforme definido no inc. XXII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, são aqueles com um valor estimado acima de R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte oito milhões de reais).³⁵ Além disso, o Tribunal de Contas da União (TCU)³⁶ tem se inclinado a considerar obrigatória a elaboração de matriz de risco em todos os contratos de obras, independentemente do regime de contratação.

A matriz de riscos tem o objetivo de identificar e alocar os riscos entre as partes contratantes, de modo a clarificar quais riscos são assumidos por cada uma delas. A premissa subjacente é que os riscos são devidamente precificados e constituem encargos para as partes envolvidas.

Através da matriz de riscos, a administração define de forma precisa e específica a responsabilidade, seja para si mesma, seja para o contratado, seja, quando aplicável, de forma compartilhada. Essas informações fornecem uma base mais sólida, para que os interessados na licitação compreendam seus encargos e possam elaborar suas propostas de forma mais adequada. Dessa forma, o interesse da matriz de riscos é promover maior segurança jurídica para as partes contratantes.

O inc. XXVII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, conceitua a matriz de riscos como a “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 [...]”. A alínea “d”, do inc. II, do *caput* do art. 124, da Lei nº 14.133/2021, determina que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deve respeitar “[...] a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”.

³⁵ Valor atualizado pelo Decreto nº 11.317, de 29 de dezembro de 2022.

³⁶ TCU. Acórdão nº 4.551/20.

Nesse sentido, a matriz de riscos desempenha um papel primordial na definição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Com base nos riscos identificados na matriz e nos custos projetados pelo interessado, é possível visualizar o conjunto de encargos envolvidos e estabelecer a proposta adequada. Por esse motivo, o § 3º, do art. 103, da Lei nº 14.133/21, dá conta de que “a alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação”.

Os riscos não devem ser confundidos com o próprio equilíbrio ou a equação econômico-financeira, pois eles são apenas uma parte desse processo. A equação econômico-financeira é representada pela relação proporcional entre os encargos, que incluem riscos e custos e o preço contratado (NIEBUHR, 2022, p. 528).

A matriz de riscos é fruto da competência discricionária (relativa) da administração pública. É ela, com ampla liberdade, respeitadas algumas diretrizes estabelecidas na Lei nº 14.133/21, que produz a matriz de riscos. Logo, decide se dado risco futuro é alocado a si, ao contratado ou se ele deve ser compartilhado.

O risco alocado a uma das partes compõe os encargos dela, por efeito do que deve ser precificado por ela, caracterizando o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato administrativo. A ocorrência do risco, nessa medida, não causa desequilíbrio contratual, porque já está no preço contratado ou deveria estar definida.

Efetivamente, isso implica que a administração possui uma boa margem de discricionariedade para averiguar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Como exemplo, um determinado risco pode ser atribuído ao contratado, mesmo que se materialize posteriormente como um evento imprevisível. A matriz de risco não contempla eventos em concreto, mas apenas riscos identificados.

Nesse cenário, a ocorrência desse evento imprevisível durante a execução do contrato não constituirá uma causa de desequilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a administração não será obrigada a realizar uma alteração contratual nem a alocar recursos adicionais para lidar com esse evento, pois o referido risco já foi inicialmente considerado e incluído nas responsabilidades do contratado.

Diante do poder discricionário de distribuir riscos e estabelecer a equação econômica do contrato, Joel de Menezes Nieburh apresenta essa proposição:

Diante dessa perspectiva torna-se cada vez mais relevante a discussão sobre os limites das competências discricionárias da Administração Pública para estabelecer e ajustar o equilíbrio econômico-financeiro por meio da matriz de riscos. É importante ressaltar que a discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade. Assim, a liberdade concedida à Administração é necessariamente delimitada por meio da aplicação de uma metodologia específica para a definição dos riscos,

avaliação do apetite ao risco e consideração da capacidade das partes envolvidas em lidar com determinados riscos. Essa abordagem visa garantir a justiça e a equidade nas relações contratuais, evitando que a Administração exerça sua discricionariedade de maneira arbitrária e desproporcional (NIEBURH, 2022, p. 1121).

Ressai da experiência observada na lida com a administração pública, uma prática inadequada da cláusula de risco. São dois os motivos. O primeiro deles já foi exaustivamente abordado no primeiro capítulo, qual seja, o ranço autoritário da cláusula exorbitante. O segundo ocorre devido à falta de capacitação dos agentes públicos, que, muitas vezes, não possuem conhecimento e habilidade para realizar a gestão de riscos adequadamente. Elaborase uma matriz de risco sem o prévio procedimento de gestão do risco (identificação, avaliação, tratamento e monitoramento) apenas com ênfase nos formulários-padrão – o chamado “checklist”.

É comum que esses órgãos se limitem a utilizar modelos genéricos de matriz de risco ou escalas de impacto e probabilidade, sem uma análise crítica ou reflexão apropriada. Embora o uso de modelos preestabelecidos possa ser válido, desde que sejam devidamente adaptados e contextualizados, é essencial que haja um trabalho adequado de adaptação e personalização desses modelos para garantir sua efetividade.

Ainda há que se observar o limite constitucional para a repartição objetiva de riscos fixados no inc. XXI, do art. 37, da Constituição Federal. Talvez a mais relevante, no tocante à matriz de riscos, é que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos representa reserva de proteção ao contratado em face da superioridade da administração. Essa reserva foi enfatizada nos §§1º e 2º, art. 104, da Lei nº 14.133/21 e, de modo bastante específico, no inc. I, §5º, art. 103 da mesma lei, cujo teor é este:

[...] 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 – As alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta lei; [...]

Soma-se que a matriz de riscos, com assento na Lei nº 14.133/2021, deve se conformar com as demais disposições da própria lei. O caput do art. 22 da nova lei disciplina que “o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos” desde que considere a “taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo”.

A lei deixa evidente a necessidade de preparar a administração para lidar adequadamente com a repartição objetiva de risco, sob pena de se instalar uma prática

absolutamente arbitrária, ilegal e inconstitucional trazendo insegurança jurídica na execução dos contratos administrativos.

Nessa visão, a administração não possui discricionariedade para utilizar a matriz de riscos como instrumento para negar ao contratado o direito ao reajustamento contratual ou para contornar as disposições legais vigentes. Essa interpretação encontra respaldo nos §7º, do art. 25 e §3º, do art. 92, ambos da Lei nº 14.133/21. Os dois discorrem, de forma obrigatória, sobre a inclusão nos editais e contratos de critérios de reajuste, desde que observados os limites e diretrizes estabelecidos na legislação aplicável. Essas disposições têm o propósito de salvaguardar a conformidade legal, a previsibilidade e a segurança nas relações contratuais.

Portanto, a matriz de riscos desempenha um papel fundamental no reequilíbrio contratual, atribuindo às partes a responsabilidade por eventos futuros que possam ser indispensáveis ou de consequências incalculáveis. É por essa razão que a alínea "d", inc. II do *caput*, art. 124, da Lei nº 14.133/21, destaca que a revisão contratual está sujeita à "repartição objetiva de riscos estabelecida no contrato". A matriz de riscos, assim, busca organizar de forma clara e objetiva a alocação dos riscos entre as partes, sendo essencial para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Mesmo na atribuição dos riscos que poderiam levar à revisão contratual, a administração não possui total liberdade. Niebuhroferesse parecer.

A alocação de riscos deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sobretudo no seu aspecto de adequação, sob pena de se formarem contratos leoninos, que comprometem a competitividade, porque afastam o interesse de boas empresas, e que acabam onerando em demasia a própria administração (NIEBUHR, 2022, p. 1123).

Essa alocação proporcional somente poderá ocorrer de forma escoreita se o ente ou entidade contratante tiver uma governança estruturada, com uma gestão de riscos adequada. Caso contrário, é muito provável que alocações de riscos se deem de forma desproporcional, desarrazoada ou mesmo arbitrária.

Cada contrato apresenta suas particularidades e a administração possui a discricionariedade para estabelecer arranjos não convencionais na matriz de riscos. No entanto, estes devem ser fundamentados em razões de interesse público e não podem ser utilizados de forma abusiva para eximir a administração de qualquer suposto risco. É importante que essas adaptações sejam justificadas de forma adequada, tendo em conta a necessidade de equilíbrio contratual e a preservação dos interesses das partes envolvidas.

Com essa preocupação, §1º, art. 103, da Lei nº 14.133/21, propugna que alocação de riscos deve considerar “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”.

Em adição, o §2º do mesmo artigo sinaliza que “os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado”. Por sua vez, o §6º do mesmo art. 103 permite que sejam 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.

Já *ocaput* do art. 22 reitera que o edital de licitação deverá contemplar “a metodologia predefinida pelo ente federativo” para a alocação de risco.

Com efeito, o §5º, art. 103, da Lei nº 14.133/21, apresenta limites à discricionariedade da administração ao tratar da matriz de riscos, proibindo-a de se eximir da obrigação de promover o reequilíbrio contratual em casos de alterações unilaterais do contrato, bem como diante do aumento ou redução, por legislação posterior, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato. Essa disposição legal restringe a possibilidade de a administração utilizar a matriz de riscos como justificativa para evitar a revisão do contrato quando essas situações ocorrerem.

O §2º, art. 22, da Lei nº 14.133/21, exige que o contrato reflita a alocação 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;
- III – À contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

A administração, devido à sua falta de liberdade absoluta na criação da matriz de riscos, permite que os interessados em participar de licitações tenham legitimidade para contestar e impugnar o conteúdo da matriz perante os órgãos de controle, desde que o façam antes de apresentarem suas propostas, dentro dos prazos e condições estabelecidos por lei. Após a apresentação das propostas, prevalece o conteúdo da matriz de riscos.

Com base na força obrigatória dos contratos, os contratados não têm o direito de serem posteriormente desonerados dos riscos alocados a eles, sob a alegação de que a alocação foi injusta ou violou preceitos constitucionais ou legais. O risco faz parte dos encargos do contratado e está contemplado no preço do contrato. Em outras palavras, o valor estabelecido pelas partes inclui todos os riscos alocados ao contratado.

Em situação extrema, se houver ilegalidade ou inconstitucionalidade na matriz de risco, a solução é anular o contrato, sob pena de quebrar a isonomia. É importante considerar que potenciais interessados podem ter optado por não participar da licitação devido à matriz de riscos considerada abusiva.

A matriz de riscos não pode ser corrigida ou modificada durante a vigência do contrato, pois isso implicaria desequilíbrio na concorrência. Uma nova matriz de riscos demandaria uma nova oportunidade para os interessados apresentarem suas propostas.

4 ESTRUTURAÇÃO DA GOVERNANÇA NO BRASIL

Está explícito no parágrafo único, do art. 11 da nova lei de licitação, a obrigatoriedade de se criar uma estrutura de governança e implementar processos no âmbito das contratações públicas como alicerce fundamental para a obtenção dos objetivos do macroprocesso licitatório.³⁷

Toda matriz de risco pressupõe um estudo efetivo do risco, que, por sua vez, só será institucionalizado se a administração tiver processos e estruturas direcionados ao estudo do risco – identificação, avaliação e tratamento. Assim, defende-se que a gestão de risco surge como um pressuposto da legalidade da cláusula de risco ou matriz de risco.

Na ausência de uma abordagem estruturada/institucionalizada, a alocação de risco em minutas de contratos administrativos de maneira unilateral, poderá atribuir responsabilidades indevidas ao contratado. Seguindo esta lógica, caminha-se para mais uma prática arbitrária do estado. A alocação de risco sem o prévio estudo, parece mais um exercício de “charlatanismo”, reduzido a tentativas aleatórias de erro e acerto sem parâmetros definidos, o que pode levar a um cenário ainda mais caótico de desconfiança no poder público.

Ressalta-se a importância de compreender a ordem na estruturação dos processos, sob pena de inversões indevidas causarem sérios danos à administração. Portanto, não se pode alocar riscos sem um mínimo conhecimento antecipado. Essa avaliação preliminar é inerente à alocação eficiente de risco, que compõe um dos pilares (dimensões) da estrutura de governança.

Sem governança pública, não há espaço para se falar em gestão de risco e, conseqüentemente, também para o uso da matriz de risco enquanto cláusula contratual na administração direta, ou pelo menos na administração de muitos estados e municípios brasileiros.

Há uma preocupação real quanto à repartição objetiva de riscos nessa fase inicial de aplicação da lei face ao diagnóstico recentemente apresentado pelo TCU. Conforme o acordo n. 2164/2021-Plenário/TCU, de relatoria do ministro Bruno Dantas, o índice *RiscoContrat*, responsável por mensurar o índice de satisfação em gestão de risco nas contratações públicas federais, revelou um cenário preocupante de baixa maturidade. Na verdade, 47% das organizações federais avaliadas estão em fase inicial (ou inexistente) de

³⁷ Macroprocesso ou metaprocesso licitatório engloba desde a fase de solicitação de demanda e planejamento até a execução do contrato.

gestão de risco, enquanto apenas 24% estão em estágio aprimorado. Certamente, esse quadro agrava-se ainda mais quando se considera a realidade de muitos estados e municípios brasileiros. “278. [...] o cenário atual ainda revela baixa maturidade em gestão de riscos das contratações em 47% dos respondentes”.

O baixo êxito da administração pública é incompreendido ou mesmo ignorado pela opinião pública. A impressão é que as pessoas comuns atribuem a ineficiência estatal apenas à corrupção. De acordo com pesquisa do IBOPE, no ano de 2017, a corrupção foi apontada como o principal problema nacional para 62% da população brasileira (Jornal O Globo, 31/12/2017).

Infelizmente, o insucesso estatal não é problema de uma causa só. Afinal, nem toda falha do poder público decorre única e exclusivamente da má-fé dos gestores. As mazelas da máquina pública são mais amplas e mais difíceis de serem solucionadas, por incrível que pareça. Portanto, nem toda escolha pública ruim viola a probidade na administração ou tem como motivação a intenção deliberada de auferir vantagem patrimonial indevida. O gestor desastroso não é necessariamente ímprobo.³⁸

No contexto acima, permito-me apresentar uma observação de caráter pessoal, pois, antes do meu ingresso no âmbito da administração pública, mantinha a convicção de que o desempenho insuficiente do aparato estatal estava primordialmente atrelado à disseminação de práticas corruptas. Contudo, após acumular uma experiência de quinze anos no exercício da advocacia pública consultiva, cheguei à conclusão de que, de modo geral, os entes subnacionais carecem de compreensão do sentido e da relevância inerentes aos conceitos de governança e gestão baseada na prevenção de riscos.

O que se tira dessa experiência, em grande medida, é que o uso das prerrogativas que exorbitam o direito comum, ao invés da defesa de interesses coletivos, na verdade é um estratagema para atenuar danos (“apagar incêndios”) causados pela precariedade com que se organiza a gestão pública nas organizações governamentais.

Obviamente não é o propósito do presente trabalho defender “juízos de valor ou juízos de fé³⁹”, mas para reforçar a tese da fragilidade com que se define a escolha pública, basta lembrar da quantidade de notícias sobre fraudes, prejuízos, superfaturamentos, desvios, fracassos, falhas, erros, desastres e tragédias relacionados ao agir administrativo. Esse cenário

³⁸ Conforme determinação contida no art. 1º, §3º, da Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/2021. Em suma, com a reforma da LIA, a improbidade administrativa somente restará caracterizada se comprovado o dolo específico do agente público ou terceiro, inexistindo, portanto, a modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja grave ou o erro seja grosseiro (NEVES; OLIVEIRA, 2022, p. 06).

³⁹ Expressão utilizada por Max Weber em: “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, ed. Universidade de Brasília, 1981.

caótico e recorrente generalizado no setor público brasileiro, perpassa em boa medida, pela precariedade com que se organizam e desenvolvem os sistemas de governança, gestão de riscos e controles internos nas organizações governamentais.⁴⁰ “As falhas sequenciais no caso brasileiro são atribuídas aos ‘crônicos problemas’ alusivos ao clientelismo, à corrupção, à reduzida eficiência, ao limitado grau de profissionalismo, aos proeminentes custos e déficits no setor público, bem como outros males burocráticos” (SANTOS, 2022, p.71).

Essa estrutura administrativa anacrônica e patrimonialista afeta a capacidade de as organizações públicas atingirem seus objetivos, produzindo consequências em todas as camadas sociais, especialmente aquelas que mais depende do estado, os grupos vulnerabilizados. No setor público, em vez de lucros, o cidadão, verdadeiro titular do poder, “chefe da empreitada” pública, quer resultados em termos de políticas públicas, esperando retorno efetivo dos tributos na saúde, educação, segurança pública, transporte público e, principalmente, a reorganização do tecido social sem tanta estratificação.

O modelo atual de funcionamento da máquina pública, não raras vezes, cria um típico conflito de agência⁴¹ entre cidadão e governo, em que o cidadão, como ser principal, não tem certeza de que o gestor público, o agente, está maximizando o resultado prometido em termos de bens e serviços para a sociedade, gerando, assim, assimetria informacional. Santos e Souza são categóricos: "O cidadão brasileiro, contribuinte ativo para o financiamento da estrutura do Estado, deve receber serviços públicos de maneira sistematizada, enquadrada por um conjunto de rotinas e práticas apropriadas de governança e gestão de riscos" (SANTOS; SOUZA, 2022, p. 11).

A partir do problema levantado por Santos e Souza, fica o questionamento: como se faz essa “sistematização” da operação pública? Nas últimas duas décadas, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem se empenhado arduamente para disseminar o conceito e, principalmente, a prática da governança pública. Especificamente sobre a gestão da contratação pública, o TCU (2021) enfatiza no manual *Dez passos para a governança a*

⁴⁰ No índice de competitividade global, o Brasil se encontra, a título exemplificativo, na posição 48 de capital humano, na posição 64 de infraestrutura, e nas posições 96 e 86 no aumento de produtividade no trabalho e sofisticação de mercado, respectivamente (Dados competitividade Global 2019 do Fórum Econômico Mundial, 2019).

⁴¹ A teoria da agência aborda relações de propriedade e controle. Jensen e Meckling (1976) definiram inicialmente a relação de agente e principal como um contrato, em que o principal delega decisões a um agente, que nem sempre são tomadas em favor do primeiro. No setor público, também podem ser identificadas relações de agente x principal. Os estudos relacionados à teoria da agência na administração pública podem auxiliar para compreender melhor esses conflitos, que acabam resultando, muitas vezes, em desvios ou mau uso do dinheiro público.

necessidade de aprimorar a qualidade das licitações e contratos administrativos por meio de melhorias na governança pública organizacional.

De acordo com o TCU, o aprimoramento na gestão pública e na execução dos contratos administrativos está estreitamente relacionado à cultura organizacional. Esta é influenciada pela qualidade do sistema de governança implementado pela organização.xxxxxxx

Mas afinal o que é governança? Por que esse conceito é tão importante quando se fala a respeito da qualidade do gasto público e do desenvolvimento?

Segundo o ministro João Augusto Ribeiro Nardes *et al* Altounian, “Governança Pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das políticas e serviços públicos para atender de forma efetiva as necessidades e demandas da população” (NARDES *et al* ALTOUNIAN, 2018, p. 125).

Quanto melhor for essa capacidade, mais efetivos serão os resultados das políticas definidas pelos governos, uma vez que os recursos serão empregados sem desperdício, os espaços para corrupção serão pequenos e as pessoas capacitadas serão escolhidas para conduzir ações necessárias. A partir de uma nova composição, haverá maior probabilidade de seguir o caminho do desenvolvimento pleno.

Num viés mais dogmático, Renato Fenilidefine governança como o “conjunto de ações de monitoramento e de incentivos que visam a assegurar, de forma institucionalizada e em uma relação de agência, que os interesses do principal estão sendo preservados pelo agente”⁴² (FENILI, 2018, p. 19).

Por sua vez, nas palavras do empresário Jorge Gerdau Johannpeter⁴³, no prefácio da obra de NARDES e ALTOUNIAN (2018, p. 22): “Uma boa governança é aquela que traça um horizonte, define um propósito, alinha as estruturas, desdobra os objetivos e metas e tem um sistema robusto de processos críticos que sustentam suas estratégias, garantindo uma execução e um controle de excelência”.

A despeito dos avanços no setor público a partir da década de 1990, a exemplo da implantação, por decreto presidencial,⁴⁴ do Plano Plurianual a cada quatro anos, a edição das leis de responsabilidade fiscal, de transparência e acesso à informação e de anticorrupção, estabilização da moeda, redução da pobreza e de índices de analfabetismo, o fato é que no

⁴² A despeito de não compor a base teórica subjacente ao conceito de governança, não se olvida que a Teoria Institucional detém relação intrínseca com tal construto, por aclarar aspectos de conformação de práticas mais perenes e legitimadas socialmente.

⁴³ Empresário. Presidente do Conselho de Administração do Grupo Gerdau. Segundo pesquisa da consultoria europeia Merco, Jorge Gerdau foi eleito o líder de melhor reputação do Brasil em 2014.

⁴⁴ Decreto nº 2.829, de 29 de outubro de 1998.

Brasil há uma carência de alinhamento estrutural,⁴⁵ agravada pela falta de um sistema robusto uniformizado de processos críticos que possa fornecer o suporte adequado para as estratégias estabelecidas.

Permanece, no setor público, uma falta de harmonia entre estruturas e processos, em maior ou menor grau (da União aos Municípios). Essa situação é evidenciada que, mesmo após trinta anos da promulgação da Constituição Brasileira, ainda não se tem a regulamentação do parágrafo único, do art. 23, da Constituição Federal, cujo teor estabelece que leis complementares devem disciplinar o que a doutrina denomina de "federalismo de cooperação".⁴⁶

É comum presenciar ações contraditórias por parte do poder público: a pavimentação asfáltica de uma via pública seguida da quebra pela companhia de água e esgoto para realizar obra de saneamento. Cita-se, ainda, outro exemplo clássico de total desalinhamento na operação pública. Um determinado Estado A recebe recursos provenientes do governo federal destinados à construção de creches, embora a responsabilidade pelo ensino infantil recaia sobre o município. O Estado X recebe os recursos, constrói as creches e, após a conclusão das obras, busca transferir os edifícios para o patrimônio do Município Z. No entanto, o prefeito recusa a oferta alegando que o erário municipal não possui meios para custear a manutenção dos equipamentos públicos, nem dispõe de mão de obra para lotar na nova instalação. O Estado X, então, gasta alguns milhões de reais para preservar a integridade do prédio público não utilizado enquanto o município reorganiza sua peça orçamentária até que, por falta de recursos suficientes, o Estado X decide abandoná-lo. A edificação acaba perecendo depredada e o recurso público inutilizado.

Um exemplo adicional que ilustra de maneira contundente as lacunas na governança pública no Brasil é a inabilidade dos entes federativos em deliberar sobre matérias de suma importância, tal como o saneamento básico. Neste contexto, uma iniciativa recente voltada à otimização da governança pública nacional é materializada por meio da promulgação do marco legal do saneamento, Lei nº 14.026/20, que estabelece diretrizes claras e explícitas no que concerne à governança.

⁴⁵ A própria Lei nº 14.133/21 foi concebida diante da realidade da administração pública federal, pouco levou em consideração a realidade de muitos estados e municípios brasileiros muito inferiores em recursos humano, financeiros e tecnológico.

⁴⁶ No federalismo cooperativo, há uma ênfase na cooperação e coordenação entre os diferentes níveis de governo, visando à busca de soluções conjuntas para problemas comuns, em vez de uma estrita divisão de poderes e autonomia absoluta entre os níveis de governo. Isso envolve a partilha de responsabilidades, recursos e informações para tomar decisões conjuntas e implementar políticas efetivas.

Ainda que o Brasil tenha experimentado progressos, para lograr o título de país desenvolvido precisaria crescer de forma contínua, sustentável. Por isso, é crucial zelar pela boa governança dos recursos públicos, pois estes são sempre limitados em relação às demandas e necessidades da sociedade.

É preciso encontrar respostas para resolver questões que afligem os brasileiros por gerações: por que a cada eleição presidencial os temas nos debates político-eleitorais se repetem? Por que os problemas conhecidos há anos não são resolvidos? Os direcionamentos das políticas estão corretos? Existem monitoramentos adequados das execuções planejadas? As avaliações dos cenários econômicos e sociais são acertadas? O que acontece para que as diretrizes estabelecidas nas políticas não sejam materializadas? Quais as ações necessárias para garantir uma perfeita transição do plano das ideias para o mundo real?

Nesse desafio de zelar pelo uso racional dos recursos públicos, é que se realça a demanda de implementar uma adequada governança da compra pública e, principalmente, uma adequada gestão de risco sob a égide da Lei nº14.133/21.

O tema é amplo, mas antes de se aprofundar na questão afeta à governança, acredita-se oportuno tecer alguns comentários preliminares a respeito dos mecanismos existentes para o alcance de objetivos públicos ou privados, através da relação entre pessoas de modo a facilitar a realização de tarefas de maior amplitude ou complexidade. Com essa perspectiva melhor esclarecida, será mais fácil entender a necessidade da boa governança.

4.1 Governança: teoria da agência e sistema democrático representativo

A complexa interação dos cenários sociais, econômicos e políticos resultou no estabelecimento de relações nas quais a delegação de poder ou de competência tornou-se essencial para alcançar os objetivos desejados por um indivíduo, grupo ou pela sociedade como um todo. É totalmente inviável que alguém, de forma isolada, consiga produzir o necessário para satisfazer todos os seus interesses.

Ao longo da história, houve uma crescente tendência de agrupar as pessoas em organizações econômicas e políticas, visando a facilitar a coordenação de todas as atividades realizadas individualmente em prol do bem comum (SILVA; PASCHOARELLI, 2010, p. 18).

Assim, no âmbito político, surge o estado como uma estrutura destinada a regular as relações entre os indivíduos que habitam um mesmo território. Já no campo econômico, aparecem as empresas como uma forma de coordenar as atividades individuais dos

trabalhadores, aproveitando os benefícios decorrentes da escala de produção, especialmente a partir da revolução industrial.⁴⁷

Nesse contexto, a delegação emerge de atividades, atribuições e responsabilidades como um elemento fundamental para impulsionar tais agrupamentos. As atividades humanas são executadas por meio de sucessivas séries de delegação. Desse modo, aqueles com maior poder delegam tarefas aos encarregados de executá-las.

Se por um lado, a delegação é necessária para a realização das tarefas; por outro, é indispensável orientar regras para que o delegado atue em conformidade com a vontade do delegante e entregue os produtos e serviços acordados. É nesse cenário que se torna essencial a discussão do conceito de governança.

Segundo explica Nardes, Altounian e Viera (2018, p.127): “A boa governança contempla um conjunto de regras e ferramentas que permitem melhor alinhamento das ações do delegado em relação às expectativas do delegante e maior garantia de que os resultados esperados serão efetivamente entregues”.

A pergunta principal que se faz no momento da delegação é: como endossar que o delegado se comporte de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo delegante na busca dos resultados desejados?

Num primeiro momento, é fundamental que haja clareza em relação ao que precisa ser realizado, às necessidades a serem atendidas, aos padrões de comportamento esperados e aos recursos disponíveis. Caso contrário, o delegado não terá condições adequadas para agir. A falta de clareza em relação às expectativas resultará, sem dúvida, em um desempenho inadequado por parte das pessoas encarregadas da execução das tarefas, o que pode acarretar consequências como a entrega de resultados de baixa qualidade, desvios éticos e grandes prejuízos financeiros ou de reputação para o delegante (NARDES; ALTOUNIAN; VIERIA, 2018, p.127).

Passo posterior é a definição dos riscos à implantação das tarefas delegadas e de margens de erro aceitáveis, bem como o estabelecimento de medidas mitigadoras e planos de contingência. A seguir, é imprescindível ter indicadores e metas intermediárias e finais em conformidade com prazos predefinidos, com o intuito de avaliar o desempenho do delegado e, se necessário, adotar prontamente as medidas corretivas apropriadas. Nesse sentido, é primordial contar com um controle eficiente para verificar a compatibilidade das informações fornecidas pelo delegado com a realidade (NARDES; ALTOUNIAN; VIERIA, 2018, p.128).

Ainda, Nardes, Altouniane Viera ponderam que:

A adequada estruturação da relação entre delegante-delegado ou principal-agente é necessária para que todas as partes possam alcançar os objetivos almejados, sem que

⁴⁷ Desde o surgimento da agricultura e do início da sedentarização do ser humano, ainda no período neolítico (10.000 a.C), há uma natural tendência de especialização e de divisão do trabalho, na qual as pessoas acabam por desenvolver tarefas distintas visando a uma melhor produtividade (NARDES; AULTONIAN; VIEIRA, 2018, p. 126).

haja desequilíbrio em favor de uma delas. Nos casos em que a delegação se faz em execução de tarefas simples, o controle do delegante é facilitado; porém, em tarefas com maior complexidade, se não houver um sistema de acompanhamento eficiente, o delegante pode perder o controle da situação (NARDES; ALTOUNIAN; VIEIRA, 2018, p. 128).

No contexto contemporâneo, observa-se uma intrincada estrutura de delegação que abrange os domínios político, social e econômico. Nesse arranjo, os cidadãos atribuem aos políticos a responsabilidade de guiar os destinos do estado federativo; os entes federativos descentralizam recursos entre si, visando a uma melhor coordenação de esforços; os acionistas investem seus recursos em empresas, confiando no desempenho dos gestores selecionados; e assim por diante.

Ocorre que essa complexa rede de delegações também trouxe diversos conflitos de interesse. Nardes, Altounian e Vieira resumem essas tensões:

Esses conflitos têm sua essência resumida em dois interessantes axiomas: o de Jensen e Meckling, que destaca a inexistência do agente perfeito em face da prevalência do interesse próprio sobre o de terceiros; e o de Klein, que ressalta a impossibilidade de definição de um contrato completo que contemple todas as situações possíveis durante a vida corporativa (NARDES; ALTOUNIAN; VIEIRA, p. 2018, p. 130).

É nessa conjuntura que brotam as discussões sobre governança corporativa e os “custos de delegação” ou “custos de agência”.⁴⁸ A delegação de poder é imperativa, mas implica um custo que toda a sociedade deve suportar, a fim de assegurar o funcionamento adequado desse sistema e a satisfação dos interesses coletivos. Em certa proporção esse custo é representado pelo próprio custo da máquina estatal.

O cerne de todo o debate sobre governança reside na premissa fundamental de que os recursos devem ser aplicados de forma eficiente, em consonância com a missão e os objetivos da organização, tendo em vista alcançar o melhor resultado para os principais atores, agentes e demais partes interessadas (stakeholders).

Para ilustrar e facilitar a compreensão, apresenta-se o seguinte exemplo: no estado A os professores estão em greve há mais de três meses, buscando um aumento salarial. No entanto, o governo estadual não possui recursos disponíveis para atender a essa reivindicação devido à ausência de expectativa de receita. Se o governador autorizar o aumento, poderá enfrentar sanções, uma vez que os gastos com pessoal excederiam o limite estabelecido pela Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Apesar do óbvio

⁴⁸ Custos de agência são aqueles afetos às ações de monitoramento pelo “principal”; despesas para assegurar que o comportamento do “agente” não prejudique o “principal”; e perdas residuais decorrentes das decisões efetivas do “agente” (NARDES; ALTOUNIAN; VIERIA, 2018, p. 130).

prejuízo ao interesse público – os alunos estão sem aulas há quatro meses – e advindos de uma longa interrupção das aulas presenciais durante a pandemia.

O chefe do Executivo em vez de acionar a advocacia pública do estado para uma possível declaração de ilegalidade do movimento grevista em juízo, temendo perder o apoio político da classe, opta por nada fazer e tolera o movimento até o momento em que o Ministério Público decide intervir ajuizando a ação e obtém a declaração de ilegalidade da greve.

Frente a essa situação, indaga-se: estaria o agente (governador) agindo no melhor interesse do principal (sociedade-alunos)? Há conflito de interesses entre agente e principal (interesse político próprio x interesse coletivo)? Qual mecanismo alinharia melhor os interesses entre principal e agente?

Claramente se tem um típico conflito de agência (interesses do principal *versus* interesse próprio do agente). O governador como mandatário, agindo em nome do “povo” e utilizando poderes alheios, jamais poderia utilizá-los em favor de si em detrimento dos interesses do principal.

A expectativa comum de quem delega poderes é que a função seja desempenhada estritamente para representar os interesses do delegante apoiado em critérios objetivos, minimizando, dentro do possível, a subjetividade dos agentes que executam suas tarefas públicas. Claro, tal objetivo nunca será totalmente alcançado, devido ao inescapável elemento subjetivo que está sempre presente em qualquer atividade humana. Em síntese, de acordo com *ocaput* do art. 37 da CF/1988, cabe à administração atuar, dentre outros, conforme os valores que o princípio da impessoalidade representa.

Desta forma, um dos pilares básicos da teoria da agência mencionada se alicerça na necessidade de considerar, avaliar e examinar as falhas da administração pública, com o propósito de limitar a subjetividade residual na execução administrativa do estado. A ênfase é a formação do respectivo mérito administrativo. Sendo assim, é necessário concentrar e sistematizar o máximo de esforços para superar as falhas resultantes da subjetivação da atuação administrativa do estado. A governança, que engloba a gestão de riscos, nada mais é do que a sistematização desses esforços.

Phillip Gil França defende que: “além de se preocupar propriamente com as falhas da atividade pública, faz-se necessária a preocupação em como o Estado promove o seu adequado controle e como se desenvolve a partir da superação de tais falhas” (FRANÇA, 2019, p. 189). Na verdade, o autor está falando sobre a gestão de riscos e a sustentabilidade

sistêmica da governança. Dessa maneira, a ação adequada envolve o estabelecimento, cumprimento e avaliação de critérios estritamente objetivos relacionados às ações do Estado.

França complementa que:

[...] desse modo o Estado precisa atuar para realizar os valores constitucionais, inclusive democráticos para a viabilização do melhor desenvolvimento para o maior número de envolvidos em seu sistema, legitimamente incluídos no pacto constitucional, conforme a amplitude de necessidade de cada um e a manutenção da sustentabilidade sistêmica. A busca da objetividade, significativa a viabilização de se fazer conforme a legitimidade do sistema, por meio de um responsável e responsabilizável mecanismo de atuação pública (FRANÇA, 2019, p. 189-190).

Sobre o tema, afirma John Rawls (2000, p.156):

O primeiro elemento essencial é que uma concepção da objetividade deve estabelecer uma estrutura pública de pensamento suficiente para que o conceito de juízo se aplique e para alcançar, após discutir e refletir apropriadamente, conclusões baseadas em razões e evidências empíricas.

Para o ator, dizer que uma convicção política é objetiva significa dizer que há razões, “especificadas por uma concepção política razoável e mutuamente reconhecível (que satisfaz os requisitos essenciais), suficientes para convencer todas as pessoas razoáveis de que ela é razoável” (RAWLS, 2000, p. 166). Certamente, mediante o exemplo dado, deixar o governador de ajuizar o devido processo judicial em razão de interesses políticos próprios em detrimento dos interesses coletivos, não satisfaz os “requisitos essenciais”.

Noutras palavras, no que diz respeito à objetivação da “escolha pública”, John Rawls (2000, p. 156) argumenta que o primeiro elemento vital é que uma visão da objetividade deve formar um quadro público de pensamento amplo o suficiente para permitir a aplicação do conceito de julgamento e, após a discussão e reflexão adequadas, chegar a conclusões baseadas em motivos e provas empíricas. Segundo o autor, afirmar que uma crença política é objetiva implica que existem razões, delineadas por uma concepção política razoável e mutuamente aceita (que atenda aos requisitos fundamentais), suficientes para convencer todas as pessoas razoáveis de que ela é válida (RAWLS, 2000, p. 156).

No âmbito da administração pública, é vital movimentar a estrutura administrativa, sempre com o intuito de promover o bem-estar coletivo, conforme estabelecido claramente nas diretrizes da Constituição Federal de 1988, no seu art. 3º. A governança almeja o constante desenvolvimento mútuo e sinérgico entre principal e agente.

A jornada para atingir esse bem comum não está livre de obstáculos e desafios que podem distorcer sua essência e desviá-lo de seu propósito central. Fazer boas escolhas é uma tarefa difícil e se torna mais difícil quando se escolhe em nome de uma coletividade. Para isso, o governante precisa trazer consigo critérios claros, legitimamente democráticos e, acima de tudo, objetivos. É evidente que, ao lidar com o que é de interesse público, ou seja, de

todos, é salutar minimizar a subjetividade nas tarefas do estado e, na medida do possível, acentuar a natureza objetiva inerente à responsabilidade da atividade pública.

É dessa forma que o estado deve se manifestar: “longe das paixões e vontades pessoais e próximo ao padrão comum responsável e responsabilizável estabelecido pelo Direito” (FRANÇA, 2019, p. 190).

Para Phillip Gil França,

[...] o agir estatal de forma objetiva estabelece maior previsibilidade, segurança, viabilidade de controle, legitimidade democrática, força coativa, padronização do sistema, confiança, dentre tantos outros benefícios que caracterizam a boa administração pública – como aquele que realiza o primado dos direitos fundamentais na plenitude de sua possibilidade, de forma a assegurar a existência digna do ser humano que lhe fornece energia e razão de existência (FRANÇA, 2019, p. 190).

A objetividade na ação estatal instaura um cenário de maior previsibilidade, segurança jurídica, viabilidade de fiscalização, autenticidade democrática, capacidade coercitiva, uniformidade do sistema, confiabilidade, entre outros atributos pertinentes que configuram uma gestão pública eficiente. Esta se distingue por concretizar a supremacia dos direitos fundamentais na amplitude de suas potencialidades, propondo assegurar uma existência digna ao indivíduo, que lhe confere vitalidade e propósito existencial. É sob esse prisma que se discute o necessário aprimoramento da governança pública em todas as suas cinco dimensões abordadas na próxima subseção.

4.2 O “custo agência” e o necessário mecanismo de alinhamento de interesses entre “agente” e “principal”

Seria possível visualizar uma relação “principal” x “agente” para o controle das ações do estado? Quem é “principal” quando se fala de estado? Quem são os “agentes”?

O art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, deixa claro que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Dessa forma, fica estabelecida a delegação originária da sociedade, o verdadeiro “principal”, para o estado atuar na busca dos objetivos fundamentais relacionados ao art. 3º da Carta Magna: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As tarefas atribuídas ao estado e, por consequência, aos seus funcionários não são fáceis de serem totalmente realizadas. Os recursos provenientes de impostos também não são ilimitados para suprir todas as demandas sociais. De fato, quanto mais os impostos são aumentados, maior é a insatisfação da sociedade. No setor privado, é sabido que nem sempre é possível aumentar o preço de um produto, pois pode resultar em menor demanda e prejuízos ainda maiores. Portanto, simplesmente repassar aos consumidores finais o aumento nos preços dos insumos utilizados na produção nem sempre é uma opção viável. No setor público, devido à alta carga tributária no Brasil, o aumento de impostos já não é mais uma opção. O peso dos tributos sobre a atividade produtiva é alto, com efeitos negativos de toda ordem, mas o principal desses efeitos é a sonegação fiscal (AGÊNCIA SENADO, 2021).

Em concordância com Barone (2009), o alto valor dos tributos incentiva a sonegação fiscal por partes das empresas. Resta, então, aos “agentes” públicos buscarem o incremento da eficiência da aplicação dos valores públicos com vista à maximização dos benefícios almejados. Aliás, é o que espera toda a sociedade ou “principal”.

Para que essa eficiência seja alcançada, é essencial estabelecer um modelo que organize a burocracia, ou seja, a máquina pública encarregada de implementar políticas públicas e administrar o estado. Nessa avaliação, o elo entre a sociedade e essa burocracia é representado pelos políticos eleitos, como os chefes do poder executivo e os representantes do poder legislativo.

De fato, em uma analogia com a teoria da agência, a delegação social ocorre quando a sociedade, representada como o principal, transfere poder aos políticos, conhecidos como os agentes, para que estes atuem em seu nome e procurem satisfazer suas necessidades e demandas.

O grande desafio do sistema democrático representativo brasileiro é: como assegurar que a classe política (os agentes) efetivamente atenda às necessidades e demandas da sociedade (principal)? Nardes, Altounian e Vieira com base na *Teoria da Firma*⁴⁹ destacam que diante das dificuldades e complexidades do monitoramento das ações dos “agentes”, responsáveis por gerir a “firma”/“máquina pública” e a prestação de serviços, o equilíbrio estaria na definição de incentivos e mecanismos que permitissem o alinhamento de interesses entre eles e o principal, mesmo que isso tenha um custo (NARDES; ALTOUNIAN; VIEIRA, 2018, p. 130).

⁴⁹ A teoria da firma é um conjunto de modelos e abordagens que ajudam a explicar como as empresas funcionam, como elas tomam decisões para maximizar seus lucros e como interagem em diferentes tipos de mercados. É uma ferramenta fundamental para compreender o comportamento das empresas e seus efeitos na economia como um todo.

Segundo Renato Fenili, quando um contrato é estabelecido, no qual uma pessoa, conhecida como "principal", contrata outra pessoa, denominada "agente", para realizar um serviço em seu nome, há uma transferência de poder de decisão para o agente. O grande desafio nessa situação consiste em motivar o agente a agir de maneira que busque constantemente maximizar o bem-estar do principal (FENILI, 2018, p. 9).

Se o poder emana do povo, ao eleger os representantes, delegam-se poderes aos agentes públicos para decidir sobre os interesses coletivos. O estudo do tema governança pública, em essência, suscita discussões acerca do ‘custo da delegação’ de poder da sociedade para o estado, sobretudo quanto ao perfil dos representantes eleitos ainda com traços marcantes de coronelismo, amadorismo, sem falar no recorrente *analfabetismo funcional*,⁵⁰ além dos interesses econômicos personalizados e práticas de patrimonialismo.

A nova lei de licitação não apenas irrompe o debate sobre governança, mas direciona o tema para a necessidade de compreender especificamente a governança sob o aspecto do líder modelo. Assim, a lei fornece comandos específicos de governança direcionados à alta gestão a exemplo do parágrafo único, do art. 11:

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Os sistemas democráticos modernos, fundamentados no princípio da igualdade e na soberania popular, colocam a possibilidade de qualquer cidadão, inclusive aqueles com baixo grau de alfabetização, candidatarem-se a cargos políticos majoritários. Esta prerrogativa, apesar de vital para a preservação da democracia e do direito à participação política, pode trazer desafios significativos na implementação de políticas públicas complexas, especialmente quando se trata de legislações técnicas de governança como a nova lei de licitações, que exige a implementação de uma gestão de risco eficaz por parte da alta administração pública, denominada *toneatthe top*.⁵¹

Isabel Franco afirma que:

⁵⁰ Analfabetismo funcional é a incapacidade que uma pessoa demonstra ao não compreender textos simples. Tais pessoas, mesmo capacitadas a decodificar minimamente as letras, geralmente frases, textos curtos e os números, não desenvolvem habilidade de interpretação de textos e de fazer operações matemáticas. Também é definido como analfabeto funcional o indivíduo maior de quinze anos possuidor de escolaridade inferior a quatro anos letivos. Dados fornecidos pelo Wikipédia, disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Analfabetismo_funcional.

⁵¹ Tradução livre: O exemplo vem de cima. Trata-se de uma técnica de persuasão.

[...] estudiosos do tema são unânimes em classificar o *toneatthe top* ou envolvimento da alta liderança como o pilar mais importante dos programas de integridade e governança. Nada adianta ter na missão e nos valores da empresa a ética e a retidão se tais sentimentos não transpassam a todos, pois, na primeira dificuldade, oportunidade de lucro pessoal ou corporativo, a missão e os valores se distanciam da realidade, jogando a ética para o lado (FRANCO, 2020, p. 82).

Enquanto a anterior Lei nº 8.666/93 tinha como principal pilar de sustentação a ideia de controle, a Lei nº 14.133/2021 tem como ponto focal a governança. Essa lei obriga toda a administração direta, da União aos municípios, adotar uma gestão por riscos em substituição a já conhecida e ineficiente gestão por danos (danos já produzidos), mais conhecida como “apagar incêndio”.

O primeiro e principal empuxo para implantação de um programa de governança e gestão de risco dentro de determinada organização é solicitar o apoio da alta direção (*toneatthe top*) – governadores, prefeitos, secretários de estado/município, diretores, membros do conselho, coordenadores, supervisores – que devem dar o exemplo aos colaboradores da organização, sendo no “futuro próximo”,⁵² os responsáveis por difundir a cultura de governança dentro da instituição.

A gestão de risco é um processo que envolve a identificação, avaliação e redução das incertezas que podem afetar os objetivos de uma organização. Essa atividade é complexa e requer um entendimento sofisticado dos processos organizacionais e das interações sistêmicas. Na administração pública, a gestão de risco é essencial para garantir a eficiência e eficácia das políticas públicas.

Na nova lei de licitações, a gestão de risco assume um papel ainda mais proeminente, demandando dos gestores públicos não apenas a compreensão do processo, mas impondo a participação ativa no comando das organizações.

Como se pode requerer tal complexidade de tarefas de indivíduos que, em teoria, apenas precisam saber escrever o próprio nome para assumir maior posto na alta administração?

Essa questão levanta uma tensão intrínseca entre os princípios democráticos de inclusão e participação e a necessidade de competência técnica e conhecimento especializado para a execução efetiva de políticas públicas.

Imaginem como provavelmente seria o desempenho se empresas como a Coca-Cola Company tivesse como *chief executive officer* (CEO) uma pessoa capaz apenas de ler e

⁵² Conforme Lei Complementar nº 198, de 2023, a nova lei de licitação revogará a Lei nº 8.666/93 em 30/12/2023.

escrever o próprio nome em vez do executivo James Robert B. Quincey.⁵³ Se tal hipótese fosse escalonada numa matriz de risco (impacto x probabilidade), por certo, o resultado seria de elevadíssimo risco para o desempenho da companhia, ou seja, de alta probabilidade e alto impacto negativos.

Perante esse arriscado cenário, muito provavelmente a corporação identificaria o risco, avaliaria e eliminaria a hipótese. Contudo, quando se fala da escolha de CEO's para o setor público, a lógica se inverte. Por quê? O que faz a conexão ser diferente uma vez que a administração pública é regida pela eficiência? A questão estampou a manchete de um jornal de repercussão nacional e ganhou destaque de Teixeira.

Vinte e um candidatos se inscreveram e se registraram como analfabetos para as eleições municipais de 2020. Eles são inelegíveis segundo a Constituição Federal, mas, caso tenham 'capacidade mínima de escrita e leitura', podem comprovar o mérito à Justiça Eleitoral e concorrer (TEIXEIRA, 2022).

A respeito do tema, vale confrontar decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de Goiás:⁵⁴

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ALFABETIZACAO. REQUISITO PROVADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A legislação eleitoral não se incumbiu de definir o nível de alfabetização exigida, limitando-se a considerar como inelegíveis os "analfabetos", assim considerados, em princípio, aqueles que não sabem ler e escrever (art. 14, §4º, CF; art. 26, § 8º, da Res. TSE n. 23.373/2011). O candidato que comprova o exercício da leitura e da escrita, ainda que de forma precária e rudimentar, não pode ser considerado analfabeto.

A tarefa principal do estado democrático de direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático, que realize a justiça social e não propriamente assegurar que todos possam ser “agentes” delegatários de poder. Tão reducionista quanto entender desenvolvimento à luz do Produto Interno Bruto (PIB), é compreender liberdade democrática a partir do sufrágio universal, na estrita capacidade de votar e ser votado.

Embora todos tenham o direito de votar, nem todos devem ter o direito de ser votado. Amartya Sen frisa que: “embora devamos reconhecer a importância das instituições democráticas, elas não podem ser vistas como dispositivos mecânicos para o desenvolvimento” (SEN, 2020, p. 208). Também é categórica quanto a esse aspecto.

A democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária. A oportunidade que ela oferece tem de ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Essa é, evidentemente, uma característica básica das liberdades em geral – muito depende do modo como elas são exercidas (SEN, 2020, p. 202).

⁵³ Dados disponíveis em: https://pt.wikipedia.org/wiki/James_Quincey.

⁵⁴ TRE/GO. Acórdão n. 012156. Recurso Eleitoral n. 196-39.2012.6.09.0050, rel. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade.

Amartya Sen – Prêmio Nobel de Economia – explica que a democracia não deve ser vista apenas como um sistema de governo que permite a escolha de representantes através do voto, mas também como um meio de desenvolvimento humano e social. Segundo o autor, a democracia tem uma "relevância intrínseca", um "papel protetor" e uma "importância construtiva" que vão além do simples processo de votação. “A relevância intrínseca, o papel protetor e a importância construtiva da democracia podem ser realmente muito mais abrangentes” (SEN, 2020, p. 203).

A governança pública e todas as suas dimensões estão diretamente relacionadas à importância construtiva da democracia e o quanto pode ajudar a promover o desenvolvimento econômico e social. Como alerta Sen, as instituições democráticas não são instrumentos mecânicos programados para a produção de resultados automáticos, tudo dependerá de uma avaliação humana dos “agentes” delegatários.

Comungando da mesma reflexão de Sen, Nardes, Altounian e Viera (2018, p. 147) consideram que “a criação do Estado Democrático só tem sentido se a atuação de seus ‘agentes’ estiver voltada para servir a sociedade. A referida capacidade de direção precisa estar alinhada ao atendimento do interesse público”.

Há problemas dos mais diversos na governança pública, a começar pelos requisitos pessoais necessários para a escolha do agente responsável por gerir a máquina pública, bem como na investidura dos servidores em geral responsáveis pela organização do processo licitatório e gestão contratual.

Prova disso é a atual discussão da nova lei de licitação acerca da natureza do cargo dos agentes envolvidos no processo de contratação ser comissionado ou efetivo. São organizações com capacidade total de movimentar mais de 10% do PIB nacional (RIBEIRO, 2019).

Para gerir estruturas muito menores, as organizações privadas contratam agentes extremamente qualificados, enquanto no setor público ainda prevalece o nepotismo cruzado, o apadrinhamento, além de interesses meramente eleitoreiros que passam muito ao largo da realinstituição pública. O estudo do TCU⁵⁵ divulgado em 2021 aponta que 43% das instituições federais avaliadas não apresentam índice satisfatório na gestão de pessoas (IGestPessoas). Certamente, nos estados e municípios o cenário piora muitíssimo.

Na linha preventiva de evitar equívocos na eleição de agentes que não apresentam comportamento adequado, pode-se elogiar a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar

⁵⁵ TCU. Acórdão n. 2164/2021. Plenário, rel. Bruno Dantas. Sessão 15/9/2021.

nº135/2010) como excelente instrumento de governança, ao coibir a indicação para o exercício de função pública pessoas condenadas pelos órgãos judiciais competentes. O estabelecimento dos casos de inelegibilidade, de acordo com o §9º, do art. 14 da Constituição Federal, acabou por criar regras claras que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

O disciplinamento no seio da sociedade advindo desse normativo impede que determinado grupo de cidadãos, mesmo que pertencente ao principal, tenha a possibilidade de escolher uma pessoa com problemas de conduta para assumir cargos representativos, como o de governador ou parlamentar. Representa um verdadeiro retrato de disciplinamento de conflito entre pessoas pertencentes ao principal na tentativa de diminuir ao máximo o custo agência. A exemplo desse procedimento, existem muitas boas práticas que podem ser implantadas para a melhoria da governança. Uma delas seria exigir requisitos de qualificação necessários para a concretização do *tonefromthe top*.

Para uma efetiva melhoria dos indicadores de governança no Brasil, é preciso que a sociedade e a alta administração reflitam como são escolhidos os agentes na delegação de poderes da sociedade para o estado, assim como, em outro nível, a delegação dos agentes que formam o corpo burocrático. A ideia é compor o quadro de agentes públicos com pessoas dotadas de uma conduta ética, familiarizadas com uma cultura de conformidade e com potencial de liderança.

Neste particular, há o esforço legislativo de melhorar o nível técnico dos servidores afetos à área de contratação pública, com a previsão do agente de contratação como servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes, o que de regra não ocorre. E, em razão da “lida” diária com agentes políticos, observa-se total falta de interesse em compor tais quadros com servidores efetivos do quadro permanente. Permanece a prática do “cabide de emprego” (TEIXEIRA, 2022).

Ainda, citando Teixeira (2022), essa situação revela que a sociedade brasileira elegeu como requisito para exercer a liderança da máquina pública (poderes executivo e legislativo) apenas a capacidade mínima de escrita e leitura. Saber ler e assinar o próprio nome não é requisito suficiente para a compreensão e implementação de uma eficiente, eficaz e efetiva governança e gestão de riscos.

Não é o propósito desta pesquisa polemizar tais consensos sobrepostos no liberalismo político, mas pensar sobre o que a sociedade espera do poder público e o que ele entrega. Na medida em que se pactua que qualquer pessoa pode gerir uma organização capaz de movimentar parcela considerável do PIB, tem-se que ser razoáveis ao receber o inesperado.

A reflexão aqui trazida revela que a modulação ou adequação ao uso do poder extroverso da administração pública perpassa por uma análise de risco começando pelo sufrágio. Afinal, em matéria de governança é crucial a expressão “*toneatthe top*”, ou seja, o exemplo vem de cima.

Esse compromisso absoluto da alta administração da organização envolve recursos e dedicação de orçamento adequado para a implementação e desenvolvimento de sistemas de governança e integridade a partir do mapeamento dos riscos inerentes à atividade organizacional (SILVA, 2020, p. 318). É indispensável o investimento de tempo e recursos para a transformação da cultura corporativa.

Portanto, o comprometimento da alta administração é fundamental para se desenvolver uma cultura organizacional capaz de introduzir no seio da administração pública uma adequada análise de risco, conforme apregoa a nova lei de licitações.

A solução para este *tradeoff* entre a soberania do consenso político (sufrágio universal) e a boa governança pode residir no investimento contínuo em capacitação dos servidores públicos (*compliance officer* e agentes de contratação), na criação de mecanismos efetivos de accountability, e na estruturação de equipes técnicas qualificadas, servidores efetivos concursados capazes de auxiliar os gestores na implementação e monitoramento da gestão de risco.

Desta forma, enquanto se preserva o direito fundamental de participação política, também se assegura que as complexidades da administração pública sejam adequadamente geridas.

4.3 A boa governança e a estratégia da gestão de riscos

O documento intitulado *Governance and Development* do Banco Mundial (Hyden e Court, 2002) definiu o conceito de governança considerando a qualidade da atitude dos gestores, que é medida a partir do atendimento do bem comum e da observância aos princípios éticos. Assim, a governança eficiente deve ir além do mero cumprimento de regulamentos, já que consiste em um sistema de valores que deve orientar e pautar a gestão e a fiscalização das instituições públicas (MENDES; BESSA; SILVA, 2015).

Colaborando, Martins e Marini (2014) conceituam governança pública como:

Um processo de geração de valor público a partir de determinadas capacidades e qualidades institucionais; da colaboração entre agentes públicos e privados na coprodução de serviços, políticas e bens públicos e da melhora de desempenho. Dessa forma, nenhum desses elementos pode ser pensado de forma isolada.

Desse modo, a governança é um conceito que, à primeira vista, pode parecer muito abrangente e até abstrato. A definição, comumente, dificulta que se faça uma conceituação de forma concreta e uniforme. Para Slomski (2008), mesmo com variações de interpretações dos conceitos de governança no setor público, é possível perceber que todos os conceitos pressupõem definições claras de responsabilidade, grande importância dada às boas relações entre as partes interessadas, à administração dos recursos e à entrega de resultados.

A International Federation of Accountants – IFAC (2001) publicou o Estudo 13 – PSC/IFAC, com práticas de boa governança para o setor público, propondo os seguintes princípios de governança: *openness* (transparência), *integrity* (integridade) e *accountability* (responsabilidade em prestar contas). Por sua vez, o Tribunal de Contas da União, ao elaborar o *Referencial básico de governança*, desmembrou o princípio da integridade em outros cinco princípios: legitimidade, equidade, responsabilidade, eficiência e probidade.

Esses princípios são basilares para as práticas recomendadas nas cinco dimensões estabelecidas na governança pública. Nardes, Altounian e Vieira (2018, p. 158) didaticamente identificam as cinco dimensões como os “5P’s” da governança pública.

Figura 1 – As 5 dimensões ou “5 P’s” da governança pública

Dimensões	Práticas de governança pública
1. Propósitos	Conjunto coerente e harmônico dos princípios, comportamentos, estratégias, indicadores, metas e produtos do ente estatal alinhado às necessidades e expectativas da sociedade.
2. Pessoas	Forma como o conjunto de lideranças e colaboradores é selecionado, capacitado, incentivado e avaliado.
3. Papéis	Maneira pela qual se estrutura e organiza um ente ou política pública quanto à divisão de responsabilidades entre agentes internos de governança (conselhos, alta administração, ouvidoria, auditoria interna e controle interno) e ao relacionamento com agentes externos, parceiros e partes relacionadas.
4. Processos	Conjunto de rotinas e práticas sistematizadas de: articulação com agentes internos e externos; estratégia; pessoal; controles; comunicação; e gestão de riscos.
5. Prestação de contas	Dever e predisposição da administração pública de divulgar à sociedade os atos, fatos e informações da gestão pública, a fim de comprovar a regularidade das ações e demonstrar o conjunto de resultados obtidos em comparação com os recursos públicos utilizados.

Fonte: Nardes, Altounian e Vieira, 2018, p. 158.

É importante enfatizar os estudos e esforços empreendidos pelo Tribunal de Contas para lançar o Referencial Básico de Governança (TCU, 2020), que já está em sua terceira edição. Nele, o Tribunal conceitua governança pública organizacional como sendo “a aplicação de práticas de liderança, de estratégia e de controle, que permite aos mandatários de uma organização pública e às partes nela interessadas avaliar sua situação e demandas,

direcionar a sua atuação e monitorar o seu funcionamento, de modo a aumentar as chances de entrega de bons resultados aos cidadãos, em termos de serviços e de políticas públicas”.

Esse mesmo documento elenca importantes instrumentos de governança no país que surgiram após a Constituição Federal de 1998, entre eles: Código de ética profissional do servidor público civil federal (Decreto nº 1.171/1994), o programa nacional de gestão pública e desburocratização (GesPública), a Lei nº 12.813/2013 que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do poder executivo federal, e a lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011).

O mesmo referencial ainda apresenta a instrução normativa conjunta n. 1/2016, do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e da Controladoria-Geral da União (CGU) sobre controles internos, gestão de riscos e governança na administração pública federal; o Decreto nº 9.203/2017 sobre a política de governança na administração pública federal e a portaria n. 8.678/2021 a respeito da governança das contratações públicas, editada pela Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital no Ministério da Economia.

Como o objetivo da pesquisa é a gestão de risco nas contratações públicas e a efetividade da matriz de risco nos contratos administrativos, passa-se a discorrer um pouco melhor sobre essa interação entre governança e gestão de riscos alinhados na quarta dimensão da governança (4º P).

Antes, porém, finaliza-se este tópico distinguindo os conceitos governança, governabilidade, gestão e *compliance*.

As expressões governança, governabilidade e gestão têm significados diferentes, embora sejam frequentemente confundidas e consideradas sinônimas. Mesmo que estejam interligadas, não são equivalentes.

A governabilidade está pautada pelas condições que permitem o exercício do poder pelo governo, envolvendo a legitimidade e a criação de estruturas de apoio político. Também pode ser entendida como as “condições do ambiente político em que se efetivam ou devem efetivar-se as ações administrativas, à base da legitimidade dos governos, credibilidade e imagem públicos da burocracia” (BENTO, 2003).

Para Bresser-Pereira (1997),

[...] um governo pode ter governabilidade, na medida em que seus dirigentes contam com os necessários apoios políticos para governar, e, no entanto, pode governar mal por lhe faltar a capacidade da governança. Existe governança em um Estado quando seu governo tem as condições financeiras e administrativas para transformar em realidade as decisões que toma.

Conforme o autor, enquanto a governabilidade diz respeito às estruturas de apoio político, já a capacidade de governança é a estrutura da máquina pública, ou melhor, os recursos que compõem a máquina pública (humanos, materiais, orçamentário e financeiro).

Numa outra abordagem, na qual se adere, o conceito de governança está vinculado à maneira como os recursos da organização devem ser planejados, coordenados e controlados visando a alcançar os resultados desejados. Isso envolve a melhoria contínua da relação entre benefícios e custos (TCU, 2020).

Sendo assim, adota-se o seguinte conceito de governança pública:

Capacidade que os governos têm de assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais; selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas; articular a ação de todos os agentes públicos e privados; alcançar e controlar os resultados previstos; estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foram alcançados; e divulgar todas essas etapas à sociedade (NARDES; ALTOUNIAN; VIEIRA, 2018, p. 149).

Ainda que o conceito acima seja o mais completo de governança, por questão didática optou-se por resumir-lo conforme o mosaico abaixo:

Figura 2 – Sistema de governança em organizações públicas



Fonte: TCU. RBGO, 2021.

Governança é um sistema composto de mecanismos de liderança, estratégia e controle, articulado em práticas capaz de satisfazer os anseios da sociedade com transparência, eficiência, eficácia e efetividade.

Quanto à distinção entre governança e *compliance* ou integridade, enquanto a governança atravessa o *Logos* (objetivo) da persuasão pública liderando, racionalizando e definindo estratégias, viabilizando suas execuções e controlando, ou seja, catalisandoos

princípios da eficiência (racionalidade econômica) e da legalidade (juridicidade), o *compliance* atravessa o *ethos*(subjetivo), cristalizando os princípios da moralidade e probidade – ética nos espaços públicos de poder. Contudo, é inevitável afirmar que em algum momento esses conceitos se tocam e se interconectam de forma indissociável.⁵⁶

Assim, a fim de compreender melhor a gestão de risco enquanto prática de mecanismo estratégico da governança, será tratado brevemente, no próximo capítulo, sobre as metodologias de gestão de risco no âmbito da administração pública como ferramenta indispensável a um bom governo.

⁵⁶ Considerando o triângulo da persuasão (Ethos, Pathos e Logos). O *Logos* está relacionado à razão, à lógica, à evidência, enquanto o *ethos* à credibilidade, à reputação e à ética. Disponível em: <https://cristianethiel.com.br/ethos-pathos-logos/>. Acesso em: 19/06/2023.

5 GESTÃO DE RISCO: CONCEITOS, REGULAMENTAÇÕES E METODOLOGIAS DE ESTUDO DE RISCOS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A gestão de riscos desempenha um papel fundamental na governança das organizações do setor público, abrangendo suas estruturas, processos, valores corporativos, cultura e comportamento. É um elemento essencial na arquitetura organizacional para o sucesso estratégico e operacional, e deve ser integrada como um processo de gestão dentro do quadro de governança mencionado anteriormente (figura 2).

A governança direciona o caminho da organização, suas relações externas e internas, assim como as regras, processos e práticas necessárias para alcançar sua finalidade. As estruturas de gestão traduzem as diretrizes da governança para a estratégia e os objetivos necessários para alcançar níveis desejados de desempenho sustentável e viabilidade a longo prazo. A definição da responsabilidade pela gestão de riscos e os papéis de supervisão no contexto de uma organização são elementos essenciais da governança organizacional (ABNT, 2018).

A integração da gestão de riscos em uma organização é um processo dinâmico e interativo, que deve ser adaptado às necessidades e cultura da organização. É importante que a gestão de riscos faça parte integral do propósito organizacional, da governança, da liderança e do comprometimento, da estratégia, dos objetivos e das operações, em vez de ser um elemento separado (ABNT, 2018).

O processo de gestão de riscos consiste na aplicação sistemática de políticas, procedimentos e práticas para as seguintes atividades: comunicação e consulta, estabelecimento do contexto, avaliação de riscos, tratamento de riscos, monitoramento, análise crítica, registro e relato de riscos (ABNT, 2018).

Conforme o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) (2007), as atividades relacionadas ao gerenciamento de riscos devem contribuir para a continuidade da organização, alinhadas aos seus objetivos estratégicos. O modelo de gerenciamento de riscos é uma ferramenta de tomada de decisão da alta administração, com a intenção de melhorar o desempenho da organização por meio da identificação de oportunidades de ganho e redução da probabilidade e/ou impacto de perdas, indo além do cumprimento das exigências regulatórias.

No entanto, para uma compreensão adequada do contexto de risco na administração pública, especialmente no que se refere à contratação pública, é fundamental entender o conceito de risco e seus correlatos.

5.1 Reflexões sobre o conceito de risco: da filosofia à prática da gestão de riscos nas contratações públicas

O conceito de risco permeia muitas esferas da vida contemporânea, desde a filosofia até a prática da gestão de riscos em contextos organizacionais e públicos. Ao explorar as múltiplas dimensões do risco, este trabalho procura oferecer uma visão integrada que abrangetanto a teoria sociológica quanto as práticas operacionais de gestão de risco.

Na literatura sociológica, o conceito de risco é central para a compreensão da modernidade. Ulrich Beck, em sua obra *Sociedade de Risco*, argumenta que se vive em uma era caracterizada pela produção, distribuição e gestão de riscos que são globalmente interconectados e não podem ser contidos dentro de fronteiras nacionais. Os riscos modernos, para o autor, são frequentemente invisíveis e incalculáveis, o que desafia as pessoas a entender e responder a eles de maneira eficaz (BECK, 2009, p. 34).

De forma semelhante, Anthony Giddens em *Consequências da Modernidade* (1991) também destaca o risco como uma característica definidora da vida moderna. O autor sugere que a modernidade é marcada pela reflexividade, um processo constante de examinar e reformular as práticas sociais à luz das informações disponíveis. No contexto dessa reflexividade, o risco se torna um componente central da vida cotidiana, já que as pessoas precisam negociar constantemente perigos e incertezas produzidos como subproduto do próprio processo de modernização.⁵⁷

Já na obra *Desafio dos Deuses*, a fascinante história do risco, Bernstein (1997) apresenta uma visão histórica e evolutiva do conceito de risco, descrevendo a luta da humanidade contra as forças do destino e como diferentes ideologias dominantes em distintas épocas moldaram a nossa percepção e gestão do risco.

O autor justifica que o que distingue a sociedade moderna das sociedades passadas é o domínio do risco, graças a avanços nas ciências matemáticas, biológicas e econômicas que nos permitiram transformar o futuro em uma oportunidade, em vez de um inimigo. “A ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco” (BERNSTEIN, 1997, p.1).

Bernstein afirma que, ao compreender o risco, medi-lo e avaliar suas consequências, o homem converteu o ato de correr ameaças em um dos principais catalisadores que impelem a sociedade ocidental moderna.

⁵⁷ Como, por exemplo, o uso de agrotóxico para potencializar a safra.

Ao definir um processo racional de enfrentar riscos, esses inovadores forneceram o ingrediente faltante que impeliu a ciência e as empresas ao mundo da velocidade, do poder, das comunicações instantâneas e das finanças complexas, típicos de nossa própria época. Suas descobertas sobre a natureza do risco e sobre a arte e a ciência da opção são centrais à nossa moderna economia de mercado à qual as nações em todo o mundo se apressam em aderir. Dados todos os seus problemas e armadilhas, a livre economia, tendo a livre opção em seu núcleo, trouxe à humanidade um acesso sem precedentes às coisas boas da vida (BERNSTEIN, 1997, p. 2).

Sem domínio da teoria das probabilidades e outros instrumentos de gestão do risco, os engenheiros jamais teriam projetado grandes pontes, os lares ainda não seriam aquecidos ou refrigerados, as usinas elétricas não existiriam, não haveria aviões, metrô, carros (SOUSA; SANTOS, 2022, p. 29).

Conviver com o risco é um velho dilema da sociedade: “Proteger-se contra todos os riscos é impossível, porque qualquer oportunidade invariavelmente acarreta riscos”. É o que explana Aaron Wildavsky:

O risco é uma precondição essencial para o desenvolvimento humano; se parássemos de assumir riscos, inovações técnicas e sociais necessárias para solucionar muitos dos problemas mundiais desapareceriam. De fato, muitos dos riscos existentes na sociedade moderna resultam de benefícios gerados por inovações sociais e tecnológicas. Por outro lado, a imprudência insensata também não é uma boa ideia. Em vez disso, precisamos definir um caminho intermediário no qual o acaso – com suas incertezas e ambiguidades inerentes – seja levado em consideração de maneira objetiva, racional e eficiente (WILDAVSKY, 1979, p. 32).

Ademais, o caminho intermediário “implicaria, em lugar de se esperar por um completo controle dos riscos; procurar formas de lidar democraticamente com as decisões sobre os riscos que as sociedades escolhem enfrentar” (GUIVANT, 2001, p.103).

É possível aferir que não há como eliminar os riscos inerentes ao processo de desenvolvimento, modernização e transformação social. O exemplo recente é a vacinação em massa da população contra o vírus SarsCov-2 causador da pandemia. Embora com relatos de efeitos colaterais, a ausência do imunizante poderia ter gerado efeitos ainda mais negativos.

No viés econômico, o conceito de "risco" está associado à possibilidade de falha em um empreendimento. No entanto, no ambiente corporativo contemporâneo, sua definição é mais ampla e abrange a quantificação e qualificação da incerteza, tanto em termos de perdas quanto de oportunidades, para indivíduos ou organizações. Considerando que o risco é inerente a qualquer atividade e impossível de ser completamente eliminado, sua gestão se torna crucial para a continuidade das corporações e outras entidades (IBGC, 2017).

Na esfera da governança e gestão, o conceito de risco é frequentemente tratado em termos mais operacionais. A gestão de riscos consiste em identificar, analisar, avaliar, tratar e monitorar os eventos que podem afetar a realização dos objetivos. Uma abordagem eficaz de

gestão de riscos pode contribuir para a criação de valor, melhorar a eficácia operacional, proteger os ativos e minimizar as perdas (MIRANDA, 2021, p. 32).

No campo do direito administrativo, o conceito de risco, além de suas aplicações mais tradicionais no contexto da responsabilidade civil da administração pública, tem sido mais recentemente abordado no âmbito da gestão de riscos. A terminologia envolve aspectos mais amplos no gerenciamento dos riscos de uma organização, como a elaboração de uma matriz de riscos (VALGAS, 2020, p. 296).

Mais à frente, a gestão de risco, a cláusula de risco e a matriz de risco serão enfocadas. Pode-se adiantar que o objetivo da matriz de risco é justamente a distribuição de "responsabilidades" na execução de contratos administrativos, particularmente na atribuição de mitigar ou eliminar riscos decorrentes da contratação.

De maneira ampla, sob a perspectiva de uma gestão de riscos efetiva, os riscos são previamente identificados e categorizados em ordinários ou extraordinários. Os ordinários, como regra, são assumidos pelo contratado, enquanto os riscos extraordinários, em geral, são assumidos pela administração. Todavia, o princípio orientador dessa divisão é a capacidade que cada parte tem de gerenciamento mais eficaz ou capacidade de resposta (responsividade). Portanto, para os propósitos deste estudo, a gestão de risco assume um papel de destaque especial, pois se torna protagonista na repartição objetiva de risco (matriz de risco) (ZANOTELLO, 2022, p.121-129).

Os riscos equipodem incluir uma variedade de questões, desde a não conformidade com as leis e regulamentos de contratação, até a ineficiência operacional, desperdício de recursos, ou mesmo corrupção. Para mitigar esses riscos, as organizações públicas podem empregar uma série de estratégias, abarcando a implementação de controles internos rigorosos, a realização de auditorias regulares, a promoção de transparência e responsabilidade, e a formação de parcerias com partes interessadas para melhorar a supervisão e responsabilidade.

A despeito da multifacetada compreensão do conceito de risco a depender de cada ramo do saber em que esteja inserido, nesta pesquisa adota-se o seguinte conceito operacional: “Risco na Administração Pública é toda incerteza que pode afetar a atividade administrativa tendo por consequência impactos negativos ou positivos nos objetos por ela pretendidos” (VALGAS, 2020, p. 323).

Uma vez estabelecido o conceito adotado de risco administrativo, torna-se crucial elucidar certas distinções indispensáveis ao estudo do risco, contendo a divergência entre

risco e incerteza, risco e perigo, bem como a necessidade de distinguir possibilidade de probabilidade.

Segundo a contribuição acadêmica de Bergamini Junior (2005), o risco é compreendido como a incerteza que pode ser mensurada. Portanto, “riscos são eventos incertos ocorridos na prática da operação das organizações e que impactam seus objetivos, e não qualquer coisa que pode acontecer e dar errado” (SOUZA e SANTOS, 2022, p.29).

Adicionalmente, observa-se a proximidade dos conceitos de risco e perigo. O perigo é representado como o risco que ultrapassa a capacidade de tolerância de uma organização, resultando na expressão 'tolerância ao risco' ou 'apetite ao risco'. Refere-se à margem de eventos que podem dar errado, embora não se espere, é chamado de nível de tolerância ao risco.⁵⁸ Por conseguinte, qualquer acontecimento que exceda este limite é considerado intolerável e deve ser prontamente identificado, avaliado e gerenciado.

Ainda são significativos outros dois conceitos no estudo do risco: o de risco inerente e o de risco residual (COSO, 2006). Na gestão de riscos, os termos "risco inerente" e "risco residual" são utilizados para descrever duas fases distintas do processo de tratamento de riscos. O risco inerente descreve o nível de risco que existe na ausência de ações de controle ou mitigação. Em outras palavras, é o risco que está presente em seu estado natural, antes de qualquer medida ser tomada para gerenciá-lo ou reduzi-lo.

Imagine que um órgão esteja realizando uma licitação para um grande projeto de infraestrutura. Um risco inerente é a possibilidade de que todos os licitantes submetam propostas que excedam o orçamento estabelecido para o projeto. Assim, é um risco que existe naturalmente, antes de qualquer controle ou medida preventiva ser tomada.

O risco residual, por outro lado, é o nível de risco que permanece após as medidas de controle ou mitigação terem sido implementadas. Essas avaliações podem incluir políticas, procedimentos, práticas de segurança, treinamento e equipamento de proteção pessoal. O risco residual simboliza o risco que ainda existe, mesmo depois de todas as medidas razoáveis terem sido tomadas para controlar o risco inerente. Usando o exemplo anterior, para mitigar o risco inerente, o órgão pode decidir publicar uma estimativa detalhada do orçamento do projeto junto à licitação, para orientar os licitantes na elaboração de suas propostas. No entanto, mesmo depois de tomar essa medida, ainda há a possibilidade (embora reduzida) de que todos os licitantes submetam propostas acima do orçamento. Este é o risco residual.

⁵⁸ Estabelece-se a margem do que é aceitável e do que não é aceitável.

Nesse caso, o órgão tomou medidas para controlar o risco inerente (publicando uma estimativa de orçamento detalhada), mas ainda há um risco residual (propostas ainda podem exceder o orçamento). O ente licitante deve então decidir se o risco residual é aceitável ou se são necessárias mais medidas de controle.

Finalmente, é imperativo não confundir a probabilidade com a possibilidade de risco. A possibilidade está restrita a um conceito binário, expresso em termos de sim ou não, enquanto a probabilidade é representada em uma escala que varia de 0 a 100%, conferindo assim uma amplitude muito maior (VALGAS, 2020, p.324).

Conforme o exposto, o estudo do risco não se destina à avaliação de qualquer circunstância que possa levar a um erro, dado que todas as situações carregam intrinsecamente o potencial de insucesso. A análise de risco almeja estabelecer, levando em conta a realidade específica, a cultura organizacional e a tolerância ao risco de cada organização, uma escala de probabilidade que varia de 0 a 100% para a ocorrência de eventos específicos e, adicionalmente, determinar o impacto correspondente de tais eventos caso eles venham a se materializar, seja esse impacto positivo, seja negativo.

Em regra, a análise é conduzida com o propósito de evitar impactos negativos, embora também possa servir para identificar e explorar oportunidades, isto é, possíveis impactos positivos.

Enfim, o conceito de risco alcança um espectro que vai desde questões filosóficas e sociológicas até questões práticas de gestão de risco nas contratações públicas. Ao discernir a interconexão entre essas dimensões, é possível desenvolver abordagens mais robustas e eficazes para a gestão de riscos que são sensíveis tanto às complexidades teóricas quanto aos desafios práticos inerentes na negociação de riscos na era moderna.

Ao mesmo tempo, esta discussão releva a importância de uma abordagem integrada para a gestão de riscos, que admite tanto as reflexões sociológicas quanto as práticas operacionais, principalmente no contexto das contratações públicas, onde os riscos podem ter ramificações significativas para a eficiência e eficácia do setor público.

5.2 Distinção entre gestão de riscos, matriz de riscos e cláusula de riscos (não abordei o mapa de risco previsto na IN 05/17, art. 26).

A gestão de riscos, a matriz de riscos e a cláusula de riscos são três conceitos inter-relacionados, mas distintos, usados para identificar, analisar e mitigar os riscos potenciais em diferentes contextos.

Gestão de riscos é um processo sistemático de identificação, avaliação e priorização de riscos seguido pela coordenação e aplicação de recursos para minimizar, monitorar e controlar a probabilidade e/ou o impacto de eventos indesejáveis (FONTENELE, 2021, p. 42). A gestão de riscos pode ser aplicada a qualquer situação em que exista a possibilidade de consequências negativas ou positivas, englobando, mas não se limitando à área de licitações e aos contratos.

Por sua vez, matriz de riscos é uma ferramenta específica usada na gestão de riscos. É uma tabela visual, abordada posteriormente, que ajuda os gestores a identificar e avaliar os riscos, classificando-os de acordo com a sua probabilidade de ocorrência e a severidade do impacto potencial. A matriz de riscos fornece uma representação gráfica dos riscos, facilitando a compreensão e a comunicação dos riscos entre as partes interessadas.

Porém, a Lei nº 14.133/21, em seu art. 6º, inc. XVII, define matriz de risco como cláusula contratual. Todavia, a matriz de risco é, de fato, uma representação gráfica que pode resultar na elaboração de uma cláusula de risco singular ou múltipla. Esta versão mais robusta, que empunha a distribuição de vários riscos detectados, foi denominada pelo legislador como "cláusula de matriz de risco", cujo conteúdo deve estar anexado ao instrumento contratual.

A nova NLLC, no parágrafo único do art. 11,⁵⁹ estabelecem apenas a necessidade da referida cláusula, mas formula precipuamente a necessidade de uma política de gestão de riscos estruturada. Essa distinção é fundamental “uma vez que no novo contexto de governança corporativa não se admitirá que a gestão institucional esteja desconectada da análise de risco, ao contrário, dela deverá se servir para a tomada de decisões” (CASTRO; ZILLOTTO, 2021, p. 292).

A cláusula de risco (simples) é um elemento específico do instrumento de contrato usado para alocar risco específico entre as partes contratantes. Ela aponta quem é responsável pelo risco, e, muitas vezes, inclui disposições para o que acontecerá se determinado evento de risco ocorrer. É uma ferramenta importante para mitigar os riscos em situações contratuais, assegurando que as partes estejam cientes e concordem com a alocação dos riscos antes de entrar no contrato.

⁵⁹ Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Portanto, enquanto a gestão de riscos é um processo contínuo e abrangente que envolve a identificação, avaliação, tratamento e monitoramento dos riscos, a matriz de risco é uma ferramenta de representação visual que relaciona a probabilidade de ocorrência de um evento de risco com o seu impacto. Já a cláusula de risco é produto da gestão de risco. Trata-se de cláusula econômica que especifica a alocação de responsabilidades e riscos entre as partes envolvidas definindo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por sua vez, essa cláusula pode se materializar através de uma matriz de distribuição de risco ou em simples cláusula.

Nem todo estudo de risco resultará necessariamente em matriz de risco, porém toda cláusula de risco, matricial ou não, pressupõe o estudo do risco por meio de critérios predefinidos pela administração pública, conforme especifica o *caput* do art. 22 e o §6º, do art. 103, ambos da Lei nº 14.133/21.

5.3 Regramentos da gestão de risco

A previsão de alocação de riscos nos contratos administrativos teve início com a Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), ao pleitear no seu art. 4º, inc. VI, a repartição objetiva dos riscos entre as partes, assim como a exigência, no art. 5º, inc. III, que antecipa como cláusula obrigatória nos contratos de PPP a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

No plano dos diplomas normativos aplicáveis ao setor público quanto à gestão de riscos, destaca-se a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), o decreto federal n. 9.203/2017, a instrução normativa conjunta (INC) n. 01/2016, do Ministério do Planejamento e da Controladoria Geral da União, a instrução normativa n. 05/2017, do Ministério do Planejamento e mais recentemente a Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitação).

Por opção, destaca-se a nova lei de licitações e contratos. Essa legislação passou a contar com dispositivo específico para tratar da matriz de alocação de riscos nas contratações, nos termos do seu art. 22:

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.

§ 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;

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.

§ 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.

Pela norma transcrita, pode-se depreender que a nova lei de licitações é mais uma legislação no ordenamento brasileiro que passa a versar sobre a matriz de alocação de risco como regra contratual entre a administração pública e o particular nas contratações públicas.

Para Irene Nohara, um ponto alto da nova legislação foi o estabelecimento de regras mais específicas e consequências da alocação de riscos, pois ela se preocupou em disciplinar processos e estruturas para uma governança da contratação, com gestão de riscos e controles internos, bem como com a previsão de alocação de riscos em contratos (NOHARA, 2021, p. 421-422). Segundo a autora, serão preferencialmente transferidos para o contratado os riscos que tenham cobertura oferecidas por seguradoras, sendo que a alocação de riscos contratuais terá uma quantificação feita para fins de projeção dos reflexos dos seus custos no valor estimado da contratação.

A instauração de uma matriz de risco abrangente irá garantir muito mais segurança jurídica diante de eventos supervenientes que possam impactar o contrato de forma negativa, já determinados parâmetros de responsabilização, com a definição de quem irá assumir o ônus de gerenciar o sinistro ocorrido.

De acordo com o art. 6º, inc. XXVII, a matriz de risco é assim definida:

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;

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.

E, em conformidade com o art. 92, inc. IX, da NLLC, é necessária, em todo o contrato, cláusula que estabeleça a matriz de risco, quando for o caso. A inserção de uma matriz de alocação de riscos é apresentada como uma faculdade para o administrador, sendo obrigatória somente quando a contratação se referir a obras e a serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada.

É importante reiterar que o Tribunal de Contas da União (TCU),⁶⁰ em face das disposições da Lei nº 13.303, de 2016, entendeu que as empresas estatais estão obrigadas a estabelecer matriz de risco em todos os seus contratos referentes a obras e serviços de engenharia, independentemente do regime de execução, como forma de manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. É o que se demonstra abaixo:

9.1 determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf) e as Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás) adotem as medidas cabíveis, no bojo do Contrato CTNI-80.2018.1280.00, entre outros semelhantes ajustes atuais, com vistas à efetiva correção das seguintes falhas:

9.1.1. Ausência de cláusula sobre a matriz de riscos nos contratos de obras e serviços de engenharia, já que, independentemente do regime de execução, a matriz de risco figuraria como exigência fixada para as empresas estatais pelo art. 69, X, da lei nº.13.303. De 2016, e, assim, deveria estar inserida nos contratos para obras e serviços de engenharia firmados pelas empresas estatais em prol da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Do relatório desse acórdão, extrai-se, também, as seguintes importantes considerações:

59. A matriz de risco tornou-se uma exigência legal para as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista por força dos arts. 69, inc. X, e 81, §8º da Lei 13.303/2016. Essa cláusula é inerente aos contratos de obras e serviços de engenharia firmados por empresas estatais, e se apresenta como garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, definindo sobre quando e quais as condições para eventual assinatura dos termos aditivos.

60. Consequentemente, todas as formas de contratação com base nessa lei deverão possuir a matriz de risco de forma a disciplinar o equilíbrio econômico-financeiro da avença e as condições para a realização de eventuais aditivos contratuais. Todavia, para as contratações semi-integradas e integradas a matriz de risco, do mesmo modo, regulará as circunstâncias para propositura de inovações no anteprojeto ou projeto básico.

⁶⁰ TCU. Acórdão nº 4.551/20, Plenário. Disponível em <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 4 fev. 2023.

Por analogia, deve-se considerar que tal deliberação do E. Tribunal aplica-se, igualmente, a partir da utilização da nova lei de licitações e contratos, por todos aqueles que estiverem contratando obras e serviços de engenharia. Fazer qualquer distinção na obrigatoriedade quanto à alocação de riscos entre administração direta e administração indireta não se apresenta como alternativa possível.

Conforme Odete Medauar, “Administração indireta é o conjunto de entidades personalizadas que executam, de modo descentralizado, serviços e atividades de interesse público” (MEDAUAR, 2015, p. 85). Se a administração indireta tutela serviços e atividade de interesse público, a administração direta defende o próprio interesse público. Esse fator já coloca a administração direta numa posição de maior submissão à gestão de risco.

Com efeito, à luz dos diplomas normativos e jurisprudência acima, pode-se observar a exigência de gestão de riscos na administração pública brasileira, o que irá descortinar desafios e mudança de cultura administrativa para incorporá-la aos processos decisórios, elevando o nível de planejamento e da própria gestão pública. Estas normas foram elaboradas atendendo às metodologias de gestão de riscos.

5.4 Principais metodologias de gestão de riscos

Sem a pretensão de se aprofundar na abordagem, o objetivo deste tópico é apresentar as principais estruturas ou modelos de referência de gerenciamento de riscos mundialmente reconhecidos e que têm sido base para a implementação da gestão de riscos na maior parte das organizações em todo o mundo. Como será observado, a maioria dessas normas apresentam mais semelhanças que diferenças, e são aplicáveis a qualquer tipo de organização, devendo ser adaptadas às características, às atividades e à cultura (FERMA, 2002).

Esses referenciais teóricos de gestão de riscos consolidam um conjunto de técnicas, atividades e boas práticas que efetivamente contribuem para o processo de gestão de riscos, contemplando as atividades de identificação, avaliação, tratamento, monitoramento e comunicação dos riscos corporativos.

A aderência rigorosa à metodologia é crucial para prevenir a formação de controles que são meramente formais e burocráticos, sem oferecer efetividade, do tipo formulário padrão ou *ckecklist*. Sem essa precisão, arrisca-se a construção de sistemas de gerenciamento de risco cujo custo econômico e social excede significativamente o risco,

proporcionando uma falsa sensação de um sistema eficaz. Contudo, na realidade, esses sistemas levam ao desperdício de tempo e recursos.

A título ilustrativo, traz-se o caso de uma organização que decide investir fortemente para mitigar o risco de segurança de pessoas, bens e informações. Para isso, ela decide contratar diversos postos de vigilância armada, investe em porta giratória com detector de metal, catracas, sensores e instala circuito interno de TV por todo o prédio. Entretanto, se poucas pessoas visitam essa organização, se a entidade não trabalha com informações sigilosas ou não possui bens de grande valor, o risco de violação da segurança pode ser muito baixo, e os controles instituídos podem estar em excesso, representando desperdício de tempo e recursos. Uma adequada gestão de riscos resultará na eliminação de controles desnecessários, sem expor a organização a riscos indesejados (SANTOS; SOUZA, 2022, p. 32).

É imprescindível que cada organização defina seu próprio nível de tolerância ao risco. Isso significa que não necessariamente todos os riscos merecem ser gerenciados. É importante frisar que eficiência no controle de riscos não se traduz necessariamente em quantidade de controle. “Controlar bem não é o mesmo que controlar muito” (SOUZA; SANTOS, 2022, p. 32),⁶¹ ou seja, gerenciar bem os riscos não significa gerenciar todos eles.

Dessa forma, as principais metodologias em gestão de riscos utilizados pelas organizações são: COSO ERM, ABNT ISO 31000/2018 e o modelo das três linhas do IIA 2020. Cabe sublinhar que os modelos de referência aqui apresentados se baseiam nos modelos de referência de gestão corporativa de riscos divulgados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).⁶²

5.4.1 COSO ERM

Em 1992, o Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) publicou o guia *Internal Control – integrated framework* (COSO-IC ou COSO I), com a proposta de orientar as organizações quanto a princípios e melhores práticas de controle interno, em especial para assegurar a produção de relatórios financeiros confiáveis e prevenir fraudes.

⁶¹ Combatendo o desperdício no setor público.

⁶² Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/planejamento-governanca-e-gestao/gestao-de-riscos/politica-de-gestao-de-riscos/modelos-de-referencia.htm>.

Em 2004, o COSO lançou o Enterprise Risk Management (COSO-ERM ou COSO II), documento que ainda hoje é tido como referência no tema gestão de riscos corporativos.

Esse modelo, como o próprio nome revela, foi projetado com o objetivo de orientar as organizações no estabelecimento de um processo de gestão de riscos corporativos e na aplicação de boas práticas sobre o tema.

5.4.1.1 Visão geral

O COSO ERM é um modelo de gestão de riscos que busca integrar a gestão de riscos com a estratégia organizacional. O escopo principal do COSO ERM é alinhar a gestão de riscos com a estratégia da empresa para otimizar o desempenho.

5.4.1.2 Componentes

O modelo COSO ERM é composto por oito componentes inter-relacionados: ambiente interno, definição de objetivos, identificação de eventos, avaliação de riscos, resposta a riscos, atividades de controle, informação e comunicação, e monitoramento. Estes componentes trabalham juntos para formar um ciclo de gestão de riscos que permite à organização identificar, avaliar e responder eficazmente aos riscos.

5.4.1.3 Abordagem integrada

Ao contrário de alguns outros modelos de gestão de riscos, o COSO ERM promove uma abordagem integrada à gestão de riscos. Todos os níveis da organização estão envolvidos na gestão de riscos, desde o conselho de administração e a alta administração até os funcionários de nível operacional. A finalidade é desencadear uma melhor comunicação e colaboração em toda a organização e ajuda a garantir que a gestão de riscos esteja alinhada com a estratégia geral da empresa.

5.4.1.4 Gestão de riscos estratégicos

Uma das principais vantagens do COSO ERM é o seu foco na gestão de riscos estratégicos. Em vez de simplesmente identificar e mitigar riscos, o COSO ERM busca entender como os riscos podem impactar a realização dos objetivos estratégicos da

organização. Isso ajuda a organização a ordenar melhor seus esforços de gestão de riscos com sua estratégia geral e a usar a gestão de riscos como uma ferramenta para otimizar o desempenho.

5.4.1.5 Limitações

Apesar de suas muitas vantagens, o modelo COSO ERM também tem algumas limitações. Dentre estas restrições, pode ser complexo de implementá-lo, especialmente em organizações maiores com muitos departamentos diferentes. Além disso, embora a abordagem integrada à gestão de riscos possa melhorar a comunicação e a colaboração, também pode levar a uma maior burocracia e lentidão na tomada de decisões.

Em resumo, o COSO ERM é uma ferramenta valiosa para a gestão de riscos, mas como qualquer ferramenta, deve ser usada adequadamente para ser eficaz.

5.4.2 Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)

A Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) publicou, em 2004, o guia GOV 9100 – *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*. O objetivo é prover um modelo de controle interno no setor público e uma base por meio do qual o controle interno pode ser avaliado e aplicável a todos os aspectos relacionados com o funcionamento de uma organização pública.

Em 2007, a INTOSAI divulgou o guia complementar GOV 9130 – *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector – Further Information on Entity Risk Management*, com recomendações adicionais ao guia GOV9100. O documento preconiza um modelo para a aplicação da gestão de riscos no setor público e provê uma base no qual a gestão de riscos pode ser avaliada. Seguem abaixo alguns pontos-chave do documento.

5.4.2.1 Visão geral

Esse modelo foi baseado, respectivamente, no padrão COSO-IC e COSO-ERM anteriormente citados, com algumas modificações, especialmente adaptações de linguagem e de contexto, de forma a adequar o uso ao setor público.

5.4.2.2 Responsabilidade (Accountability)

Este é um princípio central do modelo. Os órgãos de serviço público e os indivíduos dentro deles são responsabilizados por suas decisões e ações, incluindo sua administração de fundos públicos e todos os aspectos de desempenho. A responsabilidade pode ser diagonal (cidadãos usando instituições governamentais para melhor supervisão), horizontal (funcionários públicos contidos e supervisionados por outras agências governamentais) e vertical (funcionários públicos responsabilizados perante o eleitorado ou cidadania).

5.4.2.3 Ativos

O termo "ativos" refere-se a quaisquer itens de valor econômico pertencentes a um indivíduo ou corporação. No contexto de entidades públicas, ativos são recursos controlados pela entidade dos quais se espera que fluam benefícios econômicos futuros ou potencial de serviço. Estes podem ser financeiros, tangíveis ou intangíveis.

5.4.2.4 Papéis e responsabilidades dos stakeholders

O modelo identifica todas as partes envolvidas e seus principais papéis. Ele também discute a coordenação e a comunicação cruzada entre os stakeholders oficiais.

5.4.2.5 Avaliação dos padrões de boa governança para ativos públicos

O modelo introduz mecanismos e atividades potenciais que poderiam ser usados pelos stakeholders ao avaliar e tentar aprimorar as características ou princípios centrais da boa governança para ativos públicos.

5.4.2.6 Papel das entidades fiscalizadoras superiores (SAIs)

As SAIs têm papéis e responsabilidades específicas no modelo. Elas são encarregadas de revisar a governança das entidades públicas e a proteção dos ativos públicos contra uso indevido, fraude e corrupção.

5.4.2.7 A boa governança através da gestão de riscos

O modelo enfatiza a importância de promover a boa governança através da gestão de riscos nas entidades públicas.

O modelo do INTOSAI é projetado para criar uma frente comum contra a corrupção, promovendo eficientemente a conscientização institucional, padrões, políticas e melhores práticas. Ele fornece um arcabouço para as SAIs implementarem ações de auditoria suprema com o entendimento de que cada instituição pública deve ser totalmente responsável por sua própria gestão de ativos públicos.

5.4.3 Modelo das três linhas do Institute of Internal Auditors (IIA) 2020⁶³

5.4.3.1 Visão geral

O modelo das três linhas do IIA é um modelo de governança e gestão de riscos. Atualizado em 2020, visa a melhorar a clareza e fortalecer o papel das três linhas na defesa eficaz dos objetivos organizacionais. Também salienta que todos na organização têm um papel na governança e na gestão de riscos.

5.4.3.2 Estrutura

O modelo é baseado em três linhas distintas. A primeira linha compreende as operações que gerenciam riscos. A segunda inclui funções de supervisão de risco e controle que implantam políticas e garantem que a primeira linha esteja efetivamente gerenciando os riscos. A terceira linha, a auditoria interna, proporciona uma avaliação independente e objetiva do quadro de governança, gestão de riscos e controle interno.

5.4.3.3 Flexibilidade

O modelo das três linhas foi atualizado para ser mais flexível do que seu predecessor. Ele aceita que diferentes organizações terão diferentes maneiras de aplicar o modelo, dependendo de seu tamanho, natureza da atividade e ambiente regulatório. A

⁶³ Modelo de gestão de riscos sugerido no livro *Implementando a gestão de riscos no setor público*, de Rodrigo Fontenelle A. Miranda (2021, p. 71).

renovação busca promover uma compreensão mais ampla de governança e gerenciamento de riscos, destacando que todos na organização têm um papel na gestão de riscos.

5.4.3.4 Enfoque em governança e gestão de riscos

O modelo evidencia a importância da governança e da gestão de riscos para o sucesso da organização. Ele admite que a gestão de riscos é uma responsabilidade de todos na organização e grifa a importância de um bom diálogo e cooperação entre as três linhas.

5.4.3.5 Limitações

Embora o modelo das três linhas seja amplamente utilizado e respeitado, também tem suas limitações. Uma delas é ser complexo de implementar, sobretudo em organizações menores ou menos formalmente estruturadas. Além disso, o modelo pressupõe um certo nível de maturidade na gestão de riscos, que pode não estar presente em todas as organizações.

Em síntese, o modelo das três linhas do IIA 2020 é uma ferramenta valiosa para a governança e a gestão de riscos, mas sua eficácia depende da forma como é implementado e aplicado na prática.

5.4.4 ABNT NBR ISO 31000/2018

A norma técnica ISO 31000:2009 resultou de esforço da International Organization for Standardization (ISO) para criar um padrão internacional à gestão de riscos corporativos. Foi publicada no Brasil sob o nome *ABNT NBR ISO 31000:2009 Gestão de riscos – Princípios e diretrizes*.

O processo de gestão de riscos indicado na ISO 31000:2009 não difere muito do que já era previsto em normas técnicas regionais que a antecederam e contempla as seguintes fases ou atividades: estabelecimento do contexto, identificação, análise, avaliação e tratamento de riscos, comunicação e consulta, monitoramento e análise crítica.

Também em 2009, a ISO difundiu a versão atualizada – e compatível com a ISO 31000 – do guia ISO Guide 73 – *Risk Management Vocabulary*, instrumento preponderante para a sedimentação de uma linguagem comum e padronizada relativa ao tema.

Em 2018, a ISO 2009 foi revisada e seu conteúdo foi totalmente substituído pela nova versão. Na essência, o processo de gestão de riscos continua o mesmo, introduzindo as

etapas relativas às atividades de comunicação e consulta, ao estabelecimento do contexto, avaliação dos riscos (identificar, analisar e avaliar os riscos), uma etapa relativa ao monitoramento e, por fim, registro e relato dos riscos.

5.4.4.1 Visão geral

A ABNT NBR ISO 31000/2018 foi projetada para ser aplicável a qualquer organização, independentemente do seu tamanho, tipo ou setor de atividade.

5.4.4.2 Estrutura

A ISO 31000 é alicerçada em três componentes principais: princípios, framework e processo. Os princípios definem a abordagem fundamental para a gestão eficaz de riscos. O framework colabora com uma estrutura para a implementação desses princípios. O processo é um ciclo contínuo de atividades que inclui a identificação, avaliação e tratamento de riscos, bem como a comunicação e o monitoramento contínuos desses riscos.

5.4.4.3 Abordagem flexível

Um dos pontos fortes da ISO 31000 é a sua flexibilidade. A norma é desenvolvida para ser adaptável a uma ampla gama de contextos organizacionais e de risco. Sendo assim, a ISO 31000 pode ser aplicada a qualquer tipo de risco, de riscos financeiros e operacionais a riscos de reputação e estratégicos.

5.4.4.4 Gestão de riscos proativa

A ISO 31000 prevê proatividade à gestão de riscos. Nesse sentido, as organizações devem procurar identificar e avaliar riscos antes que eles ocorram, e implementar estratégias para mitigar esses riscos. Este enfoque previne incidentes de risco e minimiza o impacto de quaisquer riscos que ocorram.

5.4.4.5 Limitações

Mesmo que a ISO 31000 seja um padrão valioso para a gestão de riscos, ela também tem algumas limitações. Em primeiro lugar, a norma fornece orientação de alto nível, mas não detalhada sobre como implementar uma gestão de riscos eficaz em contextos específicos. Além disso, a flexibilidade da norma também pode torná-la vaga e sujeita a interpretações diferentes.

A ABNT NBR ISO 31000/2018 propicia uma estrutura sólida e flexível para a gestão de riscos. No entanto, a eficácia da norma depende de como ela é implementada na prática.

5.5 A matriz de risco no modelo de referência ISO 31000

Considerando o escopo dessa pesquisa – a gestão do risco como pressuposto para a construção de uma adequada cláusula de matriz de risco nos contratos administrativos – e a abordagem flexível⁶⁴ do modelo ISO 31000, opta-se por detalhar melhor o seu conteúdo.

A referida norma estabelece i) princípios e diretrizes para gestão de riscos; ii) termos e definições acerca do que seja risco, gestão de riscos, estrutura, política de gestão de riscos, proprietário do risco, processos de gestão de riscos, controle externo e interno, processo de avaliação de riscos, identificação, consequência, probabilidade, perfil de risco, análise de riscos, critérios de risco, nível de risco, avaliação, tratamento, controle, risco residual, monitoramento; iii) descrição dos princípios da gestão de riscos; iv) definição da estrutura de gestão de riscos, suas generalidades, inter-relação entre os seus componentes, mandato e comprometimento, concepção estrutural, responsabilização, implementação, monitoramento; v) processo de gestão de riscos, comunicação e consulta, estabelecimento de contexto externo e interno, processo de avaliação de riscos: identificação. Análise, avaliação, tratamento, monitoramento, registro do processo (ISO 31000).

Da estrutura ISO 31.000 de gerenciamento acima tratada, destaca-seo processo de avaliação de riscos, com a respectiva 1) identificação, 2) análise, 3) avaliação, 4) tratamento e 5) monitoramento de riscos.

A primeira etapa do processo de gestão de riscos é a identificação. Para isso, podem ser utilizadas diversas técnicas, como o *brainstorming* (tempestade de ideias), consulta

⁶⁴ Aplicável a qualquer organização, independentemente do seu tamanho, tipo ou setor de atividade.

a especialistas (por exemplo, usando o método Delphi), revisão de experiências anteriores e envolvimento dos colaboradores envolvidos no processo. É interessante classificar o risco como interno ou externo e registrar suas causas, impactos e consequências para os objetivos da organização.

Após a identificação dos riscos, a segunda etapa consiste na análise. Nesse estágio, realiza-se uma avaliação qualitativa do risco, levando em consideração diversos aspectos e envolvendo uma certa subjetividade na apreciação das causas e fontes do risco.

A análise de risco tem o objetivo de compreender a natureza do risco, avaliar sua probabilidade de ocorrência e estimar o impacto potencial caso ocorra (VALGAS, 2020, p. 309). A análise de riscos “também pode fornecer uma entrada para a tomada de decisões em que escolhas precisam ser feitas e as opções envolvem diferentes tipos e níveis de risco” (ISO 31.000).

A terceira fase é a avaliação dos riscos, que tem a finalidade de apoiar o processo de tomada de decisão, estabelecendo critérios e definindo o contexto. Com ênfase nos resultados da avaliação, é possível priorizar certos riscos e determinar os respectivos tratamentos. Um aspecto primordial é comparar o risco identificado com os critérios previamente estabelecidos, para determinar sua relevância e definir as ações necessárias para o tratamento adequado (VALGAS, 2020, p.309).

A utilização de uma matriz de riscos que classifica os riscos com base na probabilidade e no impacto (ou severidade) é uma ferramenta eficaz para avaliar a verdadeira dimensão dos riscos. Um exemplo comum é a matriz de risco 5x5, como a apresentada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que fornece uma clara quantificação dos níveis de risco.

Figura 3 – Matriz 5x5e níveis de risco.

IMPACTO	Catastrófico	5	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico	Risco Crítico
	Grande	4	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico
	Moderado	3	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico
	Pequeno	2	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto
	Insignificante	1	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado
			1	2	3	4	5
			Muito baixa	Baixa	Possível	Alta	Muito alta
			PROBABILIDADE				

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017, p. 05.

A matriz de riscos acima exemplificada apresenta escala de impacto e probabilidade. A depender do peso atribuído a cada um destes elementos. No que se refere à probabilidade, são atribuídos os seguintes critérios para fins de determinar se esta varia de muito baixa a muito alta.

Figura 4 – Probabilidade/Orientações para atribuição de pesos

Probabilidade		
Escala	Frequência Observada/Esperada	Descritivo da Escala
5 - Muito alta	$\geq 90\%$	Evento esperado que ocorra na maioria das circunstâncias
4 - Alta	$\geq 50\% < 90\%$	Evento provavelmente ocorra na maioria das circunstâncias
3 - Possível	$\geq 30\% < 50\%$	Evento deve ocorrer em algum momento
2 - Baixa	$\geq 10\% < 30\%$	Evento pode ocorrer em algum momento
1 - Muito baixa	$< 10\%$	Evento pode ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017, p.08.

A segunda variante é a escala de impacto. Para tanto, procura-se estabelecer qual o nível de comprometimento das ações de gestão.

Figura 5 – Escala de impacto

- | |
|--|
| <p>(a) Peso 5: Catastrófico - o impacto ocasiona colapso às ações de gestão, a viabilidade estratégica pode ser comprometida;</p> <p>(b) Peso 4: Grande - o impacto compromete acentuadamente às ações de gestão, os objetivos estratégicos podem ser fortemente comprometidos;</p> <p>(c) Peso 3: Moderado - o impacto é significativo no alcance das ações de gestão;</p> <p>(d) Peso 2: Pequeno - o impacto é pouco relevante ao alcance das ações de gestão;</p> <p>(e) Peso 1: Insignificante - o impacto é mínimo no alcance das ações de gestão.</p> |
|--|

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017, p. 06.

Na aplicação da matriz de risco, a multiplicação dos valores atribuídos aos eixos de probabilidade e impacto permite determinar o nível de risco ao qual a organização está exposta. A pontuação resultante é interpretada à luz do apetite de risco estabelecido pela organização. Se a organização define como críticos os riscos com pontuação igual ou superior a vinte, isso indica um apetite de risco mais elevado. Tal configuração implica uma maior disposição da organização em aceitar riscos em busca de seus objetivos estratégicos.

Figura 6 – Escala de nível de risco

Escala de Nível de Risco	
Níveis	Pontuação
RC - Risco Crítico	$\geq 15 \leq 25$
RA - Risco Alto	$\geq 8 \leq 12$
RM - Risco Moderado	$\geq 4 \leq 6$
RP - Risco Pequeno	$\geq 1 \leq 3$

Nota: cada tonalidade representa um nível de risco que reflete os pontos de corte (impacto x probabilidade).

Fonte: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017, p. 09.

Uma vez avaliados os riscos, cabe realizar a etapa quatro, tratamento dos riscos, cujas medidas podem consistir em: i) evitar, ii) transferir, iii) mitigar ou iv) aceitar os riscos (VALGAS, 2020, p. 311).

Evitar riscos pode implicar a própria supressão da atividade que gera o risco. Valgas confirma que as barragens a montante, como as que causaram os desastres de Mariana e Brumadinho no Brasil, são conhecidas por serem menos seguras do que outras técnicas de armazenamento de rejeitos. Portanto, uma maneira de evitar o risco de um desastre semelhante no futuro seria proibir o uso dessas barragens a montante e descomissioná-las, ou seja, retirá-las de serviço de forma segura. A decisão poderia envolver a drenagem dos rejeitos armazenados e a reabilitação do local. Embora isso possa ter um custo econômico, o argumento é que o benefício de evitar um desastre potencialmente catastrófico justifica essa ação (VALGAS, 2020, p. 311).

Transferir riscos implica compartilhar ou transferir total ou parcialmente os riscos de uma determinada atividade para outra parte. Isso pode ser observado, por exemplo, na previsão de garantias contratuais nos contratos administrativos ou na terceirização de mão de obra (VALGAS, 2020, p. 311).

Uma medida semelhante é encontrada na estratégia de delegação, que significa a transferência de responsabilidades para outros servidores ou agentes políticos. Um exemplo disso é a delegação da competência para a deflagração de licitações, que pode ser atribuída não apenas aos prefeitos municipais, mas também aos seus secretários ou aos servidores de carreira (VALGAS, 2020, p. 311).

Essas estratégias de transferência de riscos objetivam reduzir a carga de responsabilidade de uma parte e transferi-la para outras entidades ou indivíduos, a fim de mitigar os potenciais impactos e consequências dos riscos envolvidos.

Ainda é possível reduzir os riscos por meio da mitigação, um tratamento que procura diminuir seus impactos. A implementação de sistemas de controle interno é uma abordagem apropriada para mitigar uma variedade de riscos na administração pública. Esses sistemas de controle interno ajudam a reduzir os riscos, garantindo conformidade, prevenindo fraudes e irregularidades, promovendo eficiência operacional e protegendo os recursos públicos.

A adoção de um sistema de controle interno efetivo na administração pública contribui para minimizar uma série de riscos, aumentando a transparência, eficácia e eficiência das operações governamentais, e fortalecendo a confiança dos cidadãos nas instituições públicas (VALGAS, 2020, p.312).

Por fim, a aceitação dos riscos pode ser uma medida adequada quando eles estão em um nível considerado plausível pela organização. Geralmente, riscos economicamente viáveis podem ser tolerados. Por outro lado, quando os custos para evitar os riscos são tão altos que inviabilizam seu tratamento, a anuência do risco se torna necessária. Nesse caso, um plano de contingência é estabelecido para lidar com os efeitos do evento. Assim, o organismo reconhece que os riscos existem, mas está preparada para enfrentá-los caso ocorram, garantindo uma resposta adequada e minimizando possíveis impactos negativos (VALGAS, 2020, p. 312).

A etapa final do processo de gerenciamento de riscos importa o monitoramento contínuo desses riscos ao longo do tempo. Para isso, é essencial estabelecer medidas de desempenho, realizar medições comparativas e periódicas dos riscos, avaliando sua evolução. Aliás, é necessário revisar periodicamente a política de gestão de riscos, reportar falhas e progressos no monitoramento dos riscos, e reavaliar a estrutura de gestão de riscos (VALGAS, 2020, p. 312).

Por último, a matriz 5x5 é mais adequada para organizações com alto nível de conhecimento técnico em gestão de riscos. Para as organizações que ainda estão se familiarizando com o estudo de riscos, sugere-se começar com uma estrutura mais simples, como a matriz 3x3.

Figura 7 – Matriz de risco 3x3

		PROBABILIDADE X IMPACTO		
		Baixo (1)	Médio (2)	Alto (3)
PROBABILIDADE	Alto (3)	3	6	9
	Médio (2)	2	4	6
	Baixo (1)	1	2	3
		Baixo (1)	Médio (2)	Alto (3)
		IMPACTO		

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021, p. 02.

Como ilustrado anteriormente, existem diversos modelos orientadores para a implantação de práticas estratégicas de gestão de riscos. No entanto, o modelo COSO ERM se destaca por sua abordagem integrada, que permeia todos os níveis da organização, além de servir como modelo para a elaboração de outros guias. Adicionalmente, a ferramenta de matriz de risco é amplamente empregada na etapa de avaliação dos riscos, independentemente da metodologia adotada.

5.6 A importância da gestão de risco para a eficiência da administração e melhor *performance* contratual

Agora, o foco é abordar a importância da gestão de riscos à administração pública. Segundo a International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) (2007), um dos maiores desafios da governança nas organizações públicas é determinar quanto risco aceitar na busca do melhor valor para os cidadãos e outras partes interessadas, o que significa prestar o serviço de interesse público da melhor maneira possível, equilibrando riscos e benefícios.

O instrumento da governança para lidar com essa adversidade é a gestão de riscos, um processo estratégico e fundamental para as organizações do setor público, e um componente relevante de seus sistemas de governança (TCU, 2020).

Ao se considerar, por exemplo, uma mudança de domicílio, é imprescindível avaliar o impacto integral dessa decisão sobre a família. Aspectos como a proximidade de escolas para as crianças, a disponibilidade de supermercados para facilitar as tarefas domésticas e a acessibilidade ao transporte público, caso seja necessário contratar um

trabalhador diarista, são todos ponderados. Na verdade, busca-se maximizar o valor da decisão, mitigando potenciais riscos negativos e otimizando as oportunidades positivas.

No entanto, o gestor público ao fazer uma escolha pública, nem sempre faz essa análise panorâmica para considerar os possíveis riscos capazes de tornar a escolha pública ruim pelos impactos negativos na vida da sociedade.

A experiência empírica na advocacia pública, leva a afirmar que, de maneira geral, não há gestão de risco na maioria dos estados brasileiros, a exemplo do Amapá. As decisões são majoritariamente baseadas em danos já produzidos. Ao invés de uma gestão de riscos, na grande maioria das vezes, se faz uma gestão em razão de danos.

Como é possível perceber, em sintonia com cinco dimensões da governança pública, a gestão de risco é apenas uma das várias práticas que compõe o mecanismo de estratégia de atuação da governança pública relacionado especificamente a governança de processos administrativos nas mais diversas áreas. O enfoque específico dessa pesquisa é a gestão de risco no metaprocessos⁶⁵ de contratação pública com a estipulação da matriz de risco.

Contudo, torna-se indispensável a compreensão de todo o processo que pressupõe a formação de uma matriz de risco contratual. A cláusula de risco ou a matriz de risco é produto de um sistema de governança pública em gestão de risco efetivamente estruturado, capaz de alocar riscos ao particular ou a si própria. Não havendo uma efetiva gestão de risco não se pode, apenas em suposições ou convicções pessoais, estabelecer riscos ao contratado sob pena de possibilitar grave abalo no equilíbrio da relação contratual da segurança jurídica e da economicidade.

O TCU (2014), desde a primeira versão do *Referencial Básico da Governança*, lembrou que uma gestão de riscos eficaz traz benefícios como o aprimoramento das informações para orientar a governança e as tomadas de decisão estratégicas. Além disso, esse instrumento contribui para a melhoria do desempenho na realização dos objetivos das políticas e serviços públicos, aumentando a confiança dos cidadãos nas organizações públicas. A gestão de riscos também desempenha um papel importante na prevenção de perdas, no auxílio à gestão de incidentes e no cumprimento dos requisitos legais e regulatórios.

A terceira edição do *Referencial Básico de Governança* (TCU, 2020) acrescenta que a liderança tem a responsabilidade de supervisão da gestão de riscos da organização,

⁶⁵ Portaria SEGES/ME nº 8.678, 19 de julho de 2021, art. 2º, inc. IV – metaprocessos de contratação pública: rito integrado pelas fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato, e que serve como padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados; [...].

cabendo-lhe direcionar, monitorar e avaliar a implantação da estrutura e a integração do processo de gestão de riscos às atividades organizacionais – modelo já visto “o exemplo vem de cima”.

A alta administração – que se pode entender como o ministro, o secretário estadual e municipal e seus respectivos adjuntos, os órgãos de governança (conselhos, quando existirem) – tem, coletivamente, a responsabilidade e o dever de prestar contas sobre o estabelecimento dos objetivos da organização, a definição de estratégias para alcançá-los e, para tanto, o estabelecimento de estruturas e processos de governança para melhor gerenciar os riscos durante a realização dos objetivos (TCU, 2020). Dessa forma, são eles os primeiros responsáveis por assegurar a existência, o monitoramento e a avaliação de um efetivo sistema de gestão de riscos e controle interno, bem como utilizar as informações resultantes desse sistema para apoiar seus processos decisórios (TCU, 2020).

Ademais, a administração é diretamente responsável pela concepção, estruturação e implementação da gestão de riscos. Em qualquer organização, o chefe do executivo e seus assessores diretos (ministros ou secretários) são os depositários finais dessa responsabilidade, cabendo-lhes assumir a iniciativa (TCU, 2017). Os demais executivos devem apoiar a cultura e gerenciar os riscos dentro de suas esferas de responsabilidade, conforme as tolerâncias a risco estabelecidas, alinhadas ao apetite de risco da organização.

De maneira geral, os agentes públicos da linha de frente, que lidam diariamente com questões operacionais críticas, estão em melhores condições para reconhecer e comunicar riscos que podem surgir, mas essa responsabilidade é geralmente atribuída a todos os agentes públicos.

A gestão de risco também desempenha um importante papel na performance das contratações públicas. A matriz de risco, enquanto cláusula contratual, nada mais é do que o produto de uma eficiente e efetiva gestão de risco. Portanto, tendo em vista a importância da matriz de risco para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela administração, é salutar uma acurada gestão de riscos sob pena de comprometer diretamente a eficiência alocativa de recursos públicos.

Conforme Maurício Portugal, Lucas Navarro e Mário Engler, a atuação cotidiana da Administração Pública no Brasil demonstra uma visão sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e uma prática de recomposição desse equilíbrio que desconsidera a gestão de riscos e a relação com a distribuição prévia de riscos estabelecida de forma explícita nos contratos administrativos. Isso pode acarretar incertezas e custos para o poder público (PORTUGAL; NAVARRO; ENGLER, 2012, p. 114).

No que tange às contratações públicas e, principalmente, à manutenção do equilíbrio contratual é importante observar que, na Lei federal nº 8.666/93, os riscos a que o contratado está sujeito são tratados por meio da teoria das áleas (ordinária e extraordinárias). Marcos Augusto Perez adverte que essa teoria, ainda que atenua o risco do particular,

muitas vezes, trata esses riscos somente pelo seu aspecto “profilático”, imprimindo soluções para prejuízos já existentes e contabilizados, ou seja, efetua-se uma verificação *a posteriori*, de forma corretiva, na hipótese da ocorrência de alguma situação que gere desequilíbrio na contratação (PEREZ, 2006, p. 115).

Rodrigo Pironti A. de Castro observa que o atual processo de lidar com eventos imprevistos pode levar à judicialização de conflitos entre a administração pública e o contratado, uma vez que o poder judiciário é frequentemente acionado para definir se determinado evento resulta ou não em desequilíbrio contratual (CASTRO, 2020, p. 432).

Essa abordagem presente na Lei nº 8.666/93 ocorre devido ao fato de que as causas que fundamentam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato estão estabelecidas apenas na lei, ou seja, não estão claramente delineadas no contrato em si, pois não há previsão de repartição objetiva de riscos.

Assim, a recomposição financeira só acontece posteriormente, após a ocorrência do evento que causa o desequilíbrio contratual, e somente se houver acordo mútuo entre as partes contratantes. Isso leva a litígios entre as partes para determinar se há direito à recomposição ou não. Nesse cenário, é comum a administração não reconhecer o desequilíbrio na esfera administrativa, o que leva o contratado a buscar o poder judiciário para garantir seus direitos.

Seguindo esse modelo, a administração pública poderá pagar, pelo menos duas vezes, os riscos os quais ela termina por assumir em razão dessas incertezas, custos esses que lhe foram atribuídos pela relação negocial, por força da própria legislação, e que o contratado acabou por considerar no momento da formulação de sua proposta (PORTUGAL; NAVARRO; ENGLER, 2012, p. 115).

Diante desse panorama, a intenção é que haja uma preocupação em se formular soluções que possam ser aplicadas preventivamente na relação contratual, de forma a evitar futuros conflitos. Essa ação seria de suma importância para as partes envolvidas, pois o equilíbrio está diretamente relacionado aos riscos contratuais assumidos por cada uma das partes.

Com a nova lei de licitações e a inserção da matriz de riscos nos contratos administrativos, busca-se uma mudança nesse panorama.

Fernando Vernalha Guimarães também avisa que, com a gestão de riscos, o objetivo é reduzir a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de risco, que é conduzida em âmbito judicial, por uma tutela realizada no momento da confecção do contrato, em âmbito administrativo, ou seja, *ex ante*, por meio de uma alocação preventiva de riscos (GUIMARÃES, 2019, p. 100).

A questão central é a compreensão da importância de institucionalizar a prática da gestão de riscos, conforme estabelecido na Lei nº 14.133/21. Caso contrário, a administração pública não conseguirá utilizar adequadamente a matriz de risco. Esta, por sua vez, complementa o instrumento contratual, pois estes são naturalmente incompletos, como exemplificado pela própria cláusula de foro. A divisão objetiva dos riscos evitará possíveis disputas e conflitos em relação à responsabilidade por eventos que possam ocorrer durante a execução contratual.

Ocorre que, há menos de seis meses da ab-rogação da Lei nº 8.666/93, ainda não se visualiza nenhum horizonte sobre a internalização dessa nova prática no âmbito da administração pública de parte dos estados e municípios brasileiros. Prova disso foi a reunião promovida pela Confederação Nacional de Municípios com os chefes de poder em Brasília, às vésperas da revogação da Lei nº 8.666/93 (PODER360, 2023).

Fazendo uma analogia com o piso salarial da enfermagem, é possível dizer que a Lei nº 14.133/21 fixou um piso procedimental à gestão de risco para as administrações estaduais e municipais, contudo não contemplou as reais dificuldades de se implementar a governança (orçamentária, financeira, pessoal) no âmbito desses entes.

A Lei nº 14.133/21 exige corretamente a gestão de risco, mas há uma grande chance de acabar agravando disparidades regionais já tão prejudiciais ao avanço nacional. Conforme recente voto proferido pelo ministro Dias Toffoli que admite a aplicação regionalizada⁶⁶ da lei nacional n. 14.581/2023, e diante de contextos de governança tão díspares entre União, Estados e Municípios, não seria nada surpreendente a aplicação regionalizada também da Lei nº 14.133/21.

No entanto, é importante destacar que o interesse público tutelado é o mesmo, independentemente da região, ou seja, o erário público. Além disso, todos os entes públicos estão sob a égide dos mesmos princípios constitucionais (legalidade, impessoalidade,

⁶⁶ Mesmo a Constituição Federal disciplinando que o salário mínimo é nacionalmente unificado (art. 7º, IV)

moralidade, publicidade e eficiência), portanto, neste caso, a regionalização não seria uma alternativa viável.

No próximo capítulo será abordada a imprescindibilidade da governança na realização dos resultados desejados pela sociedade e, em particular, na assistência para a adequada elaboração de uma cláusula contratual de risco, a matriz de risco, conforme previsto na Lei nº 14.133/21. Sob a ótica da Constituição Federal, a estruturação da governança predispõe o uso da matriz de risco e pressupõe a constitucionalidade da Lei nº 14.133/21.

6 O PRESSUPOSTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA MATRIZ DE RISCO: A GOVERNANÇA PÚBLICA

Como abordado no capítulo anterior, a nova lei de licitações impõe à alta administração dos órgãos públicos um conjunto significativo de responsabilidades, especialmente no que diz respeito à necessidade de aprimoramento da estrutura da política de governança nas contratações, exigindo a implementação de processos e estruturas adequados. Nesse contexto, merece destaque a gestão de riscos e os controles internos.

Contudo, a mera publicação de uma norma ou a adoção de uma nova expressão, por si só, não é capaz de alterar a realidade estatal, afinal o funcionamento da máquina pública não é produto de uma simples programação algorítmica automatizada ou reflexo puro da aplicação de uma norma jurídica, mas fruto de injunções políticas e do próprio comportamento humano de maneira geral. Ao se estabelecerem novos parâmetros de conduta pública, é preciso compreender precipuamente que o agente público é um ser de cultura, de hábitos e comportamentos. Prova disso foi o insucesso da Lei nº 8.666/93 no combate à corrupção.

A promulgação da Lei nº 8.666/93 decorreu da percepção da necessidade de fortalecer o controle sobre as aquisições públicas, combater a corrupção, evitar o desperdício de recursos públicos e promover maior transparência no âmbito governamental. Contudo, ao longo dos trinta anos de vigência dessa legislação, constatou-se que sua mera existência não era suficiente para resolver os problemas identificados.

O quadro de corrupção, ineficiência, desperdício de recursos públicos e abuso de poder resulta, em grande medida, da deficiência na estruturação e implementação de sistemas de governança, gestão de riscos e controles internos nas organizações públicas. A recente aprovação da nova lei de licitação destaca a necessidade de atentar para essa questão.

A fragilidade da governança no contexto brasileiro, caracterizada por elementos de amadorismo, fortes vestígios de patrimonialismo, nepotismo e anacronismo, compromete a capacidade das organizações públicas de alcançar seus objetivos, acarretando consequências para toda a sociedade, especialmente para aqueles que dependem mais dos serviços estatais. Diante dessa situação complexa que impede o progresso efetivo da máquina governamental, o legislador optou por deslocar o enfoque do controle das operações públicas para a necessidade urgente de estabelecer centros de governança pública nos órgãos e entidades do setor público.

Embora a Lei nº 14.133/21 já esteja em vigor e tenha materializado essa preocupação com o fortalecimento de uma estrutura de governança no setor público, ainda há

um longo caminho a percorrer da teoria à prática. É importante destacar que a *Nova Lei de Licitação* representa um avanço significativo no que diz respeito à incompletude contratual, especialmente no que se refere ao compartilhamento de responsabilidades, e para melhorar esse cenário, a lei trouxe a matriz de riscos, dentre várias outras novidades.

No entanto, para fazer uso adequado desse instrumento, é necessário, primordialmente, promover uma mudança na cultura organizacional, substituindo a gestão de danos por uma gestão de riscos. Para tanto, é imprescindível a estruturação da prática de gestão de risco no mecanismo estratégico de governança pública.

Embora a Lei nº 14.133/21 obrigue o poder público implementar práticas e estruturas de governança, não determinou o prazo, os procedimentos a serem adotados ou as consequências da não obediência.

Para Marcos Augusto Perez, há situações que o "Direito dos livros" negligencia, mas que o "Direito da realidade" precisa se preocupar em resolver. O fato é que a tendência será de a administração primeiro se valer de instrumentos que a beneficiem diretamente, tais como a repartição objetiva de riscos na matriz de risco, e somente após implementar práticas que equalizam as relações contratuais e autorizam determinados instrumentos. Aqui começa o erro e a perspectiva nada improvável de tornar o uso da matriz de risco uma prática inconstitucional eivada de arbítrio e ilegalidade (PEREZ, 2006, p. 116).

Diante dessa perspectiva, apenas por meio de uma governança adequadamente estruturada, é possível alcançar a combinação do planejar, agir, checar e controlar as práticas públicas. No entanto, como ser de cultura, o agente público que age em nome do órgão precisa converter a teoria em prática, a fim de superar o que Joel de Menezes Nieburh (2022, p. 911) denomina como *fracasso do contrato administrativo*.

6.1 O atual contexto brasileiro da gestão de risco nas contratações públicas

Estudos conduzidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU)⁶⁷ têm revelado múltiplas dificuldades enfrentadas pelo setor público, sobretudo no que se refere à realização de licitações, contratações e execução eficiente de contratos.

Além disso, a mídia tem amplamente divulgado ocorrências de contratações de produtos ou serviços de baixa qualidade, pagamentos excessivos em comparação com o setor

⁶⁷ O TCU publicou uma sequência de acórdãos contendo estudos sobre a estruturação da governança brasileira, são eles os Acórdãos nº 588/2018, Plenário, e nº 2699/2018, Plenário, e mais recentemente o nº 2164/2021, Plenário, todos de relatoria do Min. Bruno Dantas.

privado, demoras prolongadas nos processos licitatórios e problemas relacionados à corrupção. Essas questões são consideradas relevantes e impactantes na administração pública.

Os estudos revelam esses dados:

(i) O Relatório Fiscobras 2017, do Tribunal de Contas da União, debruça-se sobre as obras executadas com recursos da União. Levou-se em consideração 32,29% das obras listadas na Lei Orçamentária da União de 2017, no montante expressivo de R\$ 26,3 bilhões. De acordo com o Relatório, foram encontradas irregularidades graves em 72 obras dentro de 94 auditadas, percentual de 76,5%. Irregularidade grave significa sobrepreço ou superfaturamento, má qualidade da obra, direcionamento de licitações e outros defeitos, com perdão pela redundância, graves (TCU, 2017, p. 4).

(ii) O Tribunal de Contas da União (TCU) realizou levantamento em 381 órgãos e entidades da administração pública federal, no ano de 2021, com o objetivo de avaliar níveis de governança, inclusive em relação à gestão de contratações. Conforme os resultados, no que se refere à gestão de riscos, 51% dos órgãos e entidades estão em estágio inicial de governança (praticamente não há governança), o que, na visão do Tribunal, denota incapacidade de planejamento, execução e controle e gera uma série de riscos, especialmente em relação à qualidade do que se contrata, descontinuidade e desvios éticos (Acórdão n. 2.164/2021/TCU – Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas, publicado em 15/09/2021).

(iii) O índice de percepção da corrupção 2022, da Transparência Internacional, mostra que o Brasil ocupa a 94ª posição, num total de 180 países e territórios. A pontuação do Brasil é 38 (alerta), aproximando-se do que a Transparência Internacional considera um país altamente corrupto. A média mundial é de 43 pontos (TRASPARENCY INTERNATIONAL, 2022).

(iv) O Relatório de Competitividade do Fórum Econômico Mundial aponta que o Brasil ocupa a 71ª posição entre 138 países avaliados. No tocante ao primeiro pilar da avaliação, que diz respeito às instituições, o Brasil ocupa a 130ª; no aspecto burocracia ocupa a 141ª colocação entre os 138 países – um dos piores do planeta. A ineficiência da burocracia brasileira é apontada como um dos maiores problemas do país (SCHAWAB, 2019, p. 14).

O baixo índice de programas de integridade, governança e prática de gestão de risco, sobretudo em relação às contratações públicas, resulta em consequências trágicas, tanto de natureza econômica quanto social, especialmente em um país como o Brasil, com diversas necessidades não atendidas. As repercussões desse insucesso são proporcionais aos altos montantes despendidos por meio de contratações públicas. A título de exemplo, somente em

âmbito federal, excluindo as empresas estatais, o valor total gasto em contratos administrativos no ano de 2022 foi de R\$ 250.340.291.733,46 (UNIÃO, 2022).

Em última análise, constata-se que a administração pública desperdiça recursos significativos, envolvendo cifras bilionárias, realizando menos do que seria esperado. Mesmo nas realizações alcançadas, nem sempre obtém resultados de qualidade satisfatória, contribuindo para a ampliação das carências existentes.

São diversos os fatores contribuintes para o declínio das contratações públicas, sendo a maioria deles relacionada à insegurança jurídica, a qual está ligada à própria origem autoritária do contrato administrativo brasileiro, caracterizado pelas denominadas cláusulas exorbitantes.

Não há apenas um culpado, são vários os fatores que se somam para o caso das contratações públicas, a maioria deles relacionadas à insegurança jurídica, que remete, por sua vez, à própria gênese do contrato administrativo, caracterizado pelas chamadas cláusulas exorbitantes. No entanto, tais prerrogativas contratuais acabaram sendo distorcidas pela administração pública brasileira, que as utiliza, com frequência, para acobertar o seu inadimplemento recorrente e atos arbitrários diversos, em detrimento dos contratados. O problema, na verdade, não está nas prerrogativas, porém no mau uso que dela se tem feito e na ausência de contrapesos em favor dos contratados, de instrumentos eficazes e céleres para coibir tais arbitrariedades (NIEBUHR, 2022, p.917).

Certamente, dentre várias causas, uma delas, como destacado pelo autor, reside na distorção das cláusulas exorbitantes pela administração pública brasileira, que as utiliza como forma de encobrir o descumprimento contratual em razão de escolhas públicas inadequadas, falta de planejamento, gestão de risco, governança, bem como atos arbitrários prejudiciais aos interesses do contratado e da sociedade revelando um típico “problema de agência”.

6.2 O insucesso do contrato administrativo *versus* necessidade do resgate da confiança do contratado

Independentemente da nomenclatura utilizada, o “Poder de Império” confere à administração pública prerrogativas especiais para dirigir seus contratos, o que a coloca em uma posição de vantagem em relação aos contratados.

Não se questiona o poder concedido ao reconhecer, em certos casos, a superioridade do interesse público como requisito para garantir a todos direitos, incluindo os individuais. Se esse poder for removido do Estado, como poderia se assegurar a efetividade do Direito, cuja atribuição está ligada à coerção estatal? Como ficaria a exigibilidade do interesse público em uma relação igualitária entre indivíduos? Sem as prerrogativas decorrentes da supremacia, a administração pública se encontraria em um equilíbrio de poder

com os particulares, resultando no enfraquecimento do papel do Estado em garantir a implementação do Direito objetivo, assim como suas outras funções justificadoras na existência do Estado e do Direito Administrativo. (SANTANA; ALVES, 2016, p. 221).

No entanto, a questão central reside no uso distorcido das prerrogativas contratuais públicas pela administração, que frequentemente as utiliza para encobrir atos arbitrários ou para disfarçar seu próprio “inadimplemento contratual”,⁶⁸ causando prejuízos evidentes tanto ao contratado quanto à sociedade em geral. Essa conduta compromete a confiança mútua e a integridade do processo contratual.

A administração pública, por abuso de direito ou por falhas de governança, não realiza medições no tempo certo, retém pagamentos indevidamente, atrasa pagamentos, inobserva ordem cronológica de pagamento, não compatibiliza o plano de contratação com as leis orçamentárias, não realiza a gestão de riscos, cancela empenhos liquidados e faz rolagem de dívida. Também promove alterações unilaterais despropositadas nos contratos ou não as promove quando devidas, exige condições impertinentes ou leoninas. Ao fazer uso da potestade pública, o faz sempre em nome da “proteção do interesse público”.

Joel de Menezes Niebuhr categorizou: “Com larga frequência, a Administração Pública vem agindo verdadeiramente de modo arbitrário em relação aos contratados, cujas posições assemelham-se, muitas, à de um refém” (NIEBUHR, 2022, p. 916).

O uso da potestade pública não pode ser considerado como um fim em si mesmo, sob pena de caracterizar o estado uma instituição extrativista, conforme explicam Daron Acemoglu e James Robinson no livro *Por que as nações fracassam* (2012).

No Brasil, a falta de um arcabouço normativo nacional que defina padrões mínimos de governança pública para alocação de riscos contratuais, em especial, diante da nova lei de licitações e contratos, poderá potencializar características de uma organização pública extrativista. Os citados autores compartilham uma preocupação comum com a estrutura e funcionamento das “instituições públicas extrativistas” ao redor do mundo, principalmente nos continentes da América Latina e África.

Afora as muitas prerrogativas que favorecem a administração pública, o contratado tem direitos, porém não tem instrumentos eficazes para assegurá-los (efetividade). Por exemplo, o contratado tem o direito de receber o pagamento. A administração não paga. O contratado não pode, sequer, rescindir o contrato no âmbito administrativo, e, no máximo, poderá paralisar a execução do serviço após decorridos noventa dias⁶⁹ ou, conforme a Lei

⁶⁸ Inadimplemento considerado, inclusive, sob ponto de vista da ausência de governança pública e eficiência.

⁶⁹ Previsão contida no art. 78, inc. XV, da Lei nº 8.666/93.

nº14.133/21, “decorridos dois meses contados da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela administração”.⁷⁰ “Na prática, se os contratados se opõem aos abusos, a administração suspende os pagamentos que lhe são devidos, muitas vezes inviabilizando suas atividades” (NIEBUHR, 2022, p. 916).

Mesmo diante do novo marco legal (Lei nº 14.133/21), caso o licitante queira a rescisão do contrato deverá requerer a autoridade judicial ou ao árbitro conforme cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Marcos Nobrega (2018) destaca que: “As mudanças legislativas centram-se nos procedimentos licitatórios, mas apenas inovam perfunctoriamente na seara contratual. Continuam os mesmos vícios e constructos teóricos defasados que nos remetem a algo no passado e a um Estado com poderes totais, mitigando a liberdade contratual e pretensamente preservando o interesse coletivo”.

Para obter o efetivo pagamento, o contratado, terá que recorrer à justiça, propondo ação de cobrança e execução. Devido à impossibilidade de conceder tutela antecipada para pressionar a administração pública a realizar o pagamento, o contratado só verá o resultado útil do processo após o trânsito em julgado, a expedição e o pagamento do precatório, conforme estabelecido no art. 100 da Constituição Federal.

Na prática, este processo pode levar anos para ser concluído. Nada traduz melhor o sistema de precatório do que a expressão popular: “devo não nego, pago quando puder”. Esta prática macula frontalmente o dever da boa-fé contratual expressamente contemplados nos arts. 2º, parágrafo único, inc. IV e 4º, inc. II, ambos da Lei nº 9.784/99.⁷¹⁷²

Na verdade, devido a essa combinação de fatores, o contratado está à mercê da boa-vontade dos gestores públicos para receber o pagamento acordado dentro do prazo estabelecido. Caso os gestores públicos não queiram pagar, eles simplesmente não o fazem, e não sofrem nenhuma consequência por isso. Por outro lado, o contratado não possui meios eficazes para exigir o pagamento. Não há nada mais ‘exorbitante’ do que isso.

Essa prática acriticamente exorbitante e arbitrária vai na contramão de direção das instituições inclusivas e necessárias ao desenvolvimento das nações defendida por Acemoglu e Robinson (2012). Para eles, instituições inclusivas são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor

⁷⁰ Previsão contida no art. 137, §2º, inc. IV, da Lei nº 14.133/21.

⁷¹ Art. 2º (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

⁷² Art. 4º: São deveres do administrado perante a administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; [...].

uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazerem suas próprias escolhas. Fica evidente a importância do poder público como agente de fomento aos mercados pelo seu poderoso potencial de compra.

Essa conjuntura de arbítrios impõe às partes contratantes, mesmo que relutantes, a necessidade de oferecer subornos às autoridades encarregadas dos pagamentos, disciplinando uma espécie de padrão de conduta que, de certa forma, está enraizado em grande parte da estrutura administrativa. Ainda que ilegítima, imoral e sem justificativa, a prática de suborno frequentemente se torna o único recurso disponível para os contratados receberem o pagamento devido em um prazo razoável.

A corrupção suborno, ou a corrupção dos tolos, como prefere Jessé Souza, evidencia um traço ainda marcante na estrutura pública brasileira de instituições extrativistas, aquelas que têm como finalidade a extração da renda e da riqueza de um segmento da sociedade para benefício de outro (SOUZA, 2019, p. 192).

Nesse sentido, a tese de Raymundo Faoro (2017) demonstra o caráter patrimonialista do estado brasileiro. Neste sentido, Souza (2019, p. 204) alega: “Esse caráter patrimonialista responderia, em última instância, pela substância intrinsecamente não democrática, particularista e baseada em privilégios que sempre teria marcado o exercício do poder político no Brasil”.

Acemoglu e Robinson (2012) não citam o Brasil nos vários exemplos de nações que fracassaram no seu processo de desenvolvimento. Apesar disso, é um país “com evidências da captura do poder legislativo por grupos de interesse políticos e econômicos”, os quais conseguem subverter a *men legis* de forma a beneficiá-los. Os supersalários de tecnocratas, “a dificuldade de se fazer uma reforma administrativa, sistema tributário excessivo, a formação de oligopólios e a enorme concentração bancária são indícios desse problema” (ATTILIO, 2020).

Assim, os autores respondem à pergunta do título do livro afirmando que as nações fracassam hoje, dentre outros motivos, porque os governos não estão aptos a resolverem conflitos, enfrentarem falhas de mercado e minimizarem os custos das suas transações.

Na realidade, os contratados, na grande maioria das situações, são forçados a ceder as arbitrariedades da administração pública, mormente em razão da ausência no ordenamento jurídico nacional e subnacional de instrumentos impositivos de governança, integridade e de garantias minimamente eficazes para sua contenção.

Mesmo que não se possa acreditar que a edição de leis seja o remédio para todos os males, a verdade é que falta um arcabouço normativo no Brasil para definir ao menos padrões mínimos de governança pública. É como se o setor público fosse contemplado apenas com direitos, sem os correspondentes deveres de integridade. Todo direito pressupõe um dever.

No caso da potestade pública, para cada cláusula exorbitante que extravasa o ordinário há o correspondente dever, igualmente extraordinário, de preservar direitos fundamentais e o erário público, pois sem este não há proteção alguma. Isso se iguala com a perspectiva apresentada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein em *O Custo dos Direitos*, de 2019, onde argumentam que os direitos não são inerentes ou gratuitos, mas sim produtos de escolhas coletivas e que têm custos associados.

Assim, conferir à administração pública o uso de cláusulas exorbitantes para a proteção do interesse público significa também proteger direitos fundamentais e seus fundamentos econômicos. Fazer uma repartição aleatória de riscos ao contratado implicará, certamente, uma elevada precificação do custo estatal com sensível diminuição na capacidade de custear direitos.

A partir desse ângulo, a evolução da teoria das áleas para a repartição objetiva dos riscos requer mais do que a simples autorização legal como se o arcabouço normativo fosse suficiente para a solução de todos os problemas dos contratos administrativos (assimetria informacional, dinamicidade do mercado, custo transacional, contratos incompletos, excesso de judicialização).

É necessário um investimento consciente na construção de uma estrutura que garanta a efetivação desses direitos, conforme sinaliza o parágrafo único, do art. 11, da nova lei de licitações e contratos.

A escolha pública pela possibilidade de antecipadamente repartir riscos entre contratante e contratado como medida de eficiência econômica, celeridade, eficácia e efetividade tem um custo estatal, qual seja, o custo da governança e da efetiva gestão de riscos. Portanto, é essencial que a discussão sobre o uso da matriz de risco nos contratos administrativos reverbere na mesma intensidade da necessidade de se estabelecer os critérios e as metodologias pertencente às outras áreas do saber necessárias à correta aplicação da lei. Somente assim, a nova política pública contratual poderá ser eficiente, eficaz e efetiva.

Todo o cenário de práticas abusivas conduziu a administração pública a um grave déficit de confiança por parte dos licitantes e contratados. Tal cenário é consequência de práticas arbitrárias e irresponsáveis, muitas vezes instigadas por interferências políticas que se

distanciam do autêntico interesse público. Esta problemática repercute de maneira prejudicial no próprio erário público, uma vez que a ausência de confiança acarreta em propostas desvantajosas, muito mais onerosas.

Para qualquer atividade administrativa, em especial no que se refere a licitações públicas e a contratos administrativos, é indispensável que o poder público recupere sua credibilidade. Sem a confiança das partes interessadas, a administração enfrentará entraves para celebrar contratos verdadeiramente proveitosos ou com preços alinhados aos do mercado. Aqueles que visam a contratar a administração necessitam identificar nela motivos de credibilidade e expectativas reais de que o acordo será respeitado.

Assim, é fundamental a existência de instrumentos jurídicos que promovam segurança aos contratos, garantindo os direitos dos contratantes, especialmente quanto ao cumprimento por parte da administração. É nesse ponto que se revela um dos maiores avanços na nova lei de licitação, a gestão de risco e a respectiva cláusula de risco ou matriz de risco.

A Lei nº 14.133/21⁷³ explicitamente estipula o dever de firmar no setor público processos e estruturas, até mesmo de gestão de risco para identificar, avaliar, tratar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. Tal providência é vital para fomentar um ambiente de negociação confiável, onde as partes se sintam encorajadas a participar dos processos de licitação, assegurando, deste modo, o melhor interesse público. “É essencial, para toda a atividade administrativa, em especial no tocante à licitação pública e ao contrato administrativo, que o Poder Público recupere a sua credibilidade” (NIEBURH, 2022, p.917).

Na ausência de confiança depositada por terceiros, a administração enfrentará obstáculos significativos para estabelecer contratos que sejam genuinamente vantajosos, em conformidade com os valores prevalentes no mercado e com garantia de cumprimento dos termos acordados. Indivíduos e entidades que desejam contratar a administração precisam encontrar motivos sólidos para acreditar em sua confiabilidade, além de ter expectativas realistas de que os compromissos serão respeitados.

Portanto, é essencial que a administração pública firme um ambiente de confiança, no qual as partes contratantes possam alinhar suas expectativas e ter segurança quanto ao

⁷³ Art. 11, parágrafo único: A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

cumprimento das obrigações, promovendo, assim, uma relação contratual mais eficiente e justa.

Obviamente, existem experiências contratuais bem-sucedidas por parte da administração pública e entidades administrativas que cumpriram suas obrigações.

No entanto, as considerações aqui partem de uma perspectiva geral mirando todas as esferas de governo, da instância federal, estadual e municipal. Em termos gerais, a presença de um desequilíbrio acentuado nos contratos administrativos suscita vulnerabilidade. Essa circunstância conduz a administração pública a arcar com custos mais elevados em comparação com o setor privado e, conseqüentemente, favorece um ambiente de corrupção.

A adoção de medidas que viabilizem a segurança do processo e do contratado, atribuindo-lhes direitos para contrapor eventuais inadimplementos da administração pública, seria uma excelente estratégia de enfrentamento à corrupção.

Esse cenário de desvirtuamento do contrato administrativo e de desconfiança não escapa ao olhar atento da doutrina especializada. Cristina Fortini e Fabrício Mota reconhecem que “é constrangedor admitir que o Estado, como regra, não possui credibilidade como cumpridor de contratos – essa falta de credibilidade é precificada pelo mercado” (FORTINI; MOTA, 2017, p. 19). “Práticas desta natureza maculam a reputação da Administração como ente contratante, conduzem à ampliação progressiva da insegurança e podem produzir efeitos equivalentes àquilo que a doutrina chama de ‘seleção adversa’” (VERNALHA, 2017, p.275).

Marcos Nóbrega (2018) também adverte que:

[...] as cláusulas exorbitantes significam prerrogativas para a administração, mas como estabelecem específicos incentivos para o sistema econômico, acabam por determinar elevados custos de transação que devem ser considerados na execução dos contratos administrativos.

A combinação entre prerrogativas favorecendo a administração pública e a ausência de mecanismos eficazes para que as partes contratadas possam exercer seus direitos contratuais é notoriamente prejudicial para ambas as entidades contratantes.

No que concerne à administração, essa situação desestimula empresas de qualidade a ajustar contratos ou resulta na apresentação de propostas piores em relação às oferecidas ao setor privado, com valores inflacionados, dada a extensiva possibilidade de inadimplemento. Afinal, o risco de contratar o poder público é precificado. Ademais, tal conjunção promove a corrupção, visto que as entidades contratadas ficam à mercê dos gestores públicos, fomentando um ambiente propício para extorsões.

Deve-se enfatizar que as adversidades enfrentadas nos contratos administrativos não se limitam ao desvirtuamento das prerrogativas concedidas à administração pública e à escassez de instrumentos para a salvaguarda dos direitos dos contratados. Existe uma multiplicidade de fatores abrangentes que permeiam variados aspectos, desde a apropriação da do setor públicopela política – conflitos de interesses do agente *versus* principal – a legislação incompleta, o planejamento ineficiente, incompreensão do risco, até um sistema de controle excessivo e paralisante.

Contudo, as prerrogativas atribuídas à administração pública e a ausência de mecanismos para que os contratados assegurem seus direitos são componentes determinantes e contribuem de maneira significativa para o ‘fracasso’ dos contratos administrativos.

Apenas para exemplificar a ‘hipossuficiência’ do contratado e cristalizar a praxe administrativa, apresenta-se o episódio ocorrido na Secretária de Educação do estado do Amapá.⁷⁴⁷⁵⁷⁶⁷⁷ Em 14/01/2022, o Ministério Público do Amapá expediu recomendação ilegal usando como suporte os arts. 20⁷⁸, 21⁷⁹ e 22⁸⁰ da Lei nº 13.655/2018. O órgão solicitava que o então secretário de educação suspendesse imediatamente a execução do contrato de locação de equipamentos de microinformática (tablet), bem como qualquer pagamento em favor da pessoa jurídica contratada apenas por entender que a locação de tablets não revelava a melhor escolha pública, dentre outros argumentos que não restaram comprovados.

O caso caracteriza uma recomendação ministerial arbitrária, sem qualquer prova ou indício de prova de qualquer ilícito, ou seja, havia apenas um típico conflito entre agente x agente sobre a melhor escolha pública a ser feita diante das múltiplas questões e desafios surgidos na pandemia. O fato é que o secretário de educação resolveu suspender a execução do

⁷⁴ Disponível em: <https://mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-recomenda-a-secretaria-da-educacao-a-imediate-suspensao-do-contrato-de-locacao-de-tablets-e-qualquer-pagamento-relacionado-ao-objeto>.

⁷⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2022/01/20/secretaria-de-educacao-no-amapa-suspende-contrato-de-r-21-milhoes-para-aluguel-de-tablets.ghtml>.

⁷⁶ Disponível em: <https://selesnafes.com/2022/01/seed-suspende-contrato-de-r-21-mi-de-aluguel-de-tablets/>

⁷⁷ TJAP. Processo judicial nº 0052179-78.2022.8.03.0001.

⁷⁸ O art. 20, da LINDB, tem a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

⁷⁹ O art. 21, da LINDB, “exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invaldar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão”.

⁸⁰ A norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

contrato e os respectivos pagamentos, mesmo a empresa já tendo entregado os objetos contratados, o que acarretou prejuízo considerável ao particular.

Em sua essência, o contrato administrativo vincula a administração pública em teoria e não em prática, o que se configura como uma antítese dos princípios de segurança jurídica e da própria concepção contratual. Esta circunstância, em larga medida, precipita a falência desses contratos. Portanto, é imperativo que os pressupostos fundamentais, que moldam a temática dos contratos administrativos, seja alvo de uma revisão rigorosa e profunda.

Ainda que seja apropriado dotar a administração pública de prerrogativas especiais voltadas à proteção do interesse público, é igualmente imprescindível que se promova um maior equilíbrio nos contratos administrativos. O pêndulo dos contratos administrativos oscilou excessivamente em favor da administração pública, uma tendência que tem se mostrado prejudicial para a própria entidade, razão pela qual o estado precisa efetivamente promover uma releitura das cláusulas exorbitantes sob o manto da Constituição Federal. (NIEBURH, 2022, p. 919)

Dessa forma, um melhor balanceamento dos contratos administrativos pode não apenas melhorar a eficiência desses acordos, mas também reforçar a confiança na administração pública, tornando-a um parceiro de negócios mais atraente para o setor privado. Tal ajuste pode resultar em contratos mais benéficos para ambas as partes, assim como para o bem-estar público em geral.

Sustein e Holmes defendem que o mercado depende de uma estrutura institucional que assegure as condições procedimentais necessárias ao seu bom funcionamento:

[...] não pode haver uma oposição fundamental entre 'governo' e 'mercados livres' [...], mas a primeira coisa que um governo deve fazer para um sistema de mercado funcionar é superar a regra milenar de força e ameaças de força. Os mercados livres não funcionam adequadamente se os buscadores de lucro se envolvem sem restrições em violência criminosa (SUSTEIN; HOLMES; 1999, p. 70-71).

É urgente reconsiderar e realçar os direitos dos contratados e as ferramentas disponíveis para garantir esses direitos no contexto dos contratos administrativos, sobretudo, quanto à temática equilíbrio econômico-financeiro. A legislação brasileira postula um equilíbrio contratual inicial que deve ser preservado ao longo de todo o pacto. No entanto, não existem instrumentos ou conceitos exclusivamente jurídicos adequados para a resolução desses problemas. Essa lacuna enfatiza a impossibilidade de tudo se resolver através da força da lei. Nem todos os problemas dependem apenas de soluções jurídicas, daí a razão pela qual o legislador optou por não definir quais são os processos, estruturas ou metodologias previstas

nos arts. 11, 22 e 103, da NLLC. A determinação do desequilíbrio econômico-financeiro requer intrinsecamente uma noção econômica.

Logo, a interseção com outras disciplinas, como economia e administração, torna-se cabível para a construção de soluções eficazes. É uma ilusão presumir que as condições contratuais iniciais serão estabelecidas de maneira absolutamente precisa. O mercado é caracterizado pela sua dinamicidade, sofrendo alterações constantes. Assim, não há como reverter ao *status quo*, mas é possível aprimorar a compreensão dos problemas que impactam a execução contratual e os mecanismos para sua resolução, tal a compreensão dos riscos e sua respectiva e adequada alocação.

Nesse contexto, ressalta-se a relevância da análise econômica do direito,⁸¹ que aceita a necessidade imperativa e urgente de adotar ferramentas teóricas de disciplinas correlatas – como administração, economia e ciências sociais – incluindo governança, gestão de risco e teoria da institucionalização.

Conforme Ivo Gico Junior:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito (**AED**), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem o objetivo de empregar variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências (GICO JUNIOR, 2021, p. 1-2).

Nessa lógica da análise econômica do direito, é que se pode afirmar que a gestão de risco predispõe o uso da matriz de risco e pressupõe a constitucionalidade da Lei nº14.133/21. Sem tais medidas, a administração inclina-se ainda mais ao arbítrio, o que ocasiona prejudicial falta de confiança.

Muitos pontos importantes envolvendo as contratações efetuadas pelo serviço público no Brasil advêm da má compreensão, da inadequação e da ineficiência implícita estabelecida pela nossa legislação. Um entendimento crucial é que, erroneamente, o contrato administrativo estipula um equilíbrio econômico *ex-ante* unilateral, enquanto relega todos os conflitos para o momento *ex-post*. Esta dinâmica resulta em uma acumulação de demandas durante a fase de execução contratual, notadamente no que diz respeito ao reequilíbrio

⁸¹ A análise econômica do direito nada mais é do que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia, do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a **AED** é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a **AED**. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são **jus economistas** (GICO JUNIOR, 2021, p. 13-14).

econômico-financeiro, além de inúmeras alegações de risco administrativo e econômico extraordinário. O que equivale dizer que as partes não mantêm um diálogo durante a definição das cláusulas contratuais, inclusive quanto à cláusula econômica e de repartição de riscos, mas debatem intensamente sobre aspectos financeiros diversos durante sua execução.

Este cenário é alimentado pela suposição falha de que os contratos administrativos são completos e podem prever todos (ou quase todas) as contingências que possam afetá-los. O resultado prático dessa presunção incorreta são inúmeras obras paralisadas, contratos de terceirização rescindidos e um abarrotamento de processos judiciais discutindo de quem é a responsabilidade por riscos não alocados ou mal alocados.

No caso de licitações, a entidade contratante, muitas vezes, não dispõe de informações suficientes sobre a capacidade operacional ou a estrutura de custos da empresa vencedora da licitação. Apenas tem uma sinalização advinda dos requisitos exigidos para qualificação técnica e econômica exigidos na lei.

Ocorre, no entanto, que a administração não tem condições claras de avaliar esses requisitos, ou melhor, esses critérios são insuficientes para delimitar ao ente a real capacidade técnica e operacional do possível contratado. Não raras vezes, a empresa vencedora coloca um preço abaixo daquele que terá condições de executar o objeto e tão logo os problemas começam, a empresa solicita revisão do contrato com base no equilíbrio econômico-financeiro, alegando caso fortuito ou força maior (NOBREGA, 2021, p.417-441).

Logo, é essencial que se revise e se repense os fundamentos dos contratos administrativos para evitar tais problemas e garantir sua eficácia, efetividade e eficiência no longo prazo.

6.3 A repartição objetiva do risco nas contratações públicas regidas pela Lei nº 14.133/21

A repartição de risco desempenha um papel de extrema relevância na manutenção do equilíbrio ao longo de toda a existência de um contrato. A correta identificação e alocação dos riscos pertinentes no contrato, utilizando uma linguagem clara, precisa e objetiva, são imprescindíveis para promover uma condução eficiente da execução do acordo estabelecido.

Alocar riscos implica fazer uma divisão estratégica e significativa, permitindo que as partes contratantes se previnam e enfrentem adversidades eventuais. Essa divisão

estabelece uma demarcação da responsividade, diferenciando-a da responsabilização.⁸² Os riscos são alocados à parte que apresenta as condições mais adequadas para gerenciá-los, não se trata propriamente de uma medida de justiça, mas de eficiência econômica.

Dessa forma, ocorre uma delimitação explícita dos riscos pelos quais as partes envolvidas são responsáveis, incentivando-as a adotar medidas preventivas diante de possíveis contingências, tanto em relação ao valor dos riscos envolvidos quanto à organização da execução contratual.

A repartição de riscos, de maneira geral, consiste em alocá-los para a parte que possui maior capacidade para evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, visando a desonerar o processo de execução contratual da forma mais eficiente possível. Nesse sentido, é essencial aplicar o princípio da eficiência⁸³ como base para alcançar um melhor custo-benefício no contrato (CASTRO, 2020, p. 438).

No entanto, alguns doutrinadores, como Guilherme Carvalho (2022), argumentam que a matriz de risco é um obstáculo a ser superado, em vez de uma confiança conferida às partes contratantes. O autor alega que isso se deve à impossibilidade de mensurar previamente os possíveis riscos contratuais ou calcular os efeitos decorrentes, mesmo quando previsíveis.

Contudo, é importante ressaltar que a matriz de risco, enquanto instrumento de repartição objetiva do risco, não tem o objetivo de antever exaustivamente todos os eventos específicos, mas sim lidar com as incertezas mensuráveis que possam impactar a realização do objeto contratual. Não é correto incluir na matriz de risco qualquer eventualidade que possa ocorrer e resultar em falhas.

Assim, a alocação de risco desempenha um papel crucial no contexto das relações contratuais, constituindo um elemento fundamental para mitigar incertezas e potenciais adversidades. Ao identificar e designar de maneira clara e precisa os riscos envolvidos em um

⁸² A palavra “responsividade” deriva do adjetivo “responsivo”, que diz respeito àquilo “que envolve ou contém resposta” (HOUAISS, 2009, p. 1653). Logo, conclui-se que se refere à capacidade de se poder dar resposta ao evento. A responsabilização já representa o “ato ou efeito de responsabilizar-se”, ou seja, refere-se ao dever jurídico de responder por determinada conduta. Já o adjetivo “responsivo”, que diz respeito àquilo “que envolve ou contém resposta”. Assim, conclui-se que se refere à capacidade de se poder dar resposta ao evento. A responsabilização já representa o “ato ou efeito de responsabilizar-se” (HOUAISS, 2009, p. 1.653), ou seja, refere-se ao dever jurídico de responder por determinada conduta.

⁸³ Segundo Emerson Gabardo, a eficiência administrativa possui quatro atributos: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade. A racionalização refere-se à busca do modo ótimo ou do melhor modo possível para que haja a realização de um fim. A produtividade pode ser descrita de forma equivalente, mais ampla ou mais restrita que a eficiência. Na forma equivalente, traz a relação entre o produto e os fatores utilizados na produção, ou seja, meios e custos. Como forma mais ampla, é consequência da soma entre eficácia e eficiência. E na forma mais restrita, é analisada como o próprio produto. A economicidade ligada à eficiência tem como foco tornar o trabalho o mais produtivo possível, resultando na aquisição da maior quantidade de riqueza com o mínimo dispêndio de energia, ou melhor dizendo, executar o trabalho no melhor (menos custoso) tempo, lugar e modo, levando-se em conta a direção, organização e sistema técnico-científico. Por fim, a celeridade está ligada à ideia de tempo, com influência no resultado econômico (custo-benefício). (GABARDO, 2017).

contrato, é possível mensurar as responsabilidades e os mecanismos necessários para prevenir e lidar efetivamente com eventos indesejados. A alocação estratégica de riscos proporciona uma base sólida para uma execução contratual bem-sucedida, ao mesmo tempo em que garante a proteção dos interesses das partes envolvidas.

Na sequência desse capítulo, pretende-se apresentar os fundamentos teóricos e práticos da alocação de risco como ponto estratégico para o equilíbrio contratual. Assim, analisa-se a importância da cláusula de risco na condução eficiente dos contratos, por considerar as abordagens e diretrizes relevantes para sua eficaz implementação. Além disso, examina-se o debate em torno da constitucionalidade matriz de risco e as considerações dos doutrinadores sobre sua aplicação, visando à compreensão aprofundada desse tema essencial para a governança dos contratos.

6.4 A garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro nos termos da lei

A Carta Magna orienta de maneira imperativa a necessidade de preservação das circunstâncias efetivas, não iniciais, durante a totalidade do contrato. É decisivo sublinhar que tal prescrição significa garantia de condições efetivas, isto é, equivalentes e proporcionais. Levando em conta a volatilidade dos mercados, é inviável que os contratos sejam constantemente reajustados para reverter à situação inicialmente estabelecida, contudo, nenhum dos contratantes deve ser prejudicado. Esse é o cerne do equilíbrio contratual.

Quando se detecta relevante ruptura no equilíbrio econômico-financeiro, o objetivo é recuperar uma posição de viabilidade econômica, não necessariamente jurídica.

Dessa análise, infere-se que o equilíbrio contratual, neste caso, é de caráter exclusivamente econômico e não jurídico. Em virtude disso, sustenta-se que a matriz de risco, ao vincular normas para a distribuição de responsabilidades, não se baseia em critérios de justiça ou mérito, mas em uma divisão equitativa fundamentada na racionalidade.

Bradson Camelo, Ronny Charles e Marcos Nobrega são taxativos quanto à questão.

Na realidade, a expectativa do equilíbrio advindo na data da assinatura do contrato é só uma expectativa. É a materialidade que vai dizer se eu tenho a necessidade de buscar o reequilíbrio e a forma será definida pelas capacidades de negociação de cada parte, dependendo bastante dos mecanismos criados no contrato inicial (CAMELO; CHARLES; NOBREGA, 2022, p. 229).

Os autores explicam que o equilíbrio concebido no momento da celebração de um contrato é uma mera suposição, pois a comprovação da justaposição sinalagmática se evidencia ao longo da execução do objeto contratado e frente às flutuações naturais do

mercado. A dinâmica do mercado intervém no equilíbrio contratual, especialmente em contratos de longo prazo.

Embora a Constituição Federal postule a existência de um equilíbrio inicial que deve ser mantido, inexistente qualquer instrumento jurídico capaz de assegurar a imutabilidade da equação econômica. Conceber que a Constituição Federal garanta uma condição econômica inalterável do contrato configura-se como utópico, dado que não se pode reverter ao contexto inicial, mas é viável aprimorar a compreensão acerca dos problemas que impactam a execução contratual e dos mecanismos disponíveis para sua resolução (NOBREGA, 2020, 124).

O próprio legislador constituinte originário delega ao legislador ordinário a tarefa de definir os contornos do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, conforme estabelece o art. 37, XXI, da CRFB.

Logo, haverá inconstitucionalidade apenas quando o legislador se exceder nessa tarefa, propondo uma concepção manifestamente equivocada do princípio. Não é o que ocorre com o art. 124, II, “d”, da Lei nº 14.133/21, que propõe uma aplicação bastante fiel da norma constitucional.

Ao analisar meticulosamente a Constituição, torna-se evidente que, no contexto brasileiro, não se faz presente um princípio geral de equilíbrio econômico-financeiro, mas sim o princípio da preservação desse equilíbrio, conforme delineado pela legislação. A Constituição não legitima a alteração ou suspensão das obrigações consignadas em um contrato administrativo sob a alegação de desequilíbrio econômico. Na realidade, o que a Constituição prescreve é a manutenção das condições apresentadas pelo proponente após a celebração do contrato (PINTO, 2006, p. 163).

Não é por acaso que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se embutido na mesma cláusula constitucional que exige que o poder público efetue suas contratações por meio de licitação. É conhecido que a licitação desempenha duas funções: alcançar as condições mais favoráveis para o poder público, e também instaurar um processo equitativo e transparente para a contratação de obras e serviços. Portanto, presume-se que o contrato celebrado como resultado de uma licitação seja economicamente equilibrado, dada a legitimidade do procedimento que o gerou (NIEBUHR, 2022).

É neste cenário que se introduz o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Por meio deste postulado, a Constituição visa a proteger o contrato administrativo de eventos e modificações subsequentes que possam afetar seu equilíbrio

inicial, fruto de um processo de licitação legítimo e legitimador. Sempre que houver um evento ou alteração contratual que cause desequilíbrio no contrato, este deve ser reajustado para que o equilíbrio inicial seja restaurado.

Naturalmente, não pode haver demanda de reequilíbrio se as condições do contrato forem preservadas. Tal postura seria contraditória. O reequilíbrio só é justificável quando o contrato foi alterado unilateralmente pelo poder público, ou quando surgirem, após a contratação, circunstâncias não previstas no contrato que tornem a remuneração do contratado inadequada.

No disposto no art.124, II, “d”, da Lei nº 14.133/21, em tese, seria possível questionar a constitucionalidade da parte final da alínea “d”, que prevê a possibilidade de repartição de riscos referentes à força maior, ao caso fortuito, ao fato do príncipe ou à álea econômica extraordinária. Pode-se alegar que esse preceito exclui o reequilíbrio para fatos externos ao contrato que afetem a sua equação econômico-financeira, o que é vedado pela Constituição. Contudo, tal raciocínio seria válido apenas se a legislação não estipulasse que o próprio contrato alocasse os riscos em discussão, e ainda, que o fizesse de maneira objetiva.

Veja-se o dispositivo:

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

[...]

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.

À medida que a lei assim dispõe e o contrato expressamente realiza a distribuição de certos riscos e os delega ao parceiro privado de maneira clara, eles deixam de ser externos ao contrato e à equação econômico-financeira inicialmente estabelecida, passando a integrá-los. Ou seja, o equilíbrio inicial do contrato já engloba a distribuição de riscos (NIEBURH, 2022, p. 931).

Não há que se falar em inconstitucionalidades, pois a Lei nº 14.133/21, no art. 133, I, não veda a possibilidade de recomposição em situações de efetivo desequilíbrio econômico-financeiro, mesmo diante da prévia alocação de riscos.

Portanto, a Lei nº 14.133/21, ao impor o gerenciamento de riscos por parte da administração pública, constitui um passo significativo em direção a uma melhor compreensão dos problemas que afetam a execução contratual e o desenvolvimento de mecanismos eficazes para sua resolução. Isto é particularmente relevante, considerando a

complexidade e o dinamismo do ambiente de contratação pública, onde o equilíbrio contratual é essencial, mas frequentemente perturbado por uma miríade de fatores internos e externos.

Assim, essa nova abordagem legislativa prioriza a necessidade de tratar de maneira mais estratégica e consciente os riscos inerentes aos contratos administrativos, aprimorando a capacidade da administração pública de cumprir com seus compromissos contratuais e, ao mesmo tempo, garantindo os direitos da parte contratada.

Todavia, é imperativo que a cláusula de risco transcenda o habitual,⁸⁴ estando em conformidade com a "sistemática constitucional cidadã" (BINENBOJM, 2005, p.153-155). Isso implica que ela não deve apenas salvaguardar os interesses do ente público, mas também e, principalmente, estimular os direitos individuais de maneira equilibrada e compatível com a satisfação das demandas e aspirações coletivas.

Afinal, para uma conformação constitucional da matriz de risco, é essencial uma revolução pragmática da administração pública. Tal virada requer uma perspectiva realista e consequencialista da administração pública, incorporando modelos de governança, aprimorando o conjunto de habilidades técnicas e, fundamentalmente, melhorando a análise de risco nas contratações.

6.5 A evolução das áleas para a alocação de riscos: a busca pela eficiência econômica

No intuito de melhor entender essa dinâmica própria do mercado foi que a Lei nº 14.133/21 incorporou em seu texto a matriz de risco como uma alternativa à combalida teoria das áleas. Perante a complexificação das demandas sociais e, conseqüentemente, dos negócios jurídicos entabulados pela administração pública, surge, em nome da eficiência, eficácia e efetividade das contratações públicas a possibilidade de alocar riscos previamente às partes contratuais.

Embora a teoria das áleas ainda seja aceita, não se adaptam bem à velocidade de demandas suportadas pelo estado e muito menos aos anseios da população. Aguardar o acontecimento do evento para discutir à luz dos critérios de ordinaryidade ou extraordinariedade, se de origem administrativa ou econômica, não condiz, ou melhor, não atende à celeridade que a dinâmica social exige atualmente.

Na opinião de Guimarães, ao longo de um extenso período histórico, a divisão das áleas foi capaz de estabelecer claramente o campo de incidência das alterações contratuais. A

⁸⁴ Transcender o habitual significa uma mudança no modo de fazer, exige uma mudança de comportamento, uma mudança na cultura organizacional da instituição.

abstração teórica e conceitual das diferentes áleas se mostrava como um meio adequado para proporcionar aos contratantes a necessária previsibilidade em relação às consequências jurídicas de eventos futuros (GUIMARÃES, 2014, p. 64).

Nessa perspectiva, a demarcação dos limites de cada álea e atribuir os efeitos jurídicos, econômicos e financeiros a cada uma das partes na própria legislação, o instrumento contratual não se apresentava como o principal veículo para determinar os eventos futuros e suas respectivas consequências. A teoria das áleas, exposta na doutrina administrativa de origem francesa e refletida em diversos sistemas jurídicos, era suficiente para solucionar os problemas relacionados à modificação dos contratos.

Pode-se considerar que sob a teoria das áleas havia uma total neutralidade contratual sobre os efeitos jurídicos, econômicos e financeiros dos eventos relegando à lei e ao direito a responsabilidade de definir, sempre a posteriori, os rumos do contrato.

Com a atual dinâmica social somada ao advento de novas e transformadoras tecnologias, à complexidade da estruturação econômica, financeira e à técnica dos contratos públicos, a teoria das áleas revelou-se insuficiente para desvendar intrincadas questões que permeiam os contratos administrativos, sobretudo, os mais duradouros. A sistemática de definição *ex post* sobre o reflexo do evento incidente no contrato favorece a judicialização, indo na contramão de direção do que a própria Lei nº 14.133/21 apregoa acerca dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Como pondera Emílio Borges: “não avaliar riscos nem os mensurar objetivamente nos domínios do instrumento contratual, quando for possível fazê-lo, promove a incerteza e insegurança nas avenças, com o possível deslocamento do futuro impasse para o Poder Judiciário” (BORGES, ANO, p. 35).

O que a Lei nº 14.133/21 fez foi retirar o contrato do papel de coadjuvante e atribuí-lo à possibilidade de já definir a responsabilidade por eventuais riscos previamente identificados. Guimarães segue essa linha ao dizer que:

Não se extrai da Constituição o alcance mais abrangente do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, a ponto de eliminar o espaço de autorregulação das partes quanto a uma distribuição dos riscos (ordinários e extraordinários). Do enunciado do inciso XXI do art. 37 da Constituição tira-se apenas uma regra que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das “condições efetivas da proposta”. Tal não restringe, nesse particular, o espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato (GUIMARÃES, 2014, p. 64).

Essa evolução do direito administrativo contratual decorreu da natural adequação do Direito à realidade. Garcia explica que:

A causa dessa impactante evolução em tema tão relevante para o direito administrativo contratual não decorreu propriamente de uma espontânea revisitação doutrinária, mas de uma necessária adequação do Direito à realidade, como, de resto, acontece com vários fenômenos jurídicos que não podem ficar alheios aos acontecimentos do mundo dos fatos. Em verdade, a moldura normativa e doutrinária que explicitava o que era álea ordinária e álea extraordinária já não mais apresentava as virtudes pragmáticas e funcionais de outrora. Desse modo, zonas e limites entre as áleas não eram mais nítidos e estanques, bem como a própria classificação teórico-conceitual não mais respondia às expectativas de contratos administrativos, que se relevam cada vez mais complexos e intrincados, mormente porque estruturados a partir de uma teia relacional e multipolar (GARCIA, 2023, p. 48).

É imprescindível registrar que a Constituição Federal assegura “a manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei”, e a nova lei de licitações e contratos permite a repartição de riscos e responsabilidades objetivamente no instrumento contatual. Para isso, define precisamente o conceito de matriz de risco no seu art. 6º, XXVII, como sendo:

[...] 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 [...].

Perez entende que a teoria das áleas ordinária e extraordinária implica uma divisão extremamente vaga dos riscos. Sendo assim, o contrato administrativo pode discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, até alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso (PEREZ, 2006, p. 115). O autor emenda que os riscos extraordinários oriundos da álea econômica não necessariamente deverão ser suportados pelo poder público ou vice-versa. Tudo dependerá da capacidade de cada um dos parceiros de gerenciá-los e atenuá-los.

Conforme destacam Rodrigo Pironti A. de Castro e Fernando Menegat (2017), “os riscos devem ser alocados de forma racional e eficiente, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de mitigá-los”.

6.6 A matriz de risco como um instrumento de incentivo

Considerando a repartição objetiva do risco como desdobramento natural e progressivo da própria teoria das áleas, a atribuição contratual detalhada e objetiva dos riscos no contrato passa a significar uma estrutura racional de incentivos entre as partes, impulsionando a adoção de comportamentos que apreciem a assunção de responsabilidades e, principalmente, as ramificações financeiras no caso da ocorrência de eventos descritos no contrato.

A análise econômica do direito enxerga o ordenamento jurídico como grande sistema de incentivos. Como define Ivo Gico Junior: “A AED é teoria sobre comportamentos não um parâmetro de avaliação de condutas” (GICO JUNIOR, 2021, p. 22). De forma detalhada, o jurista ainda explica:

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções de juseconomia (ver) é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos (GICO JUNIOR, 2021, p. 21).

Sendo assim, embora o direito não alcance a gênese da equação econômica do contrato, pois é matéria de outras ciências. Como instrumento de incentivo social, ele poderá contribuir decisivamente para um melhor desempenho dos contratantes e, ainda, para o equilíbrio da relação contratual.

Com certeza, a matriz de risco é um instrumento jurídico de incentivo para que as partes na relação contratual possam imprimir todos os esforços ao seu alcance e, dentro de uma lógica racional e de equidade, para que o objeto contratado tenha o maior êxito possível. “A alocação de riscos impõe uma lógica de distribuição equitativa, de base racional, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir” (CASTRO, 2017).

Ao imputar responsabilidades prévias ao contratado, é certo que este empenhará todos os esforços preventivos possíveis, inclusive, para evitar ser responsabilizado por negligência, imprudência ou imperícia no gerenciamento contratual.

Um exemplo didático ilustrativo é o caso das obras realizadas durante o período de inverno amazônico (SANTANA, 2022). Durante essa estação, caracterizada por chuvas intensas, é possível que ocorram diversas intercorrências, como atrasos na execução da obra, necessidade de prorrogação do prazo, possíveis paralisações temporárias, alagamento do canteiro de obra, além da necessidade do uso específico de equipamentos de proteção individual (EPIs). A meta não é antecipar os problemas concretos que poderão surgir, mas reconhecer a existência de riscos adicionais decorrente do inverno amazônico e alocar a quem detiver melhores condições de gerenciá-lo.

Uma vez identificado o risco, cabe à administração, seguindo a metodologia previamente estabelecida, deliberar sobre qual das partes envolvidas (administração ou contratado) está mais apta a lidar com o risco em questão. A partir dessa análise, o risco identificado pode ser atribuído a uma das partes contratantes.

Ciente da responsabilidade pelos eventos decorrentes das fortes chuvas de inverno, o contratado certamente tomará todas as medidas preventivas necessárias. Caso contrário, ele será responsável por suportar o ônus financeiro resultante.

Ronny Charles Torres faz questão de dizer que a matriz de risco “tem, precipuamente, a função, enquanto cláusula contratual (ou anexo), de definir com maior precisão os riscos relacionados às atividades da contratação e os titulares responsáveis, gerando maior eficiência econômica ao negócio” (TORRES, 2021, p. 566).

Portanto, é possível inferir que o direito administrativo, no âmbito da nova lei de licitação, é fortemente influenciado pela análise econômica do direito (AED), uma vez que introduz mecanismos de "incentivo" nas relações contratuais.

6.7 As consequências da alocação acrítica de riscos

A mensuração ou alocação inadequada dos riscos pode acarretar danos significativos ao interesse público, uma vez que quaisquer lacunas ou omissões são refletidas no momento da elaboração da proposta econômica. Na concepção de Moreira (2007), “a dúvida quanto a quem é o titular deste ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir uma litigiosidade amanhã”.

Nessa conjuntura, a falha em avaliar e mensurar objetivamente os riscos dentro do escopo do contrato, quando possível fazê-lo, ocasiona incerteza e insegurança nas negociações. Isso pode potencialmente deslocar futuros impasses para a esfera do poder judiciário.

Revela-se prejudicial a transferência de um risco que não possa ser efetivamente gerenciado pelo contratado, pois pode acabarem um aumento nos custos de transação pela precificação desse risco na proposta econômica com fortes danos ao erário. Sobre o tema Acerete Gil adverte que:

Sem embargo, não se deve incorrer em transferência massiva de riscos ao operador privado, porque esta atitude pode provocar ineficiência. Se são transferidos riscos que o setor privado não é capaz de controlar, este recusará assumi-los ou agregará um sobrepreço em comparação com aqueles riscos que está disposto a aceitar. Desta forma, a Administração deverá realizar desembolsos superiores e o *valueforMoney* restará prejudicado (GIL, 2004, p. 109).

A Lei nº 14.133/21, em seu art. 103, §1º, prega que a alocação de riscos deve avaliar a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato. Ronny Charles apresenta essa definição: “Trata-se de regra

de ouro, segundo a qual o risco deve ser alocado de forma estratégica, para a parte com condições para absorvê-lo com maior eficiência” (CHARLES, 2021, p. 565).

Diante disso, é essencial ter cautela em relação à equivocada inclinação de transferir riscos ilimitados ao parceiro privado, acreditando que possa ser benéfico para o interesse público.

Receia-se, portanto, que a administração distribua os riscos de forma desproporcional para o contratado, eximindo-se das suas responsabilidades. Se o fizer, haverá sérias e danosas consequências ao erário público. Haverá um forte abalo na segurança jurídica das contratações públicas gerando contratos leoninos, bem como uma elevação sensível no custo estatal com aumento no valor das contratações. Nieburh traz essa contribuição: “o risco é precificado e a Administração acabará pagando o preço. Se a Administração quiser eximir-se de riscos, ela que contrate garantias, seguros, fianças ou coisa do gênero, que cubram a totalidade dos seus contratos” (NIEBURCH, 2022, p. 529).

Uma cuidadosa alocação de riscos é o mecanismo mais apropriado para reduzir os custos de transação, evitando renegociações futuras complexas. O contrato administrativo tem uma previsibilidade razoável em relação às responsabilidades e às consequências decorrentes de eventos danosos que possam ocorrer, oferecendo, assim, meios para remediar tais situações.

6.8 A necessidade de implementação da gestão de riscos conforme exigência da nova lei de licitação e contratos

Segundo a Constituição Federal, a estruturação da governança predispõe o uso da matriz de risco e pressupõe a constitucionalidade da Lei nº 14.133/21. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme previsto no §4º, do art. 103, da Lei nº 14.133/21, depende efetivamente de uma gestão de risco bem fundamentada e estruturada.

A alocação de riscos não pode ser tratada como uma prática aleatória, feita de qualquer forma com base em achismos ou sem critérios definidos. Deve ser o resultado de um estudo detalhado e tecnicamente sólido que identifica, quantifica e qualifica todos os riscos inerentes ao contrato. Esta análise deve, então, deliberar a forma como os riscos são alocados entre as partes contratantes.

Sem um delineamento adequado de riscos, a matriz de riscos pode facilmente desviar-se para o arbítrio. Isso ocorreria se a administração pública, aproveitando-se de seu poder de império, utilizasse a alocação de riscos como uma ferramenta para impor encargos

desproporcionais a uma das partes contratantes. Tal situação resultaria em uma relação contratual desequilibrada, levando a atrasos na execução do contrato, aumento dos custos ou até mesmo a rescisão do contrato.

Além disso, uma alocação de risco mal formatada desencadeia a oneração excessiva da administração pública. Isso aconteceria se os riscos fossem subestimados ou mal compreendidos, levando o contratado a precificar excessivamente esses riscos. Por sua vez, poderia ter implicações financeiras significativas para o poder público, uma vez que os recursos públicos são finitos e devem ser utilizados de forma eficiente.

Portanto, é crucial que a gestão de riscos seja vista como o pressuposto de constitucionalidade para a matriz de riscos. Uma gestão de riscos eficaz envolve a implementação de políticas e procedimentos para identificar, avaliar e mitigar riscos. Ela também requer um enquadramento regulatório que facilite a alocação adequada de riscos.

De forma sucinta, a alocação de riscos, como previsto na nova lei de licitações, precisa ser informada por uma gestão de riscos rigorosa para garantir que seja um instrumento de eficiência e equidade, e não uma ferramenta de arbítrio. A gestão de riscos é, portanto, um elemento fundamental para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e para a prevenção do uso indevido do poder de império pela administração pública.

A gestão de riscos é um componente relevante para assegurar a constitucionalidade da cláusula de matriz de risco, prevenindo qualquer exercício arbitrário de poder por parte da administração pública.

Na sua ausência, a promessa de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal como descrito no §4º, art. 103, da Lei nº 14.133/21, não pode ser efetivamente garantida. Assim sendo, é de extrema urgência que entes e entidades, em particular estados e municípios, adotem abordagens de gestão de risco que sejam tanto eficazes quanto efetivas, sob pena de se enfrentar, num futuro próximo, uma avalanche de demandas judiciais na contramão de direção ao que o legislador propôs no art. 151, da NLLC.

7 CONCLUSÃO

Analisadas todas as implicações da governança pública, impõe-se a necessidade de condensar as reflexões finais acerca do novo modelo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos por meio da matriz de risco e sua repartição objetiva *ex ante*.

Ao longo da presente pesquisa, investigou-se o instituto do contrato administrativo, suas alterações e impactos na equação econômico-financeira, bem como os respectivos instrumentos de preservação das condições efetivas da proposta, com especial destaque para a matriz de risco, cuja aplicabilidade foi significativamente ampliada pela recente Lei nº14.133/21.

Reiterou-se, inicialmente, o traço característico da administração pública no uso indiscriminado das cláusulas exorbitantes, assumindo, muitas vezes, uma postura arbitrária, sob o pretexto de exercer a tutela e proteção de interesses coletivos.

Contudo, demonstrou-se que o manejo das cláusulas exorbitantes está condicionado ao Direito Constitucional, de modo a efetivamente assegurar o interesse público coletivo, incluindo os direitos individuais fundamentais.

Evidenciou-se, também, a implicação constitucional contida no art. 37, inc. XXI, ou seja, a garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei. Neste ponto, é importante asseverar que a Constituição Federal remete ao legislador ordinário a responsabilidade de determinar quais são os requisitos para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro ao longo da relação contratual.

Cumprindo o dever constitucional, o legislador ordinário estabeleceu, por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), a possibilidade de a administração pública alocar riscos à responsabilidade financeira e patrimonial do contratado de forma *ex ante*. O preceito revela que não há um princípio geral de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas a manutenção das condições econômicas efetivamente pactuadas no momento da contratação.

Nesse contexto, mostra-se mais uma cláusula exorbitante à disposição da administração pública: a alocação prévia e unilateral de riscos contratuais. Por sua vez, a depender do juízo de valor que se estabeleça na prática administrativa, poderá ser usada dentro da ótica constitucional do direito administrativo, produzindo uma alocação racional, eficiente e equitativa de riscos contratuais, ou ser apenas mais um instrumento de arbítrio e revelador de instituições políticas “extrativistas”.

Em outra perspectiva, embora prevaleça o reconhecimento de que a alocação de riscos nos contratos representa um avanço quanto à teoria das áleas e guarda uma relação intrínseca com o equilíbrio econômico-financeiro do pacto, é imprescindível alertar para a necessária implementação de processos e estruturas de gestão de risco capazes de identificar, avaliar e tratar riscos. O propósito é alocar a quem tenha melhor condição de enfrentar prováveis riscos, consubstanciando os princípios da celeridade, eficiência, segurança jurídica e reduzindo os espaços de conflitos *ex post*, sobretudo, em relações duradouras.

Entretanto, embora a entrada em vigor da Lei nº14.133/21 permita o uso imediato da matriz de risco, o TCU informa que menos da metade da administração pública federal está apta a gerenciar adequadamente os riscos inerentes ao processo licitatório e de contratações.

O cenário ainda fica mais crítico quando se observa os estados e os municípios. Isso porque impede o uso da matriz de risco, sob o efeito de ficar caracterizada a alocação aleatória dos riscos, com grave impacto na vantajosidade das contratações públicas, pois o mercado certamente precificará a transferência dos riscos contratados.

A compreensão da estruturação da governança em gestão de riscos é pré-requisito para o adequado uso da matriz de risco e decorre da própria mutação lógico-jurídica entre a Lei nº8.666/93 e a Lei nº14.133/21, que, ao contrário de seguir o modelo da alocação aleatória e posterior de riscos contratuais, opta pela sua alocação específica e prévia, já no momento da celebração do contrato.

Isso significa que o ente licitante, já no momento da licitação, deverá explicitar objetivamente todos os riscos que entende incidentes sobre a atividade pactuada, tanto atinente a situações ordinárias e extraordinárias, quanto indicar de quem será a responsabilidade por mitigar cada risco identificado.

Todas essas informações gozarão de cláusula própria ou até mesmo documento anexo ao contrato, no que se denomina matriz de risco. Somente será viável se houver um prévio estudo do risco, caso contrário, haverá uma patente inconstitucionalidade por afronta ao disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição, combinado com os art. 11, parágrafo único, e 21, parágrafo único, ambos da Lei nº14.133/21.

Ficou claro que os riscos não devem ser alocados de forma aleatória pelo poder público. Ao contrário, devem ser alocados de forma racional e eficiente, segundo a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de gerenciá-los.

Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, impactando da menor forma possível a execução contratual. A repartição objetiva de riscos não impõe uma

distribuição equivalente de riscos, e sim uma distribuição equitativa, de base racional, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode gerir de forma mais eficiente.

Não há como fazer uma distribuição equitativa e racional, sem antes identificar e definir quais os riscos que se pretendem dirimir, sob pena de adotar uma prática arbitrária e incompatível com a face atual do direito administrativo constitucional. Para isso, a administração precisa definir, implementar e divulgar previamente a metodologia do estudo do risco adota, caso contrário haverá mácula a previsão do art. 22, *caput* da NLLC e aos direitos do contratado.

Se a administração decide alocar riscos de maneira aleatória e desproporcional na tentativa de se isentar de suas responsabilidades, haverá, no mínimo, duas graves consequências. Primeiramente, a matriz de riscos contrariará seu objetivo principal, que é garantir a segurança jurídica, além de macular interesses individuais e a garantia de direitos fundamentais. Isto resultará na criação de um contrato leonino, contrário à boa-fé, e assim, gerará insegurança jurídica.

Como segunda consequência, ao transferir todos os riscos para o contratado, o contrato se tornará mais oneroso, prejudicando o erário público. O risco é precificado e a administração acabará arcando com esse custo. Se o poder público deseja se eximir de riscos, ele deve contratar garantias, seguros, fianças ou mecanismos semelhantes, que abrangem a totalidade de seus contratos. A matriz de risco não deve servir para tornar os contratados garantidores universais de todos os riscos que, por natureza, pertencem à administração.

Por outro lado, nem todos os riscos são previsíveis e antecipáveis no momento da licitação – caso contrário, não haveria que se falar em teoria da imprevisão e álea extraordinária, expressamente referidas no próprio art. 133, II, da nova lei. Diante disso, é importante que se afirme que a nova sistemática não elimina a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da ocorrência de eventos imprevisíveis (e nem teria como, ainda mais num contrato de longa duração), mas ao menos determina que já se proceda de antemão à indicação de quem será o responsável por arcar com cada espécie de imprevisibilidade.

Por fim, fica evidente que não há nenhuma aproximação do modelo de governança em gestão de riscos previsto na Lei nº 14.133/21 com procedimentos estanques do tipo burocrático-formais, como é o caso dos *checklists* ou formulário-padrão de verificação de risco. Ao contrário, a cláusula de matriz deve ser individualizada de acordo com o objeto contratual.

Por último, à luz da Constituição Federal e da própria Lei nº14.133/21, a estruturação da governança predispõe o uso da matriz de risco e pressupõe a constitucionalidade da NLLC. Assim, não basta apenas uma gestão pública, é preciso ir além e estabelecer uma governança pública.

REFERÊNCIAS

- ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISO 31000: 2018**. Gestão de Riscos – Diretrizes. 2. ed. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=392334. Acesso em: 12 jun. 2023.
- AMAPÁ. **Tribunal de Justiça**. Processo judicial nº 0052179-78.2022.8.03.0001.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-30, setembro/outubro/novembro, 2007. ISSN 1981-1888. Disponível em: [//fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic](http://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic). Acesso em: 01 jun. 2023.
- BARONE, Francisco. Carga tributária. **Veja.com**. Perguntas & Respostas. São Paulo. Entrevista concedida em janeiro de 2009.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2017. 430p. ISBN 9788544213896.
- BARROS JUNIOR, Carlos Schmidt de. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1986. 87 p.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 08 jun. 2023.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. 119 p. ISBN 978-65-5979-002-9.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 3. reimpr. São Paulo: Editora 34, 2019. 384 p. ISBN 978-85-7326-450-0.
- BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri-SP: Manole, 2003. 259 p. ISBN 8520416136.
- BERGAMINI JUNIOR, Sebastião. Controles internos como um instrumento de governança corporativa. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 149-187, dez. 2005. Disponível em: [//web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13474/2/RB%2024%20Controles%20Internos%20como%20um%20Instrumento%20de%20Governan%c3%a7a%20Corporativa_P_BD.pdf](http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13474/2/RB%2024%20Controles%20Internos%20como%20um%20Instrumento%20de%20Governan%c3%a7a%20Corporativa_P_BD.pdf). Acesso em: 2 jul. 2023.
- BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses: a fascinante história do risco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. 369 p. ISBN 9788535202106
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2014. 358 p. ISBN 978-85-7147-860-2.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 239, p. 1-31, 2005. DOI: //doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova lei de licitações passo a passo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 1044 p. ISBN 978-65-5518-468-6.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**: com referência ao CC de 16 e ao NCC. São Paulo: Malheiros, 2002. 824 p. ISBN: 8574202894.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 571.969/DF, Rel. Cármen Lúcia.

_____. _____, RHC nº 590, 3 nov. 1981.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Mapa de gerenciamento de riscos**. PROCESSO Nº 08006.000110/2020-85. Disponível em: www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/se/licitacoes/uasg-200005/pregoes/2021/pregao-eletronico-no-04-2021/mapa-de-riscos.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1.240/2008, Plenário, TC 011.456/2008-1, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 25 jun. 2008.

_____. _____. Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, TC 027.973/2007-2, Min. Rel. Benjamin Zymler, 27 ago. 2008.

_____. _____. Acórdão nº 2.164/2021, Plenário, Rel. Mi. Bruno Dantas, 15 set. 2021.

_____. _____. Acórdão nº 2.699/2018, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 21 nov. 2018.

_____. _____. Acórdão nº 2.933/2011, Plenário, Rel. Min. Rel. Valmir Campelo, 09 nov. 2011.

_____. _____. Acórdão nº 4.551/2020, Plenário.

_____. _____. **Dez passos para a boa governança**. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2021. 44 p. Disponível em: [//portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F77D5272801781902F2E00A01](http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F77D5272801781902F2E00A01). Acesso em: 7 jun. 2023.

_____. _____. **FISCOBRAS 2017**: fiscalização de obras públicas pelo TCU. 21. ano. Brasília, 2017. 24 p. Disponível em: [//portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2017.htm](http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2017.htm). Acesso em: 7 jul. 2023.

_____. _____. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2020. 242 p. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7595543501762EB92E957799>. Acesso em: 16 jun. 2023.

_____. _____. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. 80 p. Disponível em: [//portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7595543501763021826806F6](https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7595543501763021826806F6). Acesso em: 16 jun. 2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Universo dos contratos públicos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. (Tratado de direito administrativo; v.6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro). p. 319-336. ISBN 978-85-5321-737-3.

_____. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. 239 p. ISBN: 8574209031, 9788574209036.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 240 p. ISBN 978-65-5518-334-4.

CARDOSO, Lindineide. Alocação de riscos no contrato. **Sollicitaportal**, 9 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/19077>. Acesso em: 14 jul. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36. ed. Barueri-SP: Atlas, 2022. 1110 p. ISBN 978-65-5977-181-3.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020. 438 p. ISBN 978-65-5605-138-3.

CARVALHO, Guilherme. Alterações na matriz de riscos e inflação: um fenômeno inevitável. **Consultor Jurídico**, 19 ago. 2022. Disponível em: www.conjur.com.br/2022-ago-19/licitacoes-contratos-alteracao-matriz-riscos-inflacao-fenomeno-inevitavel. Acesso em: 17 jul. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. A sociedade em rede.v. 1. Trad. Roneide Venancio Majer. 14. reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 1729 p. ISBN 978-85-7753-036-6.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas: exigência e critérios normativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 364 p. ISBN: 978-65-5518-278-1.

_____. Desmistificando a elaboração da matriz de riscos nos contratos celebrados por empresas estatais. *In*: PAULA, Marco Aurélio de; CASTRO, Rodrigo, Pironti Aguirre de. (coords.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 509-524. ISBN: 978-85-450-0761-6.

_____; MENEGAT, Fernando. O estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: Breve ensaio sobre o rompimento da “teoria das áleas” no direito administrativo.

Coluna Juridica JML, 2017. Disponível em:

[//portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=159](http://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=159).

Acesso em: 29 jun. 2023.

CLÉVE, Clemerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. BeloHorizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.

COSO. CommitteeofSponsoringOrganizationsoftheTreadway Commission. **Gerenciamento de riscos corporativos**: Aplicando o gerenciamento de riscos corporativos aos riscos relacionados ao ambiental, social e governança. Outubro de 2018. Disponível em: www.coso.org/Shared%20Documents/COSO-WBCSD%20ESG_ERM%20Guidance_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

COSTA, Judith Martins. A noção de contrato na história dos pactos. **Organon**, Porto Alegre, v. 6, n. 19, 2013. DOI: 10.22456/2238-8915.39318. Disponível em: [//seer.ufrgs.br/index.php/organon/article/view/39318](http://seer.ufrgs.br/index.php/organon/article/view/39318). Acesso em: 5 mai. 2023.

CRETELA JUNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 248 p. ISBN 8530904109.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 2291 p. ISBN 978-65-596-4678-4.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes; IBRAHIM JÚNIOR, Márcio Antônio Deotti. A exorbitância nos contratos administrativos e direitos fundamentais. **CONPEDI/UFSC**, Florianópolis, 2014. 20 p. ISBN 978-85-68147-24-5.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. 7. reimpr. São Paulo: Globo, 2017. 929 p. ISBN 978-85-250-5242-1.

FENILI, Renato. **Governança em aquisições públicas**: teoria e prática à luz da realidade sociológica. Niterói-RJ: Impetus, 2018. 380 p. ISBN 978-85-7626-99-5.

FERMA. Federation ofEuropean Risk Management Associations. **Norma de gestão de riscos**. 2002. Disponível em: www.ferma.eu/app/uploads/2011/11/a-risk-management-standard-portuguese-version.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

FIGUEIREDO, Lucia Vale. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 712 p. ISBN 978-8574208978.

FORTINI, Cristiana. Prevenção à corrupção nas contratações públicas. *In*: PONTES FILHO, Valmir; MOTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). **A regeneração da administração pública brasileira**. Curitiba: Ítala, 2017. p. 15-26. ISBN 978-85-5544-095-3.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialismo e compliance**: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na Era da IA. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2019. 480 p. ISBN 978-85-5321-615-4.

FRANCO, Isabel (org.). **Guia prático de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 472 p. ISBN 978-85-309-8868-5.

G1AP. **Secretaria de Educação no Amapá suspende contrato de R\$ 21 milhões para aluguel de tablets**, 20.01.2022. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2022/01/20/secretaria-de-educacao-no-amapa-suspende-contrato-de-r-21-milhoes-para-aluguel-de-tablets.ghtml>. Acesso em: 26 mai. 2023.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [//enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/educacao-1/principio-da-eficiencia](http://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/educacao-1/principio-da-eficiencia). Acesso em: 20 jun. 2023.

GARCIA, Flavio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. rev., atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. 384 p. ISBN 978-85-4423964-3.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1166p. ISBN 9788502110229.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**. 4. ed. Indaiatuba-SP: Foco, 2021. p. 1-32. ISBN 978-65-5515-231-9.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. 193 p. ISBN 978-85-7139-022-3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. vol. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 448 p. ISBN 978-85-53602728.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. 352 p. ISBN 8574206490.

GUIMARÃES, Fernando VVernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann. (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-118. ISBN: 978-85-450-0553-7.

_____. A reconstrução da teoria do contrato administrativo. *In*: FERRAZ, Sérgio. **Direito e Liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de direito**. São Paulo: IASP, 2017. p. 259-282. ISBN 978-85-69419-13-6.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017. Acesso em: 17 jul. 2023.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 95-112, 2001. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>. Acesso em: 02 jul. 2023.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998. 576 p. ISBN 9788588278059

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. 212 p. ISBN 978-85-469-0214-9.

HOUASIS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1986 p. ISBN 9788573029635.

HYDEN, Goran; COURT, Julius. **Governance and development**. World Governance Survey Discussion Paper 1. United Nations University, August, 2002. Disponível em: <https://archive.unu.edu/p&g/wga/publications/WGS-discussionPaper1.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=21138>. Acesso em: 14 jul. 2023.

IFAC. International Federation of Accountants. Governance in the public sector: a governing body perspective. **Study 13**, Nova York, august 2001. Disponível em: https://www.ifac.org/_flysystem/azure-private/publications/files/study-13-governance-in-th.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.

INTOSAI. International Organization of Supreme Audit Institutions. **Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector**. Further Information on Entity Risk Management. PSC Subcommittee on Internal Control Standards. ISSAI, 2007. Disponível em: https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/intosai_gov_9100_e.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 984 p. ISBN 978-65-5964-577-0.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei nº 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 1823 p. ISBN 978-65-5614-611-9.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1396 p. ISBN 978-85-47230975.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio. Governança pública contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. **Revista TCU**, [s. l.], n. 130, p. 42-53, 2014. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/40>. Acesso em: 16 jun. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, 767 p. ISBN 978-85-392-0266-9.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 456 p. ISBN 978-85-203-5961-7.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p. ISBN 978-85-392-0319-2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 32. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015. 1150 p. ISBN 978-85-392-0273-7.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. 1. 2 ed. Belo Horizonte: Forense, 1979.

MENDES, Annita Valléria Clamon; BESSA, Luiz Fernando de Macedo; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. *Gestão da Ética: a experiência da administração pública brasileira*. **Administração Pública e Gestão Social**, v.7 n. 1, p. 2-8, jan-mar. 2015.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. 471 p. ISBN 978-85-99369-18-0.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 204 p. ISBN 978-65-5518-150-0.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da parte geral da Lei n. 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros, 2010. 480 p. ISBN 9788539200238.

NAFES, Seles. SEED suspende contrato de R\$ 21 mi de aluguel de tablets. **SelesNafes.com**. Disponível em: <https://selesnafes.com/2022/01/seed-suspende-contrato-de-r-21-mi-de-aluguel-de-tablets/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Claudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública: o desafio Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 399 p. ISBN 978-85-450-0485-1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 136 p. ISBN 978-65-59642946.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 1247 p. ISBN 978-65-5518-330-6.

_____. O fracasso do contrato administrativo. **Instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul**. Disponível em: www.idams.com.br/artigos/39/O-Fracasso-do-Contrato-Administrativo.html. Acesso em: 16 jul. 2023.

NOBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**. 4. ed. Indaiatuba-SP: Foco, 2021. p. 417-428. ISBN 978-65-5515-231-9.

_____. **Direito e economia da infraestrutura**. 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 245 p. ISBN 978-85-450-0722-7.

_____. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das cláusulas exorbitantes? **Direito do Estado**, n. 397, 2018. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes. Acesso em: 26 mai. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito Administrativo**. 11 ed. atual. reform. Barueri-SP: Atlas, 2022. 872 p. ISBN 978-65-59-77130-1.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro nas contratações públicas**. São Paulo: Dialética, 2022. 304 p. ISBN 978-65-252-3407-6.

PAIVA, André Luis Parizio Maia. Negócios jurídicos processuais e administração pública: premissas dogmáticas e requisitos indispensáveis para a negociação no âmbito dos processos administrativos. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 207-232. ISBN 978-65-5605-138-3.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A nova lei de licitações e contratos administrativos: e suas janelas de oportunidade. **Sollicita portal**, [Curitiba], 13 abr. de 2021. Disponível em: [https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17554&n=a-nova-Lei nº-delicitac%C3%A7%C3%B5es-e-contratos-administrativos-](https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17554&n=a-nova-Lei-nº-delicitac%C3%A7%C3%B5es-e-contratos-administrativos-). Acesso em: 12 maio.2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. III. 16. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 592 p. ISBN 9786559643363.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Trad. Carolina Andrade. 7. ed. 13. reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2021. 316 p. ISBN 85-225-0236-6.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), 1997. 58p. CDD 351.0073. Disponível em: www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno01.pdf. Acesso em 19 jun. 2023.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, 211 p. ISBN 85-7700-012-5.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-181, 2006. Disponível em: [//web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10056](http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10056). Acesso em: 17 jul. 2023.

PODER360. **Lei de licitações será prorrogada para março de 2024, diz Lira**, 29 mar. 2023. Disponível em: www.poder360.com.br/congresso/lei-de-licitacoes-sera-prorrogada-para-marco-de-2024-diz-lira/. Acesso em: 02 jul. 2023.

PRATES, Wladimir Ribeiro. Governabilidade, governança e accountability. **Ciências e Negócios.com**, 4 abr. 2014. Disponível em: [//portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2017.htm](http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2017.htm). Acesso em: 7 jul. 2023.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. Ed. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **Contratos da Administração Pública**: administração direta e estatais – formalização, conteúdo e fiscalização – de acordo com as Leis nº 8.666/1993, nº 14.133/2021 e nº 13.303/2016. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 289 p. ISBN 978-65-5518-234-7.

RIBEIRO, Cássio Garcia Ribeiro; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. **IPEA Texto para discussão 2467**, Brasília, 2019. 38 p. ISSN 1415-4765. Disponível em: [//repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf). Acesso em: 27 mai. 2023.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Regime diferenciado de contratação**: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. 136 p. ISBN 978-8522470044.

_____; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP**: Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2010. 479 p. ISBN 978-85-7420-800-8.

SANTANNA, Gustavo da Silva; ALVES, Ramon Pinto. O regime de precatórios e o (des) interesse (público) no seu pagamento. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 217-234, 2016. DOI: [//dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p217-234](https://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p217-234). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/104506/107853>. Acesso em: 15 maio.2023.

SANTOS, Gilvana. MP-AP recomenda à secretária da SEED a imediata suspensão do contrato de locação de tablets e qualquer pagamento relacionado ao objeto. **Ministério Público do Estado do Amapá**. 2022. Disponível em: [//mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-recomenda-a-secretaria-da-seed-a-imediata-suspensao-do-contrato-de-locacao-de-tablets-equalquer-pagamento-relacionado-ao-objeto](https://mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-recomenda-a-secretaria-da-seed-a-imediata-suspensao-do-contrato-de-locacao-de-tablets-equalquer-pagamento-relacionado-ao-objeto). Acesso em: 26 maio 2023.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. **Governança e compliance na administração pública direta**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2022. 216 p. ISBN 978-85-519-1877-7.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 400 p. ISBN 978-65-5614-289-0.

SCHAWAB, Klaus. **The Global Competitiveness Report 2019**. World Economic Forum. Disponível em: www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 4, n. 17, 2004. Disponível em: www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/610. Acesso em: 08 jun. 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 461 p. ISBN 978-85-359-1646-1.

_____. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. 588 p. ISBN 978-85-359-1927-1.

SILVA, Carlos Henrique Gomes da. O compliance como instrumento de efetivação dos princípios da eficiência e da moralidade na administração pública: uma perspectiva de gerenciamento de riscos. *In*: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 313-338. ISBN 978-65-5605-138-3.

SILVA, Emílio Borges e. **A teoria da imprevisão e sua aplicabilidade perante as matrizes de risco de contratos concessionais**. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Carlos Plácido da; PASCHOARELLI, Luís Carlos (orgs.). **A evolução histórica da ergonomia no mundo e seus pioneiros**. São Paulo: UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 103 p. ISBN 978-85-7983-120-1. Disponível em: [//static.scielo.org/scielobooks/b5b72/pdf/silva-9788579831201.pdf](http://static.scielo.org/scielobooks/b5b72/pdf/silva-9788579831201.pdf). Acesso em: 16 jun. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. 279 p. ISBN 978-85-7420-899-2.

SLOMSKI, Valmor. **Governança corporativa e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2008. 198 p. ISBN 978-85-2245040-4.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. 272 p. ISBN 978-85-5608-042-4.

SOUZA, Kleberon Roberto de; SANTOS, Franklin Brasil. **Como combater o desperdício no setor público: gestão de riscos na prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 265 p. ISBN 978-65-5518-358-0.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 311 p.

TEIXEIRA, Lucas Borges. Apesar de inconstitucional, 21 analfabetos se inscrevem para eleições. **UOL**, São Paulo, 28 set. 2020. Disponível em: [//noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/09/28/analfabetos-eleicoes-municipais-2020.htm](http://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/09/28/analfabetos-eleicoes-municipais-2020.htm). Acesso em: 27 maio 2023.

THIEL, Cristiane Rocha. **Ethos pathos logos: qual a relação com o branding**. Disponível em: [//cristianethiel.com.br/ethos-pathos-logos/](http://cristianethiel.com.br/ethos-pathos-logos/). Acesso em: 19 jun. 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021. 944 p. ISBN 978-65-5680-726-3.

UFRA. Universidade Federal Rural da Amazônia. **Afinal, o que é o inverno amazônico?** 17.11.2022. Disponível em: [//novo.ufra.edu.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3296:afinal-o-que-e-o-inverno-amazonico&catid=17&Itemid=121](http://novo.ufra.edu.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3296:afinal-o-que-e-o-inverno-amazonico&catid=17&Itemid=121). Acesso em: 17 jul. 2023.

VALGAS, Rodrigo. Direito administrativo do medo e o “apagão das canetas. **Sollicitaportal**, 12 jan. 2021. Disponível em: [//portal.sollicita.com.br/Noticia/17193](http://portal.sollicita.com.br/Noticia/17193). Acesso em: 7 jun. 2023.

WESTIN, Ricardo. Por que a fórmula de cobrança de impostos do Brasil piora a desigualdade social. **Agênciasenado**, 25 mai. 2021. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/05/por-que-a-formula-de-cobranca-de-impostos-do-brasil-piora-a-desigualdade-social. Acesso em: 16 jun. 2023.

WIKIPÉDIA. **Analfabetismo funcional**. Disponível em: [//pt.wikipedia.org/wiki/Analfabetismo_funcional](http://pt.wikipedia.org/wiki/Analfabetismo_funcional). Acesso em: 19 jun. 2023.

_____. **James Quincey**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/James_Quincey. Acesso em: 19 jun. 2023.

ZILLER, Henrique Moraes; BORGES, Mara Nunes Silva; CRISPIM, Luís Henrique; CASTRO, Adriano Abreu de. **A gestão de riscos na prática: conceitos, desafios e resultados no Estado de Goiás**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 219 p. ISBN 978-65-5518-494-5.