

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Lucas Hellmann

A alocação eficiente de riscos contratuais conforme a Lei nº 14.133/2021:
por um método de repartição de responsabilidades com a manutenção do equilíbrio
econômico-financeiro dos contratos administrativos

Florianópolis
2021

Lucas Hellmann

A alocação eficiente de riscos contratuais conforme a Lei nº 14.133/2021:
por um método de repartição de responsabilidades com a manutenção do equilíbrio
econômico-financeiro dos contratos administrativos

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito
(Noturno) do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.
Coorientador: Prof. Felipe Cesar Lapa Boselli, Dr.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor.

Hellmann, Lucas

A alocação eficiente de riscos contratuais conforme a Lei nº 14.133/2021 : por um método de repartição de responsabilidades com a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos / Lucas Hellmann ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, coorientador, Felipe Cesar Lapa Boselli, 2021.
80 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. contratos administrativos. 3. matriz de riscos. 4. alocação de riscos. 5. equilíbrio econômico-financeiro. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Boselli, Felipe Cesar Lapa. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Lucas Hellmann

A alocação eficiente de riscos contratuais conforme a Lei nº 14.133/2021:
por um método de repartição de responsabilidades com a manutenção do equilíbrio
econômico-financeiro dos contratos administrativos

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito (Noturno).

Florianópolis, 27 de setembro de 2021.

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.
Orientador

Prof. Felipe Cesar Lapa Boselli, Dr.
Coorientador

José Carlos Loitey Bergamini, Me.
Avaliador

Mateus Stallivieri da Costa, Me.
Avaliador

À Zelândia (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa o encerramento de uma etapa de muitas alegrias e desafios em minha vida, o que não seria possível sem o apoio incondicional de minha família. Agradeço aos meus pais, Tarcísio Hellmann e Marizete da Silva, por terem calçado, com muito amor e muitos sacrifícios, o caminho que me fez chegar até aqui, à minha tia e madrinha Zelândia da Silva Steil (*in memoriam*), à minha tia Risolete Maria Hellmann, aos meus tios e padrinhos Nilton Steil e Claudionor Arruda e às minhas irmãs Alessandra Hellmann, Francine Hellmann e Luana Hellmann, que mesmo de longe, cada um e cada uma a seu modo, participaram dessa jornada.

Agradeço à Marcela Matheus, minha companheira e confidente, com quem tenho o privilégio de compartilhar meus dias.

Agradeço ao meu orientador, professor José Sérgio da Silva Cristóvam, pela confiança em mim depositada, ao meu coorientador e grande amigo, professor Felipe Cesar Lapa Boselli, por ter me guiado nos meandros do Direito e da advocacia por tantos anos, e aos membros da banca avaliadora, Mateus Stallivieri da Costa e José Carlos Loitey Bergamini, pelos valiosos apontamentos para tornar melhor esta pesquisa.

Agradeço aos amigos e amigas que a Universidade Federal de Santa Catarina me proporcionou, em especial Guilherme Boff Freda, Francisco Henrique Pinheiro Marques, Luiz Eduardo Fleck, Igor Irani Merit Bernardo dos Santos, Gabriel Gonçalves Masiero, Isadora de Fragas, Taisi Copetti e Vitor Cardoso de Oliveira, assim como tantos outros que, felizmente, pude conviver durante os últimos anos.

Agradeço aos colegas do escritório Boselli & Loss Advogados Associados, Felipe Boselli, Vinícius Loss, Michele Sene Pinheiro, Fernanda Senna, Francis Alan Werle, Elaine Boselli e Paulo Boselli, com quem muito aprendi durante os anos de graduação, e do escritório Schiefler Advocacia, Gustavo Schiefler, Giovanna Máisa Gamba, Eduardo Schiefler, Murrillo Preve Cardoso de Oliveira e demais colegas que me receberam de braços abertos para que eu pudesse dar um novo passo em minha trajetória profissional.

Por fim, agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina, minha casa nos últimos cinco anos.

A todos vocês, meu muito obrigado.

Para o estudo racional do direito, o homem da letra gótica pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia. [...] Aprendemos que *para termos qualquer coisa temos de abrir mão de alguma outra coisa* e aprendemos a contrapor a vantagem que ganhamos à outra vantagem que perdemos, e a saber o que estamos fazendo quando selecionamos.

Oliver Wendell Holmes Jr., 1897.

RESUMO

Em 1º de abril de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.133, que instituiu a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual possibilita que os contratos administrativos para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras possam prever uma matriz de alocação de riscos contratuais. Essa cláusula contratual permite uma repartição, previamente à contratação, das responsabilidades de cada parte quanto aos riscos nela definidos. O presente trabalho tem como objetivo constatar quais os parâmetros metodológicos a serem observados na construção da matriz de riscos de contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, determinada pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, e atender ao requisito de eficiência na alocação dos riscos, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 14.133/2021. A pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica para, a partir da análise da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira e de doutrina jurídica e econômica, definir conceitos operacionais de equilíbrio econômico-financeiro, de riscos contratuais e de eficiência para estabelecer parâmetros que devem ser seguidos pela Administração na modelagem dos contratos administrativos.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Matriz de riscos. Alocação de riscos. Equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

The purpose of this study is to determine which methodological parameters should be observed in the construction of the risk matrix of government contracts to ensure the maintenance of its economic-financial balance, as determined by the Federal Constitution, and attend the requirement of efficiency in the allocation of risks, as determined by the Federal Law No. 14.133/2021. The research uses the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographical research technique to, from the analysis of the Brazilian constitutional and infra-constitutional legislation and legal and economic doctrine, define operational concepts of economic-financial balance, contractual risks and efficiency to establish parameters that must be followed by the government in the modeling of administrative contracts.

Keywords: Administrative contracts. Risk matrix. Risk allocation. Economic-financial balance.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Exemplo de matriz de riscos.....	57
Quadro 2 – Cenários de alocação de riscos de eventos não controláveis pelo	66

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CBIC	Câmara Brasileira da Indústria da Construção
EUA	Estados Unidos da América
FHA	<i>Federal Highway Administration</i>
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
PMI	<i>Project Management Institute</i>
PPP	Parceria Público-Privada
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	16
2.1	Conceito de contrato administrativo e equilíbrio econômico-financeiro	16
2.2	O desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato: a alocação do risco <i>ex post</i> e a tradicional teoria das áleas	22
2.3	O equilíbrio contratual nos novos regimes legais de licitação e contratos administrativos: a alocação do risco <i>ex ante</i>	27
2.4	Síntese conclusiva do capítulo.....	34
3	A LEI Nº 14.133/2021 E A NOVA PERSPECTIVA DOS RISCOS CONTRATUAIS.....	36
3.1	O risco e a incerteza.....	36
3.2	Noções gerais sobre a análise de riscos em projetos	39
3.3	A matriz de risco como instrumento de mitigação da assimetria informacional e da incompletude dos contratos administrativos	43
3.4	Síntese conclusiva do capítulo.....	50
4	A ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS NA LEI Nº 14.133/2021	51
4.1	A construção da matriz de riscos à luz da Lei nº 14.133/2021	51
4.2	Alocação de riscos e a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro	58
4.3	A alocação eficiente de riscos e seus parâmetros	61
4.4	Síntese conclusiva do capítulo.....	67
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
	REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Em 1º de abril de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.133, que instituiu a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, substituindo e unificando a matéria tratada em diversas leis sobre licitação e contratação pelo poder público.

Entre as inovações do seu extenso rol de dispositivos, a Lei nº 14.133/2021 possibilita que os contratos administrativos para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras possam prever uma matriz de alocação de riscos contratuais, sendo esta uma cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

De maneira prática, a Lei nº 14.133/2021 determina que a matriz de riscos deve promover a alocação eficiente dos riscos entre as partes, no entanto, a lei silencia quanto ao método para alcançar essa eficiência. A importância de se promover uma alocação “eficiente” dos riscos a serem suportados pelas partes em contratos administrativos, para além de mero cumprimento do diploma legal, visa assegurar a observância ao princípio constitucional da eficiência na Administração Pública, uma vez que a alocação inadequada de responsabilidades pode levar ao aumento dos custos dos contratos e um maior dispêndio de recursos públicos, bem como contribui para um ambiente de insegurança nas contratações públicas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a correta distribuição de riscos favorece o aumento da segurança jurídica nas relações contratuais firmadas pelo poder público, o que, por sua vez, gera estímulo à participação do setor privado no desenvolvimento do país. Com efeito, de acordo com a Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (2018, p. 18), o aperfeiçoamento da distribuição de riscos em contratos de infraestrutura é uma das medidas necessárias, apontada por agentes do setor, para melhorar o ambiente de investimentos privados em infraestrutura no Brasil.

Com efeito, ao se considerar que o mercado de compras públicas representa cerca de 12,5% do Produto Interno Bruto do país (RIBEIRO; INÁCIO JÚNIOR, 2019), torna-se nítida a importância e a relevância de estudos acerca das mudanças trazidas pela Lei nº 14.133/2021, notadamente o aperfeiçoamento dos mecanismos de repartição de responsabilidades em contratos administrativos e a sua relação com o regime constitucional de garantia ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim, com o presente estudo busca-se resolver o seguinte problema de pesquisa: é possível estabelecer um método para a alocação de riscos a serem suportados pela Administração e pelo particular em contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 que assegure a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, determinado pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, e atenda ao requisito de eficiência, estabelecido no parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 14.133/2021?

Para propor uma resposta ao problema da pesquisa, parte-se da seguinte hipótese: a alocação de riscos entre as partes em contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e atende ao requisito de eficiência ao manter sob a responsabilidade da Administração os riscos que não podem ser racionalmente considerados e precificados pelos particulares nas propostas apresentadas na licitação, alocando os demais riscos conforme a capacidade de gerenciamento pelas partes.

Neste sentido, objetivo geral deste estudo é constatar quais os parâmetros metodológicos, se existirem, a serem observados na construção da matriz de riscos de contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, determinada pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, e atender ao requisito de eficiência na alocação dos riscos, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 14.133/2021.

Nessa ordem de ideias, a conformação deste objetivo geral torna necessário o avanço sobre três correspondentes objetivos específicos, cada qual analisado em um capítulo deste trabalho:

Como primeiro objetivo específico, pretende-se apresentar o conceito operacional de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e sua relação com a matriz de riscos contratuais.

Para tanto, no primeiro capítulo será feita a delimitação do âmbito de análise do estudo a partir da conceituação da espécie de contrato administrativo sobre o qual incide o problema e a hipótese de pesquisa e apresentar o conceito operacional de equilíbrio econômico-financeiro nesta espécie de negócio jurídico. Na sequência, será analisada a evolução normativa e doutrinária a respeito da obrigação constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos até o advento da Lei nº 14.133/2021 e o papel da matriz de riscos contratuais nessa evolução.

Como segundo objetivo específico, pretende-se delimitar o conceito de risco e analisar o papel da matriz de alocação de riscos sob os seus aspectos gerencial e econômico.

Assim, no segundo capítulo o conceito e os elementos constitutivos do risco serão delimitados à luz da teoria econômica proposta por Knight (1921), e, em sequência, serão apresentadas as noções gerais do processo de gerenciamento de riscos em projetos, situando como ocorre a elaboração da matriz de riscos na fase de planejamento das licitações. Por fim, será analisado o papel da matriz de risco como um instrumento de mitigação da assimetria de informações e da incompletude dos contratos administrativos, à luz da teoria dos contratos incompletos.

Por derradeiro, como terceiro objetivo específico, pretende-se reconhecer as balizas legais materiais e formas da matriz de riscos na Lei nº 14.133/2021 e constatar os parâmetros aptos a compor um método de alocação de riscos na modelagem dos contratos administrativos para que se assegure a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro e se atenda ao requisito de eficiência.

Para tanto, no terceiro e último capítulo de desenvolvimento deste trabalho, serão visitados os requisitos legais da construção da matriz de riscos e o método de elaboração formal deste instrumento. Em sequência, será analisada a alocação de riscos em face da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, de acordo com os conceitos de equilíbrio contratual e de risco contratual, estabelecidos nos capítulos anteriores. Por fim, serão propostos os parâmetros de um método de alocação eficiente dos riscos entre as partes em contratos administrativos, à luz da Lei nº 14.133/2021.

O método de abordagem adotado neste estudo é o dedutivo, uma vez que parte de teorias e leis (argumentos gerais) para alcançar conclusões restritas às premissas estabelecidas. O método de procedimento de pesquisa adotado é o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

Destaca-se, por fim, que a aprovação do presente trabalho não representa o endosso do Professor Orientador, do Professor Coorientador ou dos membros da Banca Avaliativa às posições, ideias, considerações e ideologias expostas nas páginas que seguem.

2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo, buscar-se-á conceituar o contrato administrativo, de forma a delimitar o objeto de análise do estudo, e a intangibilidade do equilíbrio-econômico-financeiro dessa espécie de negócio jurídico. Na sequência, abordar-se-á a evolução da tutela jurídica do equilíbrio econômico-financeiro contratual até o advento da Lei nº 14.133/2021.

2.1 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

É conhecido o debate na doutrina nacional a respeito da própria existência e a essência dos contratos firmados pelo Poder Público. Segundo Di Pietro (2015, p. 297), a corrente doutrinária dominante, sustentada em grande medida nas lições de Meirelles (1990), oriundas da doutrina francesa, acolhe a teoria do contrato administrativo, da qual se origina a figura do contrato administrativo em sentido amplo¹, este que, segundo a conceituação de Justen Filho, é “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direito e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa” (2021, p. 1194).

Dos contratos administrativos em sentido amplo decorrem duas principais espécies: o contrato da Administração (também chamado de contrato privado da Administração ou contrato de direito privado da Administração) e o contrato administrativo (em sentido estrito).

Embora ambas espécies se regulem, essencialmente, por dois princípios gerais dos contratos – a *lex inter partes*, pelo qual o que foi pactuado torna-se lei entre as partes, e o *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes devem observar e cumprir as obrigações que se submetem –, elas se distanciam na medida em que, na primeira, as partes possuem liberdade de contratar e, em regra, estão obrigadas a seguir apenas as formalidades que devem ser observadas em qualquer negócio entre particulares. Por outro lado, no contrato administrativo, regido pelas normas e princípios de direito público, há limitações de conteúdo e forma para a realização dos negócios pela Administração, esta que, em contrapartida, dispõe de prerrogativas e

¹ O termo “acordo administrativo em sentido amplo” é adotado por Justen Filho (2021, p. 1194), no entanto, a mesma figura recebe o nome de “contrato público” (MEIRELLES, 1990, p. 171), “contrato bilateral” (MARCOS NETO, 2009, p. 75) ou, simplesmente, “contrato” (DI PIETRO, 2015, p. 299), entre outras nomenclaturas, a depender da classificação feita por cada autor.

privilégios que a colocam em patamar de supremacia perante o seu contratante particular – as chamadas cláusulas exorbitantes. (MEIRELLES, 1990)

A essa teoria opõem-se O. Bandeira de Mello (1979, p. 681-687) e C. Bandeira de Mello (2015, p. 636-638), que rejeitam a própria existência dos contratos administrativos. Isso porque, à exceção do aspecto econômico convencionado (o objeto contratado e a contrapartida), nada teriam de contratuais as cláusulas exorbitantes em favor da Administração, justamente por decorrerem diretamente da lei e não serem passíveis de transação entre as partes, tampouco dependerem de previsão contratual. Assim, defende esta corrente que o que se compreenderia por contrato administrativo é, em verdade, um “ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável”² (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 638).

Uma terceira corrente, partilhada por Sundfeld (1994, p. 199-203), Figueiredo (2008, p. 523-524) e Niebuhr (2015, p. 792-793), aceita a existência de contratos administrativos, mas diverge da corrente majoritária quanto à possibilidade de pactuação de contratos privados pela Administração. Para essa vertente, todos os contratos em que figura o Poder Público como parte são contratos administrativos, pois, ainda que o negócio esteja sujeito, em grande medida, ao regime de direito privado, a Administração permanece submetida ao regime de Direito Público, com determinadas limitações e prerrogativas que lhe são inerentes³.

A despeito desse debate, é certo que a doutrina brasileira, em sua grande maioria, reconhece a atividade contratual do Estado (MARQUES NETO, 2009, p. 75), sendo o contrato administrativo em sentido amplo entendido como gênero do qual são espécies o contrato de direito privado da administração (a exemplo dos contratos de aluguel de imóvel para a insta-

² Essa tese é rejeitada por grande parte da doutrina por se entender que, ainda que não tenha uma natureza totalmente contratual (livremente negociada entre as partes), o contrato não deixa de ser uma unidade que cria um vínculo jurídico entre a Administração e um particular visando determinada prestação (CÂMARA, 2019; JUSTEN FILHO, 2021, p. 1197).

³ É bem verdade, contudo, que até na última edição da obra *Licitação e Contrato Administrativo* publicada pelo autor ainda em vida, redigida à luz do Decreto-Lei nº 2.300/1986, Meirelles defendia a existência do *contrato semipúblico*, assim compreendidos aqueles firmados pela Administração com o particular sob a égide do direito privado, “mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público” (1990, p. 178). Os contratos semipúblicos estariam, portanto, entre os contratos privados (firmados apenas por particulares e, em regra, informais) e os contratos públicos (dos quais seriam espécies os contratos administrativos, convênios, consórcios e acordos internacionais). A divergência aqui verificada seria, sobretudo, quanto à nomenclatura utilizada para designar os contratos com preponderância das normas de direito civil e aplicação subsidiária das normas de direito público, pois a doutrina em geral afasta o cabimento de um contrato firmado pela Administração totalmente desvinculado das normas de Direito Público.

lação de uma repartição pública) e o contrato administrativo em sentido estrito (a exemplo dos contratos de obra pública, de compra de materiais e de concessão de serviço público)⁴.

No presente trabalho, dedicaremos atenção ao contrato administrativo em sentido estrito. Esta espécie contratual é marcada pela forte incidência do regime de direito público, que alberga prerrogativas à Administração, colocando-a em uma posição de supremacia em relação ao particular, mas, por outro lado, impõe limitações que não existem quando particulares contratam entre si (TORRES, 2021). Embora regulados pelos preceitos de direito público, aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado⁵.

Assim, pode-se conceituar o contrato administrativo em sentido estrito como

[...] um acordo de vontades, em que uma das partes integra a Administração Pública, orientado a constituir relação jurídica submetida ao regime de direito público e destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a constituir delegação a um particular da prestação de serviço público, caracterizando-se por regime jurídico que comporta competências anômalas (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1196).

Esse contrato administrativo em sentido estrito, notadamente caracterizado pela preponderância de competências anômalas da Administração, é subdividido, por sua vez, em contratos de delegação e colaboração (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1198; SOUZA, p. 2021, p. 1035).

Pelo contrato administrativo de delegação, a Administração atribui a particulares o exercício de competências e funções propriamente estatais por meio de contratos de concessão de serviço público (concessão “convencional”), regidos genericamente pela Lei nº 8.987/1995 e de maneira específica pela legislação esparsa, tal como a Lei nº 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas (concessão nas modalidades administrativa e patrocinada), utilizando as normas pertinentes aos contratos de colaboração (a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021) de forma supletiva (especialmente na aplicação das normas de processo de licitação) e subsidiária.

A remuneração do particular pela assunção da prestação de um serviço de competência do Poder Público, nos contratos administrativos de delegação, é feita por meio da cobran-

⁴ Como destaca Medauar (2018, p. 214), diante da evolução legislativa e da crescente concepção de mecanismos de acordo e conciliação de interesses em que é parte a Administração Pública, para os mais diversos fins, seja com particulares ou outros órgãos e entidades do Poder Público (tais como os contratos de gestão, termos de parceria, convênios públicos, acordos de leniência etc.), convencionou-se, ainda, a classificação de uma terceira espécie de contrato – são os acordos de vontade da Administração.

⁵ É o que prevê o artigo 89 da Lei nº 14.133/2021: “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” (BRASIL, 2021).

ça de tarifas dos usuários do serviço concedido, pelo desenvolvimento de atividades que geram receitas marginais ou pelo recebimento de uma contraprestação pecuniária do próprio Poder concedente (SCHWIND, 2010, p. 347).

Por outro lado, os contratos administrativos de colaboração são aqueles que têm por objeto prestações entre as partes contratantes (particular e Administração) que envolvem compras, serviços, obras e alienações, com a assunção de obrigações recíprocas, de forma que “a prestação correspondente é executada em face e em benefício da outra parte” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1198), sendo, usualmente, contratos comutativos e remunerados pela própria Administração.

São os contratos administrativos de colaboração os regulados pela Lei nº 14.133/2021 e sobre os quais, portanto, incidem nosso problema e nossa hipótese de pesquisa.

De acordo com Marques Neto (2009, p. 75), quanto aos contratos administrativos em sentido estrito, reconhece-se, a partir da tese adotada pela doutrina majoritária, a existência de determinados requisitos que limitam a liberdade da Administração para contratar (tais como a necessidade de dotação orçamentária e licitação pública, com todas as minúcias legais), mas, ultrapassada essa etapa, é conferido ao ente estatal, imbuído de atender o interesse público com aquela contratação, uma posição de supremacia perante o particular escolhido para executar o objeto, com poderes como alterar e rescindir de forma unilateral o negócio firmado, assim como fiscalizar sua execução e punir o contratado.

Em razão dessas competências anômalas da Administração, enquanto contratante, que envolvem poderes para alterar o contrato quando o interesse público assim exigir ou por conta de eventos posteriores que imponham a alteração da relação contratual, como se verá adiante, diz-se que o contrato administrativo é mutável e dinâmico.

Por outro lado, em favor do particular o ordenamento jurídico constitucional estipula uma reserva quanto às cláusulas econômicas do contrato, tais como o preço, as condições de pagamento, a preservação da equivalência monetária e do equilíbrio entre obrigações e remuneração, aspecto que vincula a Administração seja quanto às modificações contratuais por ela provocadas, seja pela ocorrência de fatores imprevistos (FERNANDES; JURKSAITIS, 2016; MARQUES NETO, 2009, p. 75).

Essa leitura decorre do inciso II artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pú-

blica 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

É da oração “cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” que se reconhece a adoção, pela Constituição, da teoria da intangibilidade do equilíbrio (ou equação) econômico-financeiro do contrato administrativo, a qual, para Dal Pozzo (2012) e Justen Filho (2009, p. 123), alcança natureza jurídica de princípio jurídico, não podendo ser afastada por norma infraconstitucional.

De acordo com Bandeira de Mello (1998, p. 25), a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato importa dizer que “as obrigações contratuais não de ser entendidas em função das circunstâncias à luz das quais se travou o ajuste e que a ocorrência de eventos supervenientes não pode ser causa justa de sacrifício para uma das partes”. Trata-se de um conceito conformado com a cláusula *rebus sic stantibus*, de origem romana, segundo a qual as obrigações contratuais devem ser interpretadas à luz das circunstâncias vigentes no momento da pactuação.

Niebuhr, por seu turno, afirma que “por ocasião da licitação, forma-se a equação econômico-financeira, que consiste na relação de proporção, instaurada por ocasião da licitação, entre os custos prospectados pelo licitante e o valor por ele proposto” (2015, p. 1019). Trata-se, portanto, de um “valor de relação” entre os proveitos e os encargos assumidos pelo contratado (ARAGÃO, 2013; TÁCITO, 1997), de modo que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é a manutenção da “relação aceita pelas partes no momento da contratação (= permanência da correspondência entre as prestações no tempo)” (GRAU, FORGIONI, 2005, p. 98).

Daí diz-se que a equação econômico-financeira, caracterizadora da relação de equivalência entre encargos e vantagens assumida pelo particular, definida quando da apresentação da sua proposta no processo licitatório⁶, deve ser preservada durante toda a vigência do contrato administrativo.

⁶ De acordo com Figueiredo (2008, p. 102) a equação econômico-financeira é formada no momento da apresentação da proposta e tem eficácia com a homologação do certame e subsequente assinatura do contrato. Não necessariamente contrário a essa posição, Justen Filho (2021, p. 1374) entende que a equação delinea-se quando da elaboração do edital pela Administração, mas se firma quando a proposta é apresentada e perfectibilizada quando a proposta é aceita pela Administração, momento em que o equilíbrio passa a ser protegido. No mesmo sentido, para Ferraz “embora a relação contratual seja selada pela assinatura do contrato, é com o aceite da proposta elaborada com base no instrumento convocatório que o equilíbrio econômico-financeiro da relação é estabelecido” (2021, p. 200).

Essa equação econômico-financeira, destacam Santos (2015, p. 207) e Justen Filho (2009, 2021), abrange não só o objeto do contrato e sua contrapartida, mas, também, todos os demais aspectos econômicos relevantes da avença, como prazos e periodicidade dos pagamentos e os encargos assumidos para a realização do objeto (como prazos de execução, processos tecnológicos, materiais a serem empregados etc.).

Quanto ao fundamento constitucional da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a doutrina propõe leituras distintas. Há quem entenda que é papel do Estado garantir os interesses legítimos dos seus contratados (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 662; MARTINS, 2007, p. 155), que a obrigação é uma decorrência de princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da tutela e da indisponibilidade de direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1374) ou uma questão de boa-fé contratual (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 215).

Entendemos, contudo, que esses contornos jurídicos são complementados por fatores econômicos. Como asseveram Furtado (2015, p. 655) e Torres (2021, p. 855), a garantia de manutenção da equação entre encargos e contraprestação permite, em tese, que a Administração alcance propostas melhores e em maior quantidade no processo licitatório, uma vez que os particulares tendem a não incluir nas suas propostas o custo da incerteza quanto a todos os eventos supervenientes e indesejados que poderiam ocorrer durante o contrato. Assim, nas palavras de Grau e Forgioni, “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” (2005, p. 98).

Por fim, deve-se ter em mente que a manutenção da equação econômico-financeira não representa uma salvaguarda exclusiva dos direitos do particular contratado. Ao assegurar que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta, a Constituição alberga a possibilidade de reequilibrar o contrato também em favor da Administração, reduzindo a contraprestação do objeto quando, por exemplo, os custos de execução reduzirem no decurso do contrato (NIEBUHR, 2015, p. 1020; TORRES, 2021, p. 855). Ocorre que, em muitos casos, o reequilíbrio em favor da Administração não ocorre pelo desconhecimento do evento caracterizador do desequilíbrio pela parte interessada.

Com esteio no dever constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a legislação infraconstitucional estabeleceu regras para a verificação da quebra do equilíbrio e a sua retomada, conforme será abordado na sequência.

2.2 O DESEQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO: A ALOCAÇÃO DO RISCO *EX POST* E A TRADICIONAL TEORIA DAS ÁLEAS

A questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos⁷ é tratada pela doutrina nacional sem relevantes divergências. O contrato é considerado “equilibrado” quando os encargos assumidos pelo particular correspondem ao proveito econômico a ele assegurado, conforme definido no momento de apresentação da proposta.

Neste sentido, o desequilíbrio contratual é aferido com análise da quebra de proporcionalidade entre encargos e vantagens que foi fixada no momento da licitação. Neste cotejamento, são analisadas as causas dos eventos possivelmente modificadores do equilíbrio contratual e as consequências à equação econômico-financeira estabelecida, à luz da tradicional teoria das áleas.

A partir dessa teoria, todo evento posterior à assinatura do contrato que altere a relação econômica inicialmente estabelecida (o que abrange todos os aspectos econômicos relevantes da avença, inclusive quanto aos encargos assumidos pelo contratado), deve ser avaliado sob a ótica da capacidade de previsibilidade do contratado (seja quanto à sua ocorrência ou quanto aos seus efeitos).

Se um determinado evento configura a materialização de um risco inerente ao próprio negócio firmado, que era passível de ser previsto e cujos efeitos poderiam ser calculados pelo particular no momento da elaboração da sua proposta, diz-se tratar-se de álea ordinária ou empresarial (AMORIM, 2020, p. 250). Nesta situação, leciona Almeida (2008, p. 210), inexistente fundamento ao reequilíbrio contratual se, eventualmente, o contrato tornar-se excessivamente oneroso ao contratado, uma vez que o risco do negócio, que atinge todos os empresários submetidos às intempéries do mercado, deve ser previsto, calculado e tratado pelo particular.

Por outro lado, contrapondo-se à álea ordinária estão os eventos da álea extraordinária, esta que tradicionalmente é subdividida em álea econômica e álea administrativa.

Se a ocorrência do evento é exógena ao contrato, estranha à vontade das partes, e era imprevisível quanto à sua ocorrência ou incalculável quanto às suas consequências, tem-se o

⁷ Em razão da delimitação do tema da pesquisa, a referência aos contratos administrativos neste e nos próximos capítulos é feita tomando em consideração os contratos administrativos de colaboração, regidos pela Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021. Quanto aos contratos administrativos de delegação, o regime jurídico do seu reequilíbrio econômico-financeiro será visto, *en passant*, no capítulo 2.3.

que se chama de álea econômica, que dá azo à teoria da imprevisão – uma nova roupagem para a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*. De acordo com Bandeira de Mello (1998, p. 26), essa teoria “defende o equilíbrio contratual em face de agravos econômicos acarretados por fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato”.

A teoria da imprevisão foi positivada na Lei nº 8.666/1993 em seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, ao prever “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado” (BRASIL, 1993) como causas para a alteração consensual do contrato objetivando o seu reequilíbrio econômico-financeiro. De igual modo, com uma redação significativamente mais clara, a teoria também foi adotada pela Lei nº 14.133/2021 em seu artigo 124, inciso II, alínea “d”, ao afirmar que o contrato pode ser alterado para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato “em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado” (BRASIL, 2021).

De acordo com Di Pietro (2015, p. 331), são quatro os pressupostos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de acordo com a teoria da imprevisão: o evento deve ser imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências, estranho à vontade das partes, inevitável e causador de um grave desequilíbrio econômico.

Desta forma, afasta-se a aplicação da teoria aos casos em que o evento era previsível e de consequências calculáveis, evitável pelo particular ou, ainda, de pouca relevância econômica ao contrato e incapaz de torná-lo excessivamente oneroso. Se alguma dessas circunstâncias estiverem presentes, está-se diante de situação da álea ordinária.

Ademais, o evento também deve ser estranho à vontade das partes, pois, do contrário, aquele que tiver dado causa responde pelo desequilíbrio do contrato – isto é, o particular continua obrigado à execução, sem direito ao reequilíbrio, se foi por ele causado o evento imprevisível; de outro lado, a Administração deve promover o reequilíbrio se foi ela a causadora, conforme uma das hipóteses contidas na álea administrativa, a ser vista adiante.

Além dos fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, a doutrina também convencionou equiparar à teoria da imprevisão as chamadas sujeições imprevisíveis, sendo estas as circunstâncias de ordem técnica e fática que, embora fossem existentes antes do início do contrato, eram ignoradas pelas partes ou, se conhecidas pela Administração, não foram devidamente informadas ao contratado (BANDEIRA DE MELLO, 2015;

SUNDFELD, 1994, p. 235). Um exemplo recorrente é um lençol freático descoberto apenas após a assinatura do contrato e que impacte a execução de uma obra pública.

Há, ainda, os chamados eventos de força maior e caso fortuito, que, de acordo com o parágrafo único do artigo 393 do Código civil, são verificados “no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002). A força maior diz respeito aos eventos da natureza que impactem sobremaneira o contrato (tais como ocorrência de enchentes, tornados ou chuvas em volume muito superior ao que poderia ser esperado para a época, que impeçam ou retardem a execução de uma obra), já o caso fortuito se refere a eventos decorrentes da conduta de terceiros ao contrato, também com impacto na sua execução (a exemplo da greve de autoridades alfandegárias que impeça a entrega de insumos importados, tornando necessária a aquisição de insumos do mercado interno a um custo superior). (GONÇALVES, 2019, p. 385)

Para alguns autores, os eventos de força maior e caso fortuito equiparam-se, em seus efeitos, às hipóteses de teoria da imprevisão (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1377-1389; NIEBUHR, 2015, p. 1037). Por outro lado, há outros autores que não partilham desse entendimento, uma vez que, de acordo com a aceção francesa tradicional, a força maior e o caso fortuito levam à impossibilidade absoluta do cumprimento do contrato, sendo motivo para a rescisão da avença⁸ (ALMEIDA, 2008, p. 211; DI PIETRO, 2015, p. 331-332). Filiamo-nos à primeira corrente, a uma, porque os eventos dessa natureza foram expressamente previstos na legislação brasileira, também, como causas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tanto na Lei nº 8.666/1993, quanto na Lei nº 14.133/2021⁹; e, a duas, porque a opção pela rescisão contratual ou pelo reequilíbrio econômico-financeiro deve ser feita à luz da realidade contratual, de forma a atender o interesse público e o princípio constitucional da eficiência.

⁸ O caso fortuito e a força maior podem, de fato, levar à rescisão, como dispõe artigo 78, inciso XVII, da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 137, inciso V, da Lei nº 14.133/2021.

⁹ O artigo 65, inciso II, alínea “d”, prevê que o contrato pode ser alterado “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 conseqüências 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” (BRASIL, 1993). De igual modo, o artigo 124, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021 também dispõe que o contrato pode ser alterado consensualmente para “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 conseqüências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (BRASIL, 2021).

De outra banda, é possível que o desequilíbrio parta de um evento causado pela própria Administração contratante ou por outro ente estatal, tratando-se, pois, da *álea administrativa*.

Assim, é cabível o reequilíbrio econômico-financeiro quando a Administração contratante, fazendo o uso da sua posição de supremacia, altera unilateralmente o contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público, impondo ao contratado novas obrigações ou uma nova realidade contratual. Essa possibilidade de alteração unilateral é prevista no artigo 58, inciso I, e, novamente, no artigo 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993¹⁰, determinando o artigo 65, § 6º, da mesma Lei que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (BRASIL, 1993).

À semelhança da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 mantém a previsão de alteração unilateral do contrato pela Administração em seu artigo 104, inciso I, e artigo 124, inciso I¹¹, com a obrigação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no seu artigo 130: “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” (BRASIL, 2021). Merece destaque, na nova redação, a expressa previsão de que a diminuição dos encargos também enseja o reequilíbrio contratual.

Uma observação pertinente quanto ao exercício de prerrogativas estatais é feita por Reis, para quem esse fato é uma *álea*, em seu sentido semiológico, apenas sob o ponto de vista do particular, haja vista que, do ponto de vista da Administração, o que se tem são “decisões administrativas de conformação do objeto do contrato às transformações sofridas no interesse público” (2021, p. 252-253).

Ocorre que nem sempre o desequilíbrio contratual causado pela Administração decorre de uma alteração contratual unilateral. Há casos em que a execução contratual é onerada por um ato do Poder Público, seja no âmbito da Administração contratante ou nas demais es-

¹⁰ O artigo 58, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 dispõe que “o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;” (BRASIL, 1993). Já o artigo 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 afirma que: “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;” (BRASIL, 1993).

¹¹ A redação dos artigos 104, inciso I, e 124, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 é a mesma que a redação dos artigos 58, inciso I, e 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, respectivamente.

feras de Poder, exercido no âmbito de competência própria do Estado e exógeno ao contrato – a exemplo de uma alteração legislativa que dificulte a importação de insumos a serem empregados –, tratando-se, pois do fato do príncipe.

O fato do príncipe, como hipótese genérica de causa de reequilíbrio contratual, é expressamente previsto no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 e foi mantido na Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 124, inciso II, alínea “d”.

Uma última hipótese de evento caracterizador da álea administrativa é o que a doutrina convencionou chamar de fato da Administração, correspondente aos atos da Administração como parte do contrato (não se caracterizando, portanto, o fato do príncipe) sem que haja a alteração da avença (ALMEIDA, 2008, p. 211; FURTADO, 2015, p. 663; SANTOS, 2015, p. 211). Di Pietro conceitua o fato da Administração como “qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico” (2015, p. 327). Exemplos do fato da Administração seriam a não liberação do local da obra, a não desapropriação de imóveis necessários ou, ainda, o atraso ou ausência de pagamentos devidos ao contratado.

A essa teoria faz contundente oposição Justen Filho (2009; 2014; 2021), para quem o fato da Administração é nada menos do que o inadimplemento contratual da Administração, isto é, a violação de um dever contratual, o que não gera o dever de reequilibrar o contrato, mas o dever de indenizar o contratado em perdas e danos. De fato, embora tenha impacto na equação econômico-financeira, a inadimplência contratual da Administração subordina-se a regime jurídico próprio, ensejando a prorrogação do contrato, o dever de indenizar ou, até mesmo, a extinção da avença, conforme o caso. No entanto, tem-se que é comum a escolha do particular contratado pela via do reequilíbrio econômico por ser mais simples e prática (JUSTEN FILHO, 2014, p. 553).

Como se observa, o regime jurídico do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos gira em torno da ordinary (álea ordinária) ou extraordinary (álea extraordinária) de eventos ensejadores da quebra do equilíbrio. Os eventos potencialmente violadores do equilíbrio contratual são analisados sob o viés da capacidade do particular de prevê-los (seja quanto à sua ocorrência ou quanto aos seus efeitos), sendo alocados a uma ou a outra parte apenas depois da sua efetiva ocorrência. Em suma, os riscos em contratos administrativos, regidos pela tradicional teoria das áleas, são, convencionalmente, alocados *ex post*.

A essa regra geral a Lei nº 8.666/1993 excetua algumas situações ao prever determinadas hipóteses causadoras de desequilíbrio e ensejadoras de reequilíbrio contratual, como

ocorre em relação às alterações legislativas em matéria tributária, com impacto na execução contratual (evento tipicamente enquadrado como sendo fato do príncipe)¹², assim como a variação de preços em razão do efeito inflacionário¹³.

A despeito dessas exceções, é certo que sob a regência da Lei nº 8.666/1993 o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é mantido sob a proeminência de uma alocação dos riscos posteriores à sua materialização, sendo analisado seu cabimento à luz da situação fática e da tradicional teoria das áleas.

A Lei nº 14.133/2021 manteve, em partes, essa lógica, uma vez que as hipóteses tradicionalmente conhecidas das chamadas álea ordinária e álea extraordinária (econômica e administrativa) estão presentes na nova lei, sem haver essa divisão de forma expressa (o artigo 124, inciso II, alínea “d” da Lei nº 14.133/2021 não faz remissão à álea ordinária, extraordinária ou extracontratual, como fazia a Lei nº 8.666/1993). No entanto, Lei nº 14.133/2021, acompanhando uma evolução legislativa iniciada com a Lei nº 11.079/2004 (que instituiu as parcerias público-privadas), como será visto em sequência, mitigou esse regime ao prever a possibilidade de alocação dos riscos entre as partes antes da sua ocorrência, o que é feito na matriz de alocação de riscos dos contratos.

2.3 O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS NOVOS REGIMES LEGAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A ALOCAÇÃO DO RISCO *EX ANTE*

No regime tradicional de repartição de riscos supervenientes à assinatura do contrato¹⁴, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro é analisada caso a caso e após a ocorrência do evento. Se o fato é caracterizado como álea extraordinária, é assegurado ao particular con-

¹² O artigo 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que “quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso” (BRASIL, 1993).

¹³ O efeito inflacionário no contrato pode ensejar o seu reajuste, mediante a indexação dos preços, conforme o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993: “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela” (BRASIL, 1993).

¹⁴ Como visto no subcapítulo 2.1, a equação econômico-financeira é formada no momento de apresentação da proposta, mas tem eficácia e passa a ser protegida no momento de assinatura do contrato.

tratado o direito à recomposição do equilíbrio inicialmente estipulado, se o contrato se tornou mais oneroso, ou à Administração, se o contrato se tornou menos oneroso.

Esse regime, contudo, possui deficiências. A primeira é que nem sempre esse padrão de repartição de riscos leva ao resultado mais eficiente, uma vez que determinados riscos poderiam ser mais bem geridos, mitigados ou evitados se fossem previamente estipulados como de responsabilidade do particular. Neste sentido, com clareza esclarece Guimarães:

É verdade que a configuração econômico-jurídica que absorve na tutela administrativa a responsabilidade quanto aos eventos extraordinários verificáveis na sede da execução de contratos administrativos apresentou certas vantagens aferíveis *ex ante* – aponta-se que a desconsideração dos riscos de eventos imprevisíveis aptos à ampliação dos custos de operação do contrato pelos ofertantes ao tempo do processo de seleção do contratante (licitação) evita a precificação dessa insegurança, favorecendo preços mais econômicos (e vantajosos) à Administração. Mas essa construção pode revelar uma ineficiência *ex post*, na medida em que se subtrai o incentivo ao contratado à economia e eficiência na administração dos custos de produção do contrato. Sempre que ao contratado estiver assegurada a integral recomposição da equação econômico-financeira por eventos imprevisíveis, mesmo em hipóteses cuja capacidade de minimização de perdas a partir da materialização dos riscos esteja em sua esfera, se lhe retiram os incentivos a uma melhor (e mais econômica) gestão de sua mitigação, gerando-se ineficiência contratual (2013, p. 310).

Sob outro viés, esse regime de alocação abstrata de riscos também impõe insegurança jurídica à relação contratual, vez que a análise da ordinariedade ou extraordinariedade do evento carece, via de regra, de parâmetros objetivos para sua aferição¹⁵. Os efeitos dessa insegurança são o aumento da ineficiência na execução dos contratos, a criação de gatilhos de corrupção, na expressão cunhada por Boselli, Gamba e Moraes (2018)¹⁶, e a judicialização de conflitos entre os contratantes para discutir se determinado evento é ou não caracterizador do reequilíbrio econômico-financeiro (CASTRO; MENEGAT, 2017, p. 110).

Esse regime jurídico, natural aos contratos administrativos de colaboração regidos pela Lei nº 8.666/1993, foi adotado em termos pela Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões “convencionais”. Diz-se em termos porque o equilíbrio econômico-financeiro das con-

¹⁵ Nas palavras de Justen Filho (2009, p. 127), “A diferença entre álea extraordinária e álea ordinária somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau ordinariedade 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”.

¹⁶ O termo é utilizado pelos autores para se referirem aos pontos sensíveis do contrato em que a lei confere uma grande margem de subjetividade às decisões dos gestores públicos, como ocorre quando se analisa se determinado evento era ou não imprevisível, à luz da teoria das áleas. Diante de um cenário em que determinado pleito de reequilíbrio contratual é analisado pelo gestor com base nas suas próprias percepções da realidade e sem critérios objetivos, um empresário mal-intencionado poderá tentar corromper o gestor público para ter seu pleito acatado, assim como um gestor mal-intencionado poderá exigir benefícios do particular para conceder o reequilíbrio.

cessões convencionais segue uma lógica própria, compatível com contratos complexos e de longo prazo, nos quais a sua execução é regulamentada continuamente pela Administração concedente, a remuneração do particular concessionário é feita mediante a tarifa cobrada dos usuários e a quebra do equilíbrio é verificada, sobretudo, com base na análise da Taxa Interna de Retorno e do Valor Presente Líquido¹⁷.

Assim, a Lei nº 8.987/1995 dispõe, de forma genérica e lacunar, que o concessionário assume o contrato de concessão “por sua conta e risco”¹⁸, compreendendo-se, aqui, os riscos do negócio indicados pelo contrato e expressamente transferidos ao particular, uma vez que “a concessão nunca se dá por conta e risco exclusivos da concessionária. Mesmo sob o enfoque da doutrina tradicional das áleas da concessão, a Administração Pública assume os riscos extraordinários do empreendimento” (PEREZ, 2005, p. 205-206).

Especificamente em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, a Lei nº 8.987/1995 restringiu-se a determinar que os contratos contenham mecanismos de revisão das tarifas, que as alterações tributárias e as alterações unilaterais promovidas pela Administração contratante sejam acompanhadas do reestabelecimento do reequilíbrio contratual e que o contrato é considerado equilibrado “sempre que forem atendidas as condições do contrato”¹⁹ – o que não diz mais do que o óbvio e menos do que deveria.

Logo se vê que, embora os contratos de concessão “convencionais” sejam marcados por uma lógica econômica distinta dos contratos administrativos de colaboração, o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro não se afastou da ideia de alocação de riscos posterior à ocorrência do evento²⁰.

A mudança de paradigmas veio com a Lei nº 11.079/2004, que inaugurou o contrato administrativo de concessão nas modalidades patrocinada e administrativa, as chamadas par-

¹⁷ Sobre o tema, indicamos a leitura de Moreira (2016; 2019), Aragão (2013) e Perez (2005).

¹⁸ A expressão está contida na definição de “concessão de serviço público” (artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995), “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública” (artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/1995), e “permissão de serviço público” (artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 8.987/1995).

¹⁹ O artigo 9º Lei nº 8.987/1995 estabelece que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração [...]. Já o artigo 10 da mesma lei afirma que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (BRASIL, 1995).

²⁰ De acordo com Aragão (2013) e Guimarães (2013, p. 312), a interpretação sistemática da Lei nº 8.987/1995 autoriza a adoção de um regime de repartição objetiva de riscos para as concessões “convencionais”, como o que é feito na Lei nº 11.079/2004 para as PPPs.

cerias público-privadas. Essa legislação afastou a ideia de alocação dos riscos *ex post* da Lei nº 8.987/1995 ao determinar, em seu artigo 4º, inciso VI, que essas concessões deveriam seguir a diretriz da repartição objetiva de riscos entre as partes²¹, e em seu artigo 5º, inciso III, que é cláusula obrigatória do contrato de PPP “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (BRASIL, 2004).

Neste novo regime, esclarece Reis (2021, p. 253), reconheceu-se a insuficiência da alocação de riscos *ex ante* para resolver os problemas supervenientes à assinatura do contrato, especialmente para os negócios de longa duração e alta complexidade, que demandam um tratamento de riscos mais cuidadoso.

Ao antecipar o debate sobre os riscos da contratação para o momento da licitação, a Lei nº 11.079/2004 impôs à Administração um dever de explicitar os possíveis riscos do contrato²² e definir de quem seria a responsabilidade para gerenciá-los, mitigá-los ou evitá-los, além de definir o ponto de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso porque, ao ser definido pela Administração de quem é a responsabilidade por arcar com determinados riscos, os particulares incluem nas suas propostas os custos deles decorrentes e, em sentido contrário, não precificam os custos dos riscos que serão arcados pela contratante. Assim, a relação entre o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a repartição de riscos, nas palavras de Fleury, “pode ser traduzida em juízos hipotético-condicionais, em que os riscos representam os antecedentes, isto é, as hipóteses que, se ocorridas, poderão dar ensejo ao nascimento do consequente, que é o reequilíbrio econômico-financeiro” (2015, p. 162).

O nascimento do dever de reequilíbrio contratual passa a ocorrer, portanto, nesse novo regime inaugurado pelas parcerias público-privadas, quando a ocorrência de determinado evento alocado a uma parte atinge a esfera jurídico-econômico da outra.

O termo matriz de riscos, no entanto, só veio a ter expressa referência legal com a Lei nº 12.462/2014, que instituiu o RDC. Em seu artigo 9º, § 5º, a Lei nº 12.462/2014 expressamente prevê a possibilidade de elaboração de uma matriz de riscos no anteprojeto licitado pela Administração²³.

²¹ O artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 estabelece que “na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] VI – repartição objetiva de riscos entre as partes” (BRASIL, 2004).

²² Evidentemente que nem todos os riscos podem ser previstos, uma vez que os contratos são naturalmente *in-completos*. O tema será mais bem abordado no capítulo 3.3 deste estudo.

²³ Dispõe o artigo 9º, § 5º, da Lei nº 12.462/2011 que “se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante” (BRASIL, 2011).

Esse marco legal instituiu uma nova modelagem de contrato administrativo de colaboração, a contratação integrada, na qual não só a execução das obras públicas é licitada e transferida aos particulares (como ocorre na Lei nº 8.666/1993), mas também a responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo. O regime de execução contratual próprio da contratação integrada torna o contrato muito mais dinâmico, uma vez que “a licitação é realizada sem projeto básico, o que propiciará, indubitavelmente, uma série de alterações no contrato que repercutirão em sua composição econômica” (DAL POZZO, 2012). A matriz de riscos, nesse caso, ganhou relevância por ser uma ferramenta de definição objetiva e transparente de responsabilidades.

Até o advento da Lei nº 14.133/2021, a Lei nº 13.303/2016 foi, sem dúvida, a que disciplinou de forma mais ampla a alocação de riscos contratuais. Essa lei, que estabelece o regime jurídico das licitações e contratos firmados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, balizou a construção da matriz de riscos ao conceituá-la no artigo 42, inciso X²⁴, e impôs a sua adoção nos contratos firmados sob a sua batuta, em seu artigo 69, inciso X²⁵.

Sobre a disciplina da matriz de riscos na Lei nº 13.303/2016, Castro e Menegat (2017, p. 115) entendem que a opção legislativa pela alocação *ex ante* de riscos é válida porque permite aos licitantes a compreensão clara de quais responsabilidades serão assumidas e, assim, que elaborem as propostas com maior exatidão, além de evitar disputas ao longo da execução contratual.

Essa nova lógica contratual, inaugurada pela Lei nº 11.079/2004 e aprofundada pela Lei nº 13.303/2016, foi adotada pela Lei nº 14.133/2021, aperfeiçoando o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. À luz desta legislação, a matriz de riscos é conceituada como “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabili-

²⁴ O artigo 42, inciso X, da Lei nº 13.303/2016 dispõe que “na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: [...] X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência; b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação; c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação” (BRASIL, 2016).

²⁵ É a leitura do artigo 69, inciso X, da Lei nº 13.303/2016, que estabelece que “são cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: [...] X - matriz de riscos” (BRASIL, 2016).

dades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação” (BRASIL, 2021).

Tal é a importância da repartição de riscos *ex ante* na Lei nº 14.133/2021 que essa legislação reservou um capítulo próprio (capítulo III do título III) e, por falta de técnica legislativa, diversos outros dispositivos esparsos para tratar do tema, sendo a matriz de alocação de riscos obrigatória para os contratos de grande vulto (acima de 200 milhões de reais) e para as contratações integradas e semi-integradas, conforme artigo 22, § 3º da 14.133/2021, e facultativa para os demais contratos²⁶.

Quanto à questão do equilíbrio econômico-financeiro, além do artigo 6º, inciso XXVII, outros dispositivos fazem menção à característica definidora da equação inicial, como o artigo 22, § 2º, inciso I, o artigo 103, § 4º e 5º, e o artigo 124, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021²⁷. Em suma, tais artigos estabelecem que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em relação aos eventos supervenientes à sua assinatura, é definido pela matriz de riscos e o desequilíbrio ocorre quando a superveniência de um determinado fato, alocado como um risco de uma parte, é suportado pela outra.

Vê-se, dessa forma, que a finalidade do instrumento é a de prever como os possíveis desequilíbrios devem ser lidados. Ocorrendo um evento cujo risco fora assumido pela Administração, essa deve reequilibrar o contrato, em favor próprio, caso tenha ocorrido a redução

²⁶ Conforme o artigo 22, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, “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” (BRASIL, 2021). A caracterização dos contratos de grande vulto e as contratações integradas e semi-integradas é feita no capítulo 4.1 deste estudo.

²⁷ De acordo com o artigo 22, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, “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” (BRASIL, 2021).

Já o artigo 103 da mesma lei afirma que “o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados. § 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes. § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato” (BRASIL, 2021).

Por fim, o artigo 124, inciso II, alínea “d” da lei dispõe que “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (BRASIL, 2021).

dos custos do contrato, ou em favor do particular, se houve a elevação dos custos do contrato. Esse reequilíbrio pode ser com a alteração de preços, de prazos (entrega ou execução) ou de outras obrigações distribuídas entre as partes (REIS, 2021, p. 265-266).

Já na ocorrência de um evento cujo risco tenha sido assumido ao particular, não há direito ao aditivo contratual por nenhuma das partes, uma vez que a medida passaria o ônus (ou o bônus) ao ente estatal, o que desequilibraria a equação estabelecida pela matriz (J. NIEBUHR; P. NIEBUHR, 2018, p. 142).

É possível, ainda, que exista um risco compartilhado, hipótese em que o reequilíbrio poderá ser em favor do particular, acaso venha sofrer as consequências do sinistro além da parcela a ele alocado, caso os efeitos sejam negativos (por exemplo, aumento do custo de produção), ou, por outro lado, o reequilíbrio pode ser em favor da Administração, caso os efeitos sejam positivos (por exemplo, a redução dos custos de produção) e superem a parcela de risco alocada ao particular (FLEURY, 2015, p. 166).

Esse novo modelo mitiga, portanto, a subjetividade inerente ao regime tradicional da teoria das áleas, uma vez que os eventos ordinários e extraordinários são delimitados e previamente alocados no contrato. Evidente que nem todas as incertezas a que está submetido o contrato podem ser antevistas, já que são infinitas as variáveis de eventos que podem impactar o contrato e, por assim ser, busca-se estipular os riscos de ocorrência potencial.

Neste sentido, Freitas et al. esclarecem que a Lei nº 14.133/2021, ao disciplinar a matriz de alocação de riscos, busca promover a previsibilidade do contrato e garantir maior segurança jurídica à avença, “protegendo a Administração e o contratado de fatos incertos, porém previsíveis” (2021, p. 128).

De fato, ao estabelecer de forma mais clara e objetiva as responsabilidades contratuais e fixar um marco objetivo da equação econômico-financeira contratual, a matriz de risco favorece a estabilidade na relação negocial e dá concretude à segurança jurídica, esta que é um princípio estruturante em nosso regime constitucional, como leciona Cristóvam:

Um dos princípios que reassume lugar de proeminência no novo regime jurídico-administrativo é o princípio da segurança jurídica, sorvendo carga de normatividade e legitimação política diretamente do princípio da dignidade humana, do regime constitucional de direitos fundamentais e da própria noção de justiça da ordem jurídica constitucional. As dimensões constitucionais de liberdade e igualdade reclamam uma sólida noção de estabilidade das relações jurídicas, com a efetiva segurança jurídica dos cidadãos e dos demais atores sociais e econômicos na forma como são aplicadas as leis e nos mecanismos de atuação administrativa. A noção de segurança jurídica toma, assim, uma perspectiva de valor transcendental da própria ordem jurídico-política constitucional, uma das suas mais destacadas finalidades, muito mais

sofisticada do que aquela posição estática e prisioneira da legalidade formal do paradigma tradicional (2015, p. 271).

Em complemento, recorda Valle (2005) que no Estado se congregam muitas funções, sendo a principal a de estabilização das relações jurídicas nos diversos subsistemas que operam na sociedade.

Com o aumento da segurança jurídica dos contratos, aumenta-se, também, a segurança dos investimentos, atraindo o capital privado nos negócios promovidos pelo Poder Público, o que leva ao aumento da competitividade nos certames licitatórios e resulta em propostas mais vantajosas. Assim, além de atender o próprio princípio da segurança jurídica, a implementação da matriz de risco também atende ao princípio constitucional da eficiência.

2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Neste capítulo inicial, viu-se que os contratos administrativos materializam a atividade contratual da Administração Pública, cujo regime é marcado pela intangibilidade da equação econômico-financeira. Tradicionalmente, o equilíbrio econômico-financeiro é definido com base na realidade observável ao tempo da contratação e a recomposição é feita à luz da teoria das áleas, analisando-se se o evento era ordinário ou extraordinário. Essa lógica, contudo, foi sendo mitigada até que, na Lei nº 14.133/2021, a análise dos possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato passou a ser, na medida do possível, adiantada para o momento da licitação, na matriz de riscos do contrato.

Embora a Lei nº 14.133/2021 afirme que a matriz de risco é a cláusula contratual caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro, o que caracteriza essa equação é, em verdade, a relação de proporcionalidade entre encargos e vantagens assumidas pelo contratado, sendo que essa relação é formada não apenas pelos riscos elencados na matriz, mas, também, por todas as disposições do instrumento convocatório, do instrumento contratual e da legislação. Todo contrato envolve riscos e o papel da matriz de risco é o de explicitar quais os riscos assumidos por cada parte antes da pactuação do contrato, antecipando a análise que seria feita após a ocorrência do evento, o que confere mais segurança ao negócio.

Essa ambientação da matriz de risco e a análise da sua dimensão como instrumento de detalhamento dos encargos assumidos pelas partes se mostra relevante para a resposta ao nosso problema de pesquisa, uma vez que a intangibilidade da equação econômico-financeira, como será visto no capítulo final, deve balizar a distribuição dos riscos. Assim, no capítulo a

seguir, analisar-se-á como a antecipação dos riscos do contrato é feita e qual o impacto dessa medida na redução da incompletude dos contratos administrativos.

3 A LEI Nº 14.133/2021 E A NOVA PERSPECTIVA DOS RISCOS CONTRATUAIS

Neste capítulo, abordar-se-á, inicialmente, o conceito de risco a partir da doutrina econômica de Knight (1921). Em sequência, serão apresentadas as noções gerais do processo de gerenciamento de riscos em projetos. Por fim, será analisado o papel da matriz de risco como um instrumento de mitigação da assimetria de informações e da incompletude dos contratos administrativos, à luz da teoria dos contratos incompletos.

3.1 O RISCO E A INCERTEZA

Diz-se que a incerteza é a única certeza da vida. De fato, toda atividade empreendida pelo ser humano é marcada pela ausência de absoluta certeza quanto ao atingimento dos fins pretendidos. É em razão dessa amplitude de incidência que a própria definição de um conceito operativo de risco para o presente estudo não é tarefa fácil.

Como destacam Frade (2009) e Rocha (2014, p. 6), o Direito tradicionalmente dirige sua atenção às consequências da materialização do risco, aos danos e à sua imputação, sem se propor ao encargo de conceituar o fenômeno do risco. Assim, empresta a definição de risco de outras disciplinas científicas, cada uma com conceitos específicos e métodos próprios de análise.

Na literatura, especialmente a dedicada ao gerenciamento de projetos e/ou de contratos, é possível encontrar diversas definições de risco, tais como: uma situação em que não há conhecimento do seu resultado ou em que há uma variação nos possíveis resultados; a alta probabilidade de falha; a falta de previsibilidade sobre estrutura, resultado ou consequências em situações de decisão ou planejamento; ou, ainda, a chance de ocorrência de algo que impacte os objetivos pretendidos, medida em termos e consequência e proporcionalidade (PA-DIYAR; SHANKAR; VARMA, 2004).

Com efeito, estudos de diversos países sobre o gerenciamento de riscos em projetos, contratos públicos de infraestrutura e PPPs (em que o tema da alocação de riscos é debatido desde o fim do século passado) demonstram que não há um consenso sobre o conceito de risco, tampouco quais são seus elementos essenciais. Cumpre-nos, portanto, a tarefa de empregar um conceito e apresentar esses elementos, o que parte da distinção entre dois elementos comumente tratados como sinônimos: risco e incerteza.

Em sua obra seminal, há exatamente um século, Knight (1921) propôs uma distinção entre a incerteza e o risco. A incerteza, de acordo com o autor, pode ser considerada como a ocorrência casual e aleatória de algum evento cuja distribuição de probabilidade é completamente desconhecida – isto é, a incerteza se refere à ocorrência de um evento sobre o qual apenas se sabe que não é impossível. O risco, a seu turno, é a situação em que é possível relacionar os possíveis resultados e a probabilidade da sua ocorrência. (LUPTON, 2009, p. 7; PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 152)

Assim, a diferença prática entre risco e incerteza, segundo Knight, é que, no risco, a partir de cálculos probabilísticos ou por estatísticas baseadas na observação da experiência passada, é possível estabelecer um grupo de resultados. Já no caso da incerteza, não há essa possibilidade, “porque a situação de que se trata é, em alto grau, única”²⁸ (1921, p. 233, tradução nossa).

Assim, esclarece Rocha:

Em matéria de incerteza, então, não há meios adequados de previsão. Por isso, uma situação de risco ocorre quando a probabilidade do evento é conhecida, estudada previamente, analisada, e seus efeitos estão devidamente atribuídos aos contratantes, enquanto a situação de incerteza não pode ser calculada e traz para o ambiente das transações um problema crítico de imprevisibilidade. A incerteza implica em verdadeira limitação da racionalidade dos agentes, pois em determinadas situações a análise estatística e os juízos de probabilidade baseados nas ocorrências passadas é impossível (2014, p. 9).

A análise sobre a probabilidade de ocorrência de determinado evento certamente não é, em muitos casos, algo simples de ser feito. Com efeito, falar de risco é projetar o futuro, e, como sabiamente observa Adams, o “futuro não existe exceto nas mentes das pessoas que tentam prevê-lo” (2009, p. 64). Por outro lado, como já afirmou Zanchim (2012, p. 256), falar de risco é, também, virar-se para trás e, assim, definir se determinado evento é muito ou pouco provável é, na maior parte dos casos, tarefa a ser feita com base na análise de relatos e dados sobre situações pretéritas semelhantes (ROCHA, 2014, p. 8; SAMPAIO; ARAÚJO, 2014; ZANCHIM, 2012).

O tema é tratado na doutrina nacional por Garcia:

Compreenda-se risco como evento incerto, mas de possível concretização e, portanto, dotado de alguma previsibilidade. No plano contratual, para ser qualificável como risco, deve admitir mensuração e objetivação que permita

²⁸ No original: “*The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique*” (KNIGHT, 1921, p. 233).

medir certos elementos da realidade. [...] Se a circunstância encontra-se no domínio da absoluta imprevisibilidade já não mais se trata de risco, mas de incerteza (2014, p. 67-68).

E, também, por Ribeiro:

Riscos são as ocorrências futuras cuja probabilidade de realização e impacto sobre os agentes podem ser tratados racionalmente, isso é podem ser calculados, e, por isso, podem ser considerados nas decisões de investimento. Incertezas se referem também a eventos futuros, mas que não podem ser racionalmente tratados e, por isso, em regra, elas inibem o investimento. No caso dos contratos, elas reduzem o sucesso da contratação, ou, ao menos, torna as contratações substancialmente mais caras para a Administração Pública ou para os usuários dos serviços (2016).

Com base nessa distinção, a literatura aponta três elementos do risco: o evento, a probabilidade e o impacto. O evento é a possível ocorrência ou fato que pode impactar o projeto, a probabilidade é a chance de o evento ocorrer em determinado período de tempo, e o impacto é o resultado do evento de risco no projeto (MAGDÓN; TCHÓRZEWSKI, 2015, p. 8; NÓBREGA, 2020, p. 135-136; PADIYAR; SHANKAR; VARMA, 2004, p. 1). Tais elementos são encontrados na definição de risco da ABNT NBR ISO 31000:2018²⁹, do TCU³⁰ e da OECD³¹.

Outra análise do risco pode ser feita quando ao seu aspecto valorativo. Autores como Akintoye e Macleod³² (1997, p. 33) e Giovanini³³ (2018, p. 60) empregam uma carga valorativa negativa ao conceito de risco, sendo a probabilidade (ou possibilidade) de ocorrência de um evento que envolva um resultado indesejável.

No entanto, ao tratar de riscos contratuais, essa posição não se revela, em nosso sentir, a mais adequada. Isso porque riscos não possuem, necessariamente, uma carga valorativa negativa (não são negativos *per se*), como bem observa Valle, pois “a indeterminação, que se associa a risco, é em si (do ponto de vista estritamente conceitual) neutra” (2005). Assim, é

²⁹ De acordo com a ABNT NBR ISO 31000:2018, o risco é “efeito da incerteza nos objetivos. Nota 1 de entrada: Um efeito é um desvio em relação ao esperado. Pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode abordar, criar ou resultar em oportunidades e ameaças. Nota 2 de entrada: Objetivos podem possuir diferentes aspectos e categorias, e podem ser aplicados em diferentes níveis. Nota 3 de entrada: Risco é normalmente expresso em termos de fontes de risco, eventos potenciais, suas consequências e suas probabilidades” (ABNT, 2018, p. 1).

³⁰ Segundo o TCU, o risco é “a possibilidade de ocorrência de eventos que afetem a realização ou alcance dos objetivos, combinada com o impacto dessa ocorrência sobre os resultados pretendidos” (BRASIL, 2018, p. 8).

³¹ Assim conceitua a OECD: “*risk is defined as any uncertain but quantifiable consequence of an activity, be it in terms of costs or benefits. Risk is, according to this definition, something that can be quantified – a numerical calculation of an uncertain benefit or uncertain cost in terms of its magnitude, timing and probability of occurrence. Uncertainty is a wider concept, which also includes risks that cannot be quantified or where the probability for different outcomes cannot be estimated*” (2008, p. 125).

³² No original: “*the likelihood of unforeseen factors occurring, which could adversely affect the successful completion of the project in terms of cost, time and quality*” (AKINTOYE; MACLEOD, 1997, p. 33). Essa definição foi extraída a partir de uma pesquisa de campo com construtores e gerentes de projetos no Reino Unido.

³³ Giovaninni afirma que “no mundo corporativo, riscos estão associados à incerteza de cumprimento de algum objetivo ou na probabilidade de perda de algo material ou intangível” (2018, p. 60).

possível que o risco contratual seja positivo³⁴, isto é, cuja materialização tenha um resultado desejável, a exemplo da redução dos custos de execução contratual – nessa hipótese, a materialização do risco não enseja prejuízo à esfera jurídico-patrimonial de nenhuma das partes, mas importa em benefício àquela que tenha assumido esse risco.

Assim, pode-se concluir que o risco, para a análise empreendida neste estudo, é todo evento ou condição incerta cuja ocorrência tem probabilidade e impacto estimáveis, capazes de provocar um efeito positivo ou negativo em um ou mais objetivos do projeto.

3.2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A ANÁLISE DE RISCOS EM PROJETOS

Com nítido esteio na ideia de *accountability* pública³⁵, o gerenciamento dos riscos ganhou relevo na Lei nº 14.133/2021, na busca pela otimização das chances de sucesso nos projetos e ganho de eficiência nas contratações públicas. Em seu artigo 18, inciso X, essa lei determina que na fase preparatória de todas as licitações deve haver “a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual” (BRASIL, 2021).

A avaliação de riscos (*risk assessment*) e a implementação de medidas para diminuir a probabilidade e os impactos dos riscos negativos (ameaças) ou aumentar a probabilidade e o impacto dos riscos positivos (oportunidades) integram a ideia de gerenciamento de riscos (*risk management*) do contrato.

Assim, como esclarece Niebuhr (2021, p. 93), a matriz de riscos não se confunde com a análise de riscos que trata o inciso X do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021. Enquanto esta é, essencialmente, uma atividade de planejamento que permite à Administração identificar e tratar os riscos da licitação e da contratação, aquela é uma cláusula ou documento contratual que distribui os riscos da contratação entre as partes.

A análise de riscos está, portanto, em um plano mais amplo, integrando o gerenciamento de riscos – este que, por sua vez, que integra a fase de planejamento da contratação. A

³⁴ Partilham desse entendimento: ABNT (2018, p. 1), Al-Bahar e Crandall (1990, p. 534), Nóbrega (2020, p. 135-136), OECD (2008, p. 125) e PMI (2017, p. 397), entre outros.

³⁵ De acordo com o Referencial Básico de Gestão de Riscos do TCU, *accountability* pública é a “obrigação que têm as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, às quais se tenha confiado recursos públicos, de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar a sociedade e a quem lhes delegou essas responsabilidades sobre o cumprimento de objetivos e metas e o desempenho alcançado na gestão dos recursos públicos. É, ainda, obrigação imposta a uma pessoa ou entidade auditada de demonstrar que administrou ou controlou os recursos que lhe foram confiados em conformidade com os termos segundo os quais eles lhe foram entregues” (BRASIL, 2018).

matriz de riscos, cuja construção será abordada no capítulo 4.1, materializa a alocação de riscos produzida no processo de gerenciamento dos riscos do projeto (contrato).

Ao tratar da importância da gestão de riscos, afirma Bergamini:

[...] é preciso ter em mente que qualquer tomada de decisão envolve algum tipo de risco e lidar com riscos é parte do trabalho, até porque, normalmente, busca-se otimizar várias soluções ao mesmo tempo e as decisões não compreendem simplesmente as opções de certo ou errado. Entretanto, considerar os riscos e sua gestão na formulação da estratégia e dos objetivos da organização, contribui para a melhoria dos resultados (2021, p. 146).

O gerenciamento de riscos é aplicado às mais diversas atividades de uma organização, pública ou privada. Com isso em vista, a Lei nº 14.133/2021 disciplinou, no seu artigo 169, a sujeição dos órgãos da Administração a uma estrutura de linhas de defesa na gestão de riscos envolvendo as contratações públicas. Os riscos a serem gerenciados por essa estrutura, destaca-se, não são apenas os riscos dos contratos, mas todos os riscos a que está submetida a Administração no exercício da atividade contratual, inclusive os riscos internos à própria organização, como riscos financeiros, de contabilidade e de fraudes (temas ligados ao *compliance* na Administração Pública).

Em relação ao gerenciamento de riscos nos contratos, escopo do presente estudo, este é “um processo sistemático e lógico, por meio de atividades coordenadas de identificação, análise, tratamento e monitoramento, visando dirigir e controlar os riscos de uma organização e/ou projeto” (ALVES, 2020, p. 21). De acordo com o artigo 103, § 6º, da Lei nº 14.133/2021, a Administração pode adotar métodos e padrões já existentes para a condução do gerenciamento de riscos:

Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira (BRASIL, 2021).

Neste sentido, são diversos os modelos de processo de gerenciamento de riscos, a exemplo dos propostos na ABNT NBR ISO 31000:2018NT, proposta pelo *Technical Committee Risk Management* (ABNT, 2018), no *Guide to Risk Assessment and Allocation for Highway Construction Management*, da FHA (EUA, 2006), e no Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos, do PMI (2017), cada qual com suas peculiaridades, mas, também, com diversos pontos de convergência. Uma vez que não é o objetivo do presente estudo esgotar o tema, dedicaremos atenção, em linhas gerais, ao modelo proposto pela FHA, por tratar

do processo de gerenciamento de riscos aplicado aos contratos públicos de infraestrutura rodoviária (mais específico, portanto, que os demais).

Segundo a FHA, o gerenciamento de riscos em projetos é um processo cíclico composto por várias etapas. A primeira tem por objetivo identificar e categorizar os riscos que podem afetar o projeto e documentar suas fontes e características, o que, como visto no capítulo anterior, pode ser feito com base em relatos e o histórico de eventos passados. (EUA, 2006)

A etapa seguinte, de análise qualitativa dos riscos, tem como objetivo principal a consideração sistemática de eventos de risco, sua probabilidade de ocorrência (classificando-a desde muito provável até muito improvável) e as consequências (impactos da ocorrência). Nesta etapa, é feita uma priorização de riscos individuais com a análise qualitativa do impacto potencial de cada ocorrência sobre os objetivos do projeto (tais como cronograma, custos, qualidade e desempenho) (PMI, 2017, p. 423).

A partir da análise individual de riscos, é possível que se conclua pela existência de riscos de probabilidade muito alta ou de impactos muito sérios, o que torna necessária a avaliação quantitativa dos riscos mais elevados ou da soma de todos os riscos em relação aos objetivos gerais do projeto³⁶. Essa avaliação, consubstanciada na terceira etapa do processo, pode ser usada pela Administração para decidir se continua com o projeto, para definir os valores de contingência de custo e cronograma e para quantificar os impactos dos riscos mais elevados, fornecendo uma base para a alocação dos riscos e a avaliação da gestão de riscos. (EUA, 2006)

Ultrapassada as fases de análise e avaliação, são feitas a mitigação e o planejamento das respostas aos riscos de alto impacto e/ou probabilidade verificadas nas análises anteriores. Nesta etapa são desenvolvidas alternativas e estratégias para lidar com os riscos, tais como evitar, transferir (para o contratado ou um terceiro, como a seguradora), mitigar ou aceitar, se forem riscos negativos (ameaças), ou explorar, compartilhar, melhorar ou aceitar, se forem riscos positivos (oportunidades), assim como garantir, documentalmente, que a responsabilidade de cada risco seja assumida por um agente, o que pode exigir da Administração o estabelecimento de procedimentos e padrões de divisão de responsabilidades (EUA, 2006).

³⁶ De acordo com Nóbrega (2020), existem diversos mecanismos para avaliar os impactos dos riscos em projetos, tais como a árvore de falhas, a árvore de eventos, a análise causa-consequência, o diagrama de influência etc., no entanto, o sucesso dessa avaliação depende da qualidade dos dados obtidos na etapa de análise qualitativa e da escolha do modelo que melhor se adequa ao projeto ou realidade.

A etapa de mitigação e planejamento tem direta ligação com a etapa seguinte, de alocação de riscos. O contrato instrumentaliza a alocação de riscos e é nele em que é feita a divisão de responsabilidade associada a uma possível perda ou ganho e o procedimento de atribuição de riscos identificados aos participantes do projeto (EUA, 2006; LAM et al., 2007)

É nessa etapa que é elaborada a matriz de alocação de riscos, cujo objetivo é indicar, de forma clara e objetiva, qual parte do contrato é responsável por arcar com determinado risco. A elaboração da matriz, conforme se verá nos capítulos posteriores, deve seguir um método de alocação eficiente entre as partes, isto é, que minimize os custos de risco do contrato e promova o atingimento dos objetivos do projeto.

A “última” etapa do processo é o monitoramento e atualização do gerenciamento de riscos, com a implementação dos planos de resposta aos riscos, o rastreamento sistemático dos riscos identificados e a permanente identificação de novos riscos, de forma a alcançar os objetivos do projeto e aperfeiçoar o gerenciamento de riscos para os projetos futuros, o que torna cíclico o processo de gerenciamento de riscos (PMI, 2017; EUA, 2006).

Niebuhr, ao tratar da fase preparatória das licitações na Lei nº 14.133/2021, critica a imposição da análise de riscos, conforme o inciso X do artigo 18, a todas as contratações públicas, inclusive as contratações de objetos simples e usuais ou de valores inexpressivos:

A crítica é que uma análise de riscos minimamente séria demanda muito tempo e a mobilização de muitos recursos, especialmente de pessoal. Logo, a análise de riscos deveria ser exigida apenas para as licitações mais vulneráveis e estratégicas, não para todas as licitações, o que representa entrave burocrático muito pesado (2021, p. 93).

Discordamos, contudo, da posição do autor. A análise de riscos não é, necessariamente, um processo complexo, custoso e demorado. Como já afirmou Boselli³⁷, se a complexidade do objeto do contrato é baixa, assim também será a complexidade da análise de riscos. Aliás, como destaca o FHA, é possível adaptar o processo de gerenciamento de riscos para contratações desse porte:

Em projetos não complexos e de baixo custo com pouca incerteza (poucos riscos), os riscos podem ser mantidos simplesmente como uma lista de itens de alerta vermelho. Os itens podem então ser atribuídos a membros individuais da equipe para serem observados durante todo o processo de desenvolvimento do projeto e usados para fins de alocação de risco (EUA, 2006, p. 11, tradução nossa)³⁸.

³⁷ Exposição do autor no 16º Congresso Brasileiro de Pregoeiros, realizado virtualmente pela Negócios Públicos, em 16 de março de 2021.

³⁸ No original: “*on noncomplex, low-cost projects with little uncertainty (few risks), the risks may be kept simply as a list of red flag items. The items can then be assigned to individual team members to watch throughout the*

Assim, é plenamente possível que uma contratação de baixo custo e complexidade, como a pintura de um prédio público, seja precedida de uma análise de riscos de baixa complexidade, em que se seja feita a identificação dos principais riscos (aqueles eventos recorrentes em contratações anteriores, que podem causar um prejuízo à Administração ou a terceiros etc.), que devem ser acompanhados na fase de planejamento e, se não puderem ser mitigados, serão alocados na matriz de riscos.

Por fim, são válidas as palavras de Moreno ao afirmar da importância da participação pública também na análise de riscos contratuais:

A análise de riscos poderá ser aperfeiçoada quando submetida à consulta ou à audiência pública que precederão as contratações mais complexas, traduzindo-se em cláusulas mais proporcionais, eficientes e compatíveis com os interesses da Administração, dos seus contratados, e dos cidadãos (2021).

Em síntese, a Lei nº 14.133/2021 é marcada por uma preocupação com o gerenciamento de riscos, este que, aplicado aos contratos, conforme determinado pelo inciso X do artigo 18, deve seguir determinadas etapas de um processo sistemático e lógico, cuja finalidade é alcançar o sucesso do projeto. Esse gerenciamento de riscos deve ser feito em todas as contratações realizadas pela Administração Pública, conforme imperativo legal, variando somente quanto ao grau de complexidade, de forma compatível com o contrato.

3.3 A MATRIZ DE RISCO COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL E DA INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com o artigo 89, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, “os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes” (BRASIL, 2021). O imperativo legal dirige a construção dos contratos administrativos a um pretense ponto de completude, em que todas as condições e obrigações do contrato são delimitadas no momento da pactuação.

Na teoria econômica clássica dos contratos, os negócios são firmados por pessoas com racionalidade ilimitada e que conhecem plenamente todos os aspectos relevantes sobre o objeto e as partes envolvidas na transação (inclusive quanto às possíveis contingências futuras), com a única pretensão de maximizar suas funções de utilidades (sem interesses oportu-

project development process and used for risk allocation purposes, as described later in this document (EUA, 2006, p. 11).

nistas), e ocorrem a um custo zero, isto é, os contratos não impõem às partes um custo inerente ao próprio ato negocial e a definição do preço ocorre em vista das posições de paridade (de informação e de capacidade de barganha) entre as partes e da indiferença do produto em relação aos demais existentes no mercado (NÓBREGA, 2011; 2020; REIS, 2021; SAMPAIO; ARAÚJO, 2014). Essa ideia, contudo, embora seja útil aos modelos econômicos mais simples, tornou-se insuficiente para explicar os contratos complexos da sociedade moderna.

Hoje, reconhece-se a existência de “fricções”, ou falhas de mercado, que impedem a execução dos contratos exatamente como previstos pelas partes e, portanto, afastam a ideia de que o contrato possa ser completo e “por si só suficiente para coordenar a relação jurídica existente entre as partes” (FAGANELLO, 2020).

A partir do avanço dos estudos econômicos sobre a teoria da informação e a influência da assimetria informacional nos contratos, principalmente na segunda metade do século XX, passou-se a compreender que os agentes econômicos não têm todas as informações necessárias à plena e consciente tomada de decisão:

O fenômeno da assimetria de informação corresponde ao fato de que os contratantes, no momento da celebração dos contratos, não dispõem de informações sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato. Dessa forma, a escolha é, em realidade, limitada pelo conjunto de informações que a parte conseguiu angariar, de forma que os agentes econômicos apresentam "racionalidade limitada" pelas informações que não possuem (SAMPALIO; ARAÚJO, 2014, p. 315-316).

Essa situação, em que as partes não possuem o mesmo grau de informação sobre o objeto da transação (isto é, quando o fluxo de informações é assimétrico), quando é desacompanhada de incentivos à cooperação, abre margem à possível conduta oportunista da parte que detém mais informação, a qual pode valer-se das falhas ou omissões contratuais para aumentar seus próprios ganhos em detrimento da parte que não possui informações suficientes para avaliar adequadamente o valor do negócio (FAGUNDES, 2003 *apud* SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 317).

Nas palavras de Renck (2009, p. 23), existe “na fase pós-contratual o risco de que uma das partes, diante da possibilidade de agir de forma oculta, ignore sua responsabilidade moral intrínseca pelo cumprimento do acordo e gere dano às demais”. Esse fenômeno é conhecido como *moral hazard*, ou “risco moral”, cujo estudo de referência foi realizado por Arrow (1963) ao estudar o mercado de seguros.

Nos contratos administrativos, é esperado que os particulares detenham mais *expertise* que a Administração sobre o objeto contratual. Desta forma, o risco moral pode ocorrer, por exemplo, quando o particular contratado se aproveita de lacunas contratuais para empre-

gar técnicas inadequadas, as quais a Administração não tem condições ou capacidade de monitorar.

Um estudo de grande impacto sobre os efeitos da assimetria de informação nos mercados foi escrito por Akerlof (1970), ao analisar o mercado de carros usados nos EUA. Nesta pesquisa, o autor verificou que o mercado de compra e venda de carros usados se comportava de maneira não ideal, pois os vendedores possuem mais conhecimento sobre a qualidade dos carros à venda do que os compradores. Assim, os compradores, assumindo que todos os carros usados são de baixa qualidade (*lemons*, como são chamados nos EUA), aceitam pagar um valor que, em alguma parcela de casos, é abaixo do valor real do carro (que seria de boa qualidade), gerando uma falha de mercado conhecida por *adverse selection*, ou “seleção adversa”³⁹: quando os produtos de má qualidade acabam por expulsar do mercado os de boa qualidade porque a assimetria informacional impede que o vendedor consiga convencer o comprador sobre a qualidade do seu produto, e esse assume que todos os produtos no mercado são iguais, aceitando pagar o menor valor possível. (CRASWELL, 1995; NÓBREGA, 2020; RENCK, 2009; SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005)

O estudo do mercado de *lemons* de Akerlof demonstra como a assimetria de informação entre os contratantes interfere em um mercado. Nas licitações, essa falha de mercado pode se manifestar quando as responsabilidades que serão assumidas pelo futuro contratado não são definidas de forma clara e transparente no instrumento convocatório, o que favorece a participação de licitantes aventureiros (isto é, aqueles que aceitam assumir mais riscos a um preço menor, submetendo a Administração à incerteza quanto ao adimplemento contratual) e afasta a participação ou a contratação de licitantes que poderiam ser mais bem preparadas.

O problema da informação, contudo, não se resume à assimetria *inter partes*. Como tratado anteriormente, toda atividade negocial é marcada por riscos e incertezas, o que torna impossível às partes terem o conhecimento absoluto de todas as possíveis ocorrências que podem afetar a execução de um contrato, especialmente aqueles diferidos no tempo. É o que Simon (1982) chamou de “incapacidade cognitiva das partes”, o que as tornam agentes de racionalidade limitada. De fato, os contratos "não contêm - e não podem mesmo conter - a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes" (FORGIONI, 2015, p. 155).

³⁹ O termo é uma referência à teoria da seleção natural, de Charles Darwin.

Assim, nas palavras de Faganello “a existência de um mundo com fricções, cheio de incertezas e imperfeições, leva à necessidade de reconhecer a existência dos contratos tidos como incompletos” (2020). Nos contratos administrativos a situação não é diferente, afinal, “é uma ilusão imaginar que o texto contratual ou mesmo a normatização pertinente abrangerão todas as circunstâncias que podem afetar a relação contratual” (TORRES, 2021, p. 532).

Em contratações mais simples, de baixa complexidade e reduzido valor (como uma compra e venda verbal e imediata), a incompletude intrínseca aos negócios é desconsiderada, pois as possíveis contingências são irrelevantes e, quando presentes, equacionadas pela cooperação entre as partes (NATAL, 2009). No entanto, à medida que a complexidade do contrato aumenta, como em uma execução diferida no tempo ou com diversas prestações, as possíveis ocorrências que podem vir a impactá-lo são de tal ordem que não podem mais ser desconsideradas.

Com efeito, “a amplitude do espectro de possíveis ocorrências futuras impede que o contrato seja completo, impossibilitando que seu texto traga respostas a todos os eventos futuros, no momento da contratação” (GOMES, 2020, p. 2181). Neste norte, Guimarães (2017) cita três efeitos indesejáveis gerados pela ausência de uma suficiente e transparente repartição de responsabilidades em contratos administrativos⁴⁰, isto é, distorções geradas por contratos com elevado grau de incompletude.

O primeiro efeito gerado pelo insatisfatório detalhamento de riscos em contratos administrativos é o prejuízo à comparabilidade das propostas. Os particulares, diante de um contrato lacunoso ou dúbio (incorporado ao instrumento convocatório da licitação) tendem a se balizar por premissas distintas, o que gera “visões discrepantes quanto à assunção de riscos, o que se reflete em discrepâncias na contabilização e provisionamento dos custos necessários para o gerenciamento de riscos” (GUIMARÃES, 2016, p. 92). O efeito prático dessa incompatibilidade entre as propostas é o favorecimento de licitantes aventureiros ou daqueles com baixa capacidade de provisionamento dos custos da contratação.

Dada a indefinição e subjetividade intrínsecas ao regime tradicional de tutela ao equilíbrio econômico-financeiro (com a verificação da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento após a sua ocorrência), o segundo efeito da ausência de estipulações objetivas de repartição de responsabilidades é a maior onerosidade das propostas (CBIC, 2018), ou mesmo a inexistência de interessados em contratar com a Administração, haja vista que “tendem a

⁴⁰ O estudo do autor é dedicado aos contratos de PPPs, no entanto, entendemos que os efeitos tratados pelo autor são também aplicáveis aos contratos administrativos de colaboração.

adotar conduta conservadora caso haja dúvida acerca da responsabilidade pelos riscos que, certamente, impactarão no contrato ao longo de sua vigência” (FLEURY, 2015, p. 152-153).

Por fim, o terceiro efeito da imprecisão na repartição de responsabilidades pode favorecer os licitantes com maior capacidade de renegociação:

A possibilidade de renegociações será identificada não apenas por aqueles que detenham maiores informações ou uma melhor capacidade para renegociar contratos, e que confiem na sua capacidade de implementá-las, mas também por aqueles que vislumbrem nas brechas do contrato espaços para comportamentos oportunistas que possam redundar em renegociações (GUIMARÃES, 2017).

Assim, a incompletude contratual pode favorecer não os mais bem preparados para executar o objeto, mas aqueles que têm mais capacidade de renegociar o contrato após a sua assinatura, o que pode subverter os benefícios da licitação (GUASCH, 2004).

Todas as falhas de mercado e distorções no âmbito das licitações e dos contratos administrativos já elencadas são fruto da incompletude contratual. Assim, o comando legal do artigo 89, § 2º, da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado no sentido de diminuir a incompletude intrínseca aos contratos⁴¹, favorecendo e criando incentivos à cooperação entre os contratantes:

Os regramentos contratuais não estão a salvo da incompletude, sendo necessário não apenas cuidados em sua elaboração, como também boa solução sobre quem decidirá acerca das lacunas deixadas pelas cláusulas contratuais.

Essa construção é fundamental porque a principal finalidade do direito contratual é não apenas permitir, mas também fomentar a cooperação entre as partes interessadas, convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas (TORRES, 2021, p. 533).

É nesse cenário que tem berço a matriz de riscos contratuais. Seu intuito é antecipar os riscos aos quais está submetido o contrato, definindo a responsabilidade de cada parte diante de sua ocorrência, assim como definir em quais frações do contrato o contratado tem liberdade para inovar⁴², mitigando a incompletude natural dos contratos e seus efeitos. Nas pala-

⁴¹ “Não causa estranhamento o fato de que a ocorrência majoritária no mundo real é a de contratos incompletos. O contrato completo é um conceito ideal. Em economia, os modelos teóricos são úteis para conformar, por hipótese, situações ótimas (situadas no plano das é) e ilustrar seu afastamento de situações empíricas (os casos concretos situados no mundo real). Assim, não há sentido prático em falar acerca da completude e incompletude de um contrato, mas em ‘grau de completude’ dos contratos” (NATAL, 2009).

⁴² De acordo com o artigo 6º, inciso XXVII, alínea “b”, na matriz de risco há “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 (BRASIL, 2021). Já de acordo com a alínea “c” do mesmo inciso, “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”. Como se observa, mais do que prever e alo-

vras de Sampaio e Araújo, “quanto mais detalhada a matriz de risco, menor esforço argumentativo e tempo necessitarão ser despendidos para a remediação do evento danoso quando ele ocorrer” (2014, p. 329).

Neste sentido, Keneddy et al. apontam que, dentre os benefícios da redução de incertezas nas contratações públicas, está também o aumento de competitividade dos certames:

Por um lado, uma informação de melhor qualidade, mais completa e inequívoca permite aos licitantes precificar melhor os seus lances, permitindo assim uma concorrência mais efetiva (redução de contingências por risco/incerteza) entre os licitantes existentes. Por outro lado, a incerteza reduzida pode diminuir as assimetrias de informação entre os licitantes históricos no mercado e os novos concorrentes, aumentando assim o número de empresas licitando - ou seja, há um efeito positivo adicional do aumento da concorrência. Esses dois efeitos, no entanto, são confusos e difíceis de separar. [...] Em resumo, qualquer que seja a lente teórica - teoria do contrato ou teoria financeira - menos incerteza é melhor⁴³ (2018, p. 18, tradução nossa).

Contudo, deve-se ter em mente que a mitigação da incompletude contratual, por meio da matriz de riscos, encontra determinados limites. O primeiro é, como visto, definido pela própria capacidade de cognição das partes acerca dos eventos futuros, o que impede um grau de detalhamento absoluto sobre tudo o que pode vir a ocorrer e impactar a contratação. O segundo é que a previsão do maior número possível de riscos do contrato impõe custos à fase preparatória da licitação, pois recursos (financeiros e humanos) deverão ser despendidos para essa tarefa. (FLEURY, 2015, p. 153; GUIMARÃES, 2013, p. 301-302, 2017; NATAL, 2009; PINHEIRO, 2005; SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 329)

O problema é bem sintetizado por Guimarães:

Num mundo ideal, em que os riscos pudessem ser todos identificados e alocados indubitavelmente à responsabilidade de cada uma das partes, a margem para disputas e litígios seria mínima, sendo que a valoração de suas ofertas estaria livre (ou quase livre) dos custos de transação associados a estas inseguranças. Mas é evidentemente impossível eliminar completamente a suscetibilidade do contrato à materialização de riscos não catalogados. Há não apenas um problema de cognoscibilidade dos riscos, sendo humanamente impossível atingir-se um grau de detalhamento absoluto em relação a isso, como um problema econômico, pois estudos de risco com nível avançado de detalhamento e especificação podem incrementar a tal ponto os custos de transação da contratação administrativa que a tornem ineficiente. Além dis-

car os riscos do contrato, a matriz de riscos também define as frações contratuais em que há ou não liberdade para o contratado inovar na execução. Esse tema será retomado no capítulo 4.1.

⁴³ No original: “*On one hand, better quality, more complete and unambiguous information allows bidders to better price their bids, thus enabling more effective competition (reduction of contingencies for risk/uncertainty) among existing bidders. On the other hand, reduced uncertainty may diminish information asymmetries between incumbent bidders in the market and new entrants, thus increasing the number of firms bidding - i.e. there is an additional positive effect from increased competition. These two effects, however, are confounding and difficult to separate. [...] In summary, whatever the theoretical lens - contract theory or financial theory - less uncertainty is better*” (KENEDDY et al., 2018, p. 18).

so, dentro do espectro de contingências possivelmente previsíveis, muitas opções alocativas podem simplesmente ser prejudicadas pelos limites de racionalidade. As partes de um contrato não são completamente racionais para realizar as melhores opções e estabelecer sua priorização ideal (2017).

Assim, a partir de determinado nível de detalhamento, a elaboração da matriz de risco pode se tornar financeiramente insustentável, dado o aumento significativo dos custos de transação do contrato⁴⁴:

No contexto dos contratos, ‘custos de transação’ é um termo usado pelos economistas para cobrir tempo, esforço, problemas e outros custos incorridos pelas partes ao negociar um acordo sobre os termos de seu contrato, ou ao negociar a cessação de, ou litigar a adjudicação de uma disputa contratual. O economista assume que homens racionais tentarão evitar ou minimizar os custos de transação (HARRIS; VELJANOVSKI, 1986, p. 111).

De acordo com Nóbrega (2011, p. 106-107), pode se considerar dois tipos de custos transacionais: os custos *ex ante* e os custos *ex post*. No primeiro tipo, estão contidos os custos de desenho do contrato, de prever todas as contingências do contrato e possíveis ocorrências que podem acometê-lo. A fórmula básica é que sempre haverá um *trade-off* entre completude e custos, pois a correta mensuração do nível ideal de incompletude repercutirá na execução contratual (pois definirá, também, os custos com renegociações e possíveis inadimplementos). Os custos transacionais *ex post*, ao seu turno, são aqueles “que se referem a inadaptações do contrato ao que as partes acordaram; custos para repactuar os contratos ou mesmos gastos com o Judiciário ou arbitragem” (NÓBREGA, 2011, p. 107).

Assim, embora seja desejável o maior nível de detalhamento possível das circunstâncias de execução contratual, o que privilegia a segurança jurídica da contratação e reduz os custos transacionais *ex post*, deve a Administração analisar até que ponto essa análise não torna a transação como um todo excessivamente onerosa, aumentando sobremaneira os custos transacionais *ex ante*.

De modo geral, os contratos, inclusive os contratos administrativos, são incompletos, pois são impactados por diversas falhas de mercado, ou “fricções”, que impõem às partes uma racionalidade limitada no momento de pactuação e podem gerar efeitos negativos. A mitiga-

⁴⁴ O tema dos custos de transação foi estudado com profundidade por Coase (1932; 1960), ao verificar que os mercados falham em transmitir de forma eficiente todas as informações, o que pode ser suplantado pelos agentes econômicos contratantes, embora isso imponha custos para coletar e transmitir tais informações, de forma que sempre haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes (NÓBREGA, 2011). A ideia foi aprofundada por Williamson (1985), este que, segundo Nóbrega, “foi mais além e considerou a possibilidade de mensurar esses custos de transação, pontuando que o contrato é um fundamental instrumento que os agentes econômicos devem usar para se adaptarem a eventos não antecipáveis. O ponto inovador é considerar que o contrato capta a dimensão intertemporal da transação então os custos de transação passam a ser, em boa medida, os custos de realizar contratos na economia (2011, p. 104).

ção da incompletude contratual é possível com a elaboração da matriz de riscos, de forma a antecipar as possíveis ocorrências que podem impactar o contrato. No entanto, essa medida aumenta os custos de transação, o que exige uma análise sobre até que ponto é vantajoso detalhar todos os riscos do contrato.

3.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Neste capítulo, buscou-se abordar o conceito de risco, à luz da teoria econômica, e sua distinção da incerteza. Embora essa distinção não seja analisada com profundidade na doutrina jurídica nacional, como será visto no último capítulo, o nosso regime jurídico alberga tratamentos distintos aos riscos e às incertezas, o que influencia no conteúdo da matriz de riscos.

Uma vez que a Lei nº 14.133/2021 é marcada por uma preocupação com a análise e tratamento de riscos contratuais, sendo a matriz de riscos o produto dessa análise realizada pela Administração no momento da preparação da licitação e modelagem dos contratos, também se buscou abordar as noções básicas do gerenciamento de riscos em contratos, este que deve seguir determinadas etapas em um processo sistemático e lógico para alcançar o sucesso do projeto.

Por derradeiro, na terceira parte deste capítulo, a matriz de riscos foi analisada enquanto instrumento apto a reduzir a incompletude intrínseca dos contratos administrativos, o que traz benefícios não só à contratação, mas a todo o ambiente das compras públicas.

4 A ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS NA LEI Nº 14.133/2021

Neste último capítulo, a alocação de riscos em contratos será analisada à luz das balizas definidas pela Lei nº 14.133/2021. Desta forma, inicialmente serão vistos os requisitos legais da construção da matriz de riscos e o método de elaboração formal deste instrumento. Em sequência, analisar-se-á a alocação de riscos em face da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e, por fim, os parâmetros de um método de alocação eficiente dos riscos entre as partes em contratos administrativos, à luz da Lei nº 14.133/2021.

4.1 A CONSTRUÇÃO DA MATRIZ DE RISCOS À LUZ DA LEI Nº 14.133/2021

A matriz de riscos constitui um ponto de convergência entre dois aspectos aparentemente distantes quando o tema é a modelagem e a gestão de contratos administrativos. Como visto no primeiro capítulo deste estudo, a matriz de risco assume um importante papel ao definir, de forma objetiva e transparente, os riscos assumidos por cada parte e a sua relação com a determinação do ponto de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em relação aos possíveis eventos supervenientes à assinatura, devendo ser observada a repartição de riscos nela prevista para se verificar quando é cabível ou não o reequilíbrio contratual.

Por outro lado, a matriz de risco também se insere no contexto de gerenciamento de riscos do contrato enquanto o instrumento (por vezes cláusulas escritas, por vezes em forma de tabela ou outro expediente que integra o contrato) de definição do responsável por promover o tratamento de cada risco nela alocado. Viu-se, no segundo capítulo, que ela é o produto de um processo coordenado de identificação, análise, mitigação, alocação e monitoramento dos riscos, sendo esse obrigatório a todas as contratações, por força do artigo 18, inciso X, da Lei nº 14.133/2021.

Os riscos nas contratações públicas são objeto de normatização pela Lei nº 14.133/2021 em diversas passagens e sob os mais variados aspectos. Com efeito, os termos “risco” e “riscos” são mencionados na lei quase cinquenta vezes. Muito embora nem todos esses dispositivos tenham relação com os riscos contratuais, ou mesmo ao gerenciamento de riscos contratuais⁴⁵, é nítida a preocupação legislativa com a matéria. Cabe, portanto, uma

⁴⁵ Afirmou-se, em capítulo anterior, que o gerenciamento de riscos é aplicado às mais diversas atividades e estruturas de uma organização. A Lei nº 14.133/2021, em diversos dispositivos, faz referência a riscos ou à análise

leitura ampla da lei, para que se alcance a suficiente compreensão dos elementos constitutivos da matriz de risco e o seu impacto na modelagem e execução dos contratos.

De acordo com o artigo 103 da Lei nº 14.133/2021, o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, com a indicação de quais riscos serão suportados pela Administração, pelo particular ou que serão compartilhados por ambos⁴⁶. O artigo 22, § 1º, complementa a construção da matriz ao determinar que esta deva “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” (BRASIL, 2021).

Conforme o § 3º do artigo 103, “a alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação” (BRASIL, 2021), o que, em leitura em conjunto com o *caput* do artigo 22, autoriza que o valor estimado inclua taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado⁴⁷. Embora o dispositivo trate como uma faculdade da Administração em considerar essa taxa no cálculo do valor estimado da contratação, é certo que, independentemente da sua adoção, os particulares sempre precificarão os riscos assumidos – razão pela qual a correta análise dos efeitos da alocação de riscos praticada tem impacto direto no cálculo de uma estimativa de preço compatível com o real valor do contrato:

Sem a análise do impacto de riscos transferidos no preço de referência, a estimativa de custos tende a ser falha e a projetar um valor que não refletirá o preço praticado pelo mercado, naquelas condições. Na prática, isso pode estabelecer um preço de referência falho e um limite (preço máximo) incompatível com a execução responsável do empreendimento (TORRES, 2021, p. 568).

O artigo 6º, inciso XXVII, alínea “a”, o artigo 22, § 2º, inciso I, o artigo 103, § 4º e § 5º, e o artigo 124, inciso II, alínea “d”, todos da Lei nº 14.133/2021, tratam do papel da matriz de risco no estabelecimento da equação econômico-financeira do contrato e da sua necessária observância quando da ocorrência de eventos supervenientes à assinatura do contrato.

de riscos, sem tratar, contudo, especificamente dos riscos contratuais – como ocorre no artigo 169, que disciplina a estrutura de controle e gestão de riscos nos órgãos da Administração Pública (*compliance*). Por fugir ao escopo do presente estudo, tais dispositivos não serão analisados.

⁴⁶ O artigo 103, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 dispõe: “o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (BRASIL, 2021).

⁴⁷ É a redação do *caput* do artigo 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” (BRASIL, 2021).

Isto é, sendo o equilíbrio econômico financeiro a relação de proporcionalidade entre encargos e vantagens assumidas pelo particular para a execução do contrato, a matriz de risco detalha quais os riscos que estão (e quais não estão) contidos nesses encargos. Na ocorrência de algum evento superveniente que possa, em tese, alterar esse equilíbrio, a matriz deve ser visitada para se confirmar a ocorrência da quebra de equilíbrio, verificando-se de quem era a responsabilidade por arcar com aquele risco e se o reequilíbrio é devido à outra parte, se esta suportou seus efeitos. Nas palavras de Ribeiro:

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro é um braço, um prolongamento da matriz de riscos contratual. É por meio do sistema de equilíbrio econômico-financeiro que se fazem as compensações às partes por terem sofrido as consequências de eventos cujos riscos são atribuídos à outra parte pelo contrato ou pela lei (2014, p. 44).

Neste ponto, é válida a crítica de Reis (2021) sobre impropriedade contida na redação do artigo 103, § 5º, que afirma que as partes renunciam aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos por elas assumidos na matriz de risco. É que, se a matriz de risco estabeleceu o equilíbrio econômico-financeiro em relação aos eventos supervenientes, as partes simplesmente não têm direito ao reequilíbrio contratual na hipótese de materialização de um risco assumido por ela. É dizer: “não se trata de renúncia, como equivocadamente dispôs o legislador, pois não se pode renunciar a direito que nunca se adquiriu” (REIS, 2021, p. 266).

Dessa feita, embora a análise de riscos seja determinada a todas as contratações, a elaboração de uma matriz de alocação de riscos contratuais é obrigatória apenas para os contratos de grande vulto, isto é, assim considerados atualmente pela Lei nº 14.133/2021 os contratos com valor estimado acima de 200 milhões de reais⁴⁸, e para as contratações integradas e semi-integradas, como exige o seu artigo 22, § 3º, sendo opcional nas demais contratações.

Os regimes de contratação integrada e semi-integrada distinguem-se, em grande medida, dos outros regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia⁴⁹, de forma que a sua alocação de riscos recebe um tratamento próprio na Lei nº 14.133/2021.

⁴⁸ Conforme a definição contida no artigo 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁹ A execução direta é a que “é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios” (BRASIL, 2021) e a contratação indireta é a que o órgão ou entidade contrata com terceiros. A execução indireta pode se dar nos regimes de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral, contratação por tarefa, contratação integrada, contratação semi-integrada e fornecimento e prestação de serviço associado, conforme artigo 46 da Lei nº 14.133/2021. Embora a lei faça menção de que esses regimes são para obras e serviços de engenharia, o que de fato ocorre com a contratação integrada e semi-integrada, todo serviço (inclusive os que não são de engenharia) segue algum tipo de regime que está elencado naquele rol.

Nas contratações por empreitada, o regime “convencional”, o contratado assume apenas a execução da obra ou serviço de engenharia, tomando por base os projetos básico e executivo⁵⁰ fornecidos pela Administração na licitação. Nas contratações integradas, por sua vez, a licitação é feita com base no anteprojeto de engenharia, de forma que o contratado assume a responsabilidade por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, definindo as soluções que serão adotadas para executar o objeto, além de todas as atividades compreendidas na execução das obras e serviços de engenharia (fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto). Por fim, nas contratações semi-integradas, o projeto básico é fornecido no instrumento convocatório da licitação, assumindo o particular a responsabilidade pelo projeto executivo e pela execução da obra ou serviço. (FREITAS et al., 2021)

Assim, quanto à alocação de riscos, a Lei nº 14.133/2021 prevê, em seu artigo 22, § 4º, que “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” (BRASIL, 2021). A disposição legislativa é bastante lógica: sendo o particular o responsável por definir as soluções técnicas para a execução do objeto, este deve assumir os riscos dessa solução⁵¹. Tem-se aqui, portanto, uma vedação à transferência de determinados riscos entre as partes, pois é a própria lei quem define quem deve assumi-los.

É cabível, neste tema, a crítica de que o dispositivo, se interpretado na sua literalidade, impõe ao particular contratado em regime de contratação semi-integrada a responsabilidade pela adoção de solução que estava prevista no projeto básico – cuja elaboração, como visto, não é de sua responsabilidade. Logo, a interpretação que cabe neste dispositivo é a de que, na contratação semi-integrada, devem ser alocados ao particular os riscos de fatos supervenientes associados à sua escolha de solução no projeto executivo (JUSTEN FILHO, 2021, p. 378). Esse raciocínio é aplicado pelo legislador no § 5º do mesmo artigo 22, ao prever que, na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado para adotar solução inovado-

⁵⁰ O art. 18, § 3º, dispensa a elaboração de projeto executivo para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, “se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados” (BRASIL, 2021).

⁵¹ Como há muito observou Boselli (2013, p. 88), no regime inaugurado pela contratação integrada, o autor dos projetos básico e executivo, que é, também, o responsável pela sua execução, tem um incentivo financeiro para adotar soluções que gerem menor custo, o que pode impactar a própria qualidade da obra e durabilidade das edificações. Assim, alocar ao contratado os riscos pelas soluções por ele adotadas é, também, uma medida que visa assegurar o próprio sucesso da contratação.

ra apresentada pelo particular, assumindo este a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração⁵².

Nessa linha, a Lei nº 14.133/2021 estabelece outros riscos cuja alocação é estanque, não podendo ser objeto de transferência, quaisquer que sejam os regimes de contratação⁵³. É o que ocorre com o risco de alteração tributária superveniente com impacto na execução contratual: neste caso, o risco é assumido pela Administração, arcando com o prejuízo ou com o benefício de uma alteração que aumente ou reduza os custos de execução do contrato, respectivamente. De igual modo, embora a alteração contratual unilateral pela Administração não seja propriamente um risco, pelo menos sob o ponto de vista da própria Administração, que atua nesse sentido para conformar o contrato ao interesse público, os impactos dessa medida também devem ser por ela suportados.

Por outro lado, aproximando-se do que ocorre nas concessões, a Lei nº 14.133/2021 prevê que, nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, é possível que o contratado assuma a responsabilidade pela efetivação de desapropriações autorizadas pelo poder público, devendo constar na matriz a alocação do risco advindo da diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor que foi feita pela Administração, assim como o risco pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens desapropriados⁵⁴. Essa alocação deverá obedecer aos parâmetros de eficiência alocativa que serão abor-

⁵² É o que se extrai do artigo 22, § 5º, da Lei nº 14.133/2021, ao dispor que “na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico” (BRASIL, 2021).

⁵³ De acordo com o artigo 103, § 5º, da Lei nº 14.133/2021, “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato” (BRASIL, 2021).

⁵⁴ De acordo com o artigo 46, § 4º, da Lei nº 14.133/2021, “nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como: I - o responsável por cada fase do procedimento expropriatório; II - a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas; III - a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos; IV - a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados; V - em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados” (BRASIL, 2021). A legislação utiliza o termo “desapropriação” na redação do § 4º e o termo “expropriação” nos incisos, o que, em nosso entender, é um equívoco. O procedimento de expropriação é aquele previsto no artigo 243 da Constituição Federal, tratando-se de uma medida de intervenção forçada do Estado na propriedade privada, quando esta é utilizada para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou para a exploração de trabalho escravo, não tendo o proprietário direito à indenização. A desapro-

dados no subcapítulo 4.3, em vista das responsabilidades assumidas por cada parte quanto às fases dos procedimentos desapropriatórios.

Ademais, a Lei nº 14.133/2021 deu outras funções à matriz de riscos, assim como fez a Lei nº 13.303/2016, que trata das contratações das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. Além da listagem de riscos e a previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência, a matriz também deve definir as frações do objeto que o contratado tem liberdade para se afastar, ou não, das soluções metodológicas ou tecnológicas definidas pela Administração quanto às obrigações meio e de resultado impostas ao contratado.

Nas obrigações de resultado, a Administração estabelece as características do resultado pretendido e transfere ao contratado a responsabilidade pela elaboração de soluções para alcançar esse resultado. Nestes casos, a matriz deve definir em quais frações do objeto o contratado tem liberdade para modificar as soluções definidas no anteprojeto ou no projeto básico. Por outro lado, as obrigações de meio são aquelas em que uma parte assume o dever de executar o contrato seguindo as condições e soluções concebidas ampla e exaustivamente pela outra parte, de forma a atingir os resultados pretendidos por esta⁵⁵. Assim, a matriz de risco deve definir em quais frações do objeto o contratado não tem liberdade pra inovar, devendo-se ater às soluções predefinidas. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 178-179)

A definição precisa das frações do objeto em que a Administração permitirá inovações (e as frações em que não permitirá), no momento do planejamento da contratação, tem impacto direto no valor do contrato, pois permite que “os licitantes, municiados desses dados, possam avaliar esta possibilidade, quando da participação da licitação e apresentação de suas propostas” (TORRES, 2021, p. 565).

Assim, estabelecidos os requisitos legais da matriz de riscos na Lei nº 14.133/2021, propõe-se um modelo de construção:

priação é o procedimento previsto no artigo 5º, inciso XXIV, fundado em necessidade ou utilidade pública, como é o caso da desapropriação para a realização de obra pública, ou por interesse social.

⁵⁵ Os contratos em que o contratado assume a responsabilidade pela elaboração do projeto executivo normalmente versam sobre obrigações de resultado, e os contratos em que a Administração elabora um projeto executivo normalmente versam sobre obrigações de meio. Contudo, os contratos usualmente congregam obrigações de ambas as naturezas (JUSTEN FILHO, 2021, p. 179).

Quadro 1 – Exemplo de matriz de riscos

LISTAGEM E ALOCAÇÃO DE RISCOS					
TIPO DE RISCO	RISCO	IMPACTOS DO EVENTO	MEDIDAS DE GERENCIAMENTO DO RISCO	ALOCAÇÃO	CONSEQUÊNCIA
Categoria a que se vincula o risco, conforme categorização feita processo de análise de riscos (riscos de projeto, riscos socioambientais, riscos de execução etc.).	Descrição detalhada do risco	Possíveis impactos da materialização do risco no contrato (atraso, refazimento de parcela da obra, aumento dos custos etc.).	Medidas a serem adotadas para evitar a materialização do risco e/ou para mitigar os efeitos da materialização do risco (por exemplo, contratação de seguros).	A parte que se vincula esse risco (Administração, contratado ou ambos, mediante compartilhamento do risco).	Existência ou não de direito ao reequilíbrio contratual.
LIMITES DE ALTERAÇÃO NAS FRAÇÕES DO OBJETO					
TIPO DE OBRIGAÇÃO	OBRIGAÇÃO	FRAÇÃO DO OBJETO COM/SEM LIBERDADE PARA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA PELO CONTRATADO			
Categoria a que se vincula a obrigação (obrigação de meio ou de resultado)	Descrição da obrigação	No caso de obrigações de resultado, 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. 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.			

Fonte: elaborado pelo autor (2021)

Embora a nomenclatura “matriz” seja associada à elaboração de uma tabela, como ocorre nas ciências matemáticas, a Lei nº 14.133/2021 não determina, expressamente, a adoção desse modelo de representação. Assim, é possível que a matriz de riscos seja representada em cláusula em texto corrido, desde que, obviamente, apresente em seu conteúdo todas as informações exigidas pela lei, notadamente a listagem de riscos e a parte a que se vinculam (artigo 6º, XXVII, alínea “a”, e artigo 22, § 1º), os mecanismos para afastar a ocorrência ou para mitigar seus efeitos (artigo 22, § 1º), a eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência (artigo 6º, XXVII, alínea “a”) e o estabelecimento das frações do objeto que o contratado tem ou não liberdade para inovar (artigo 6º, XXVII, alíneas “b” e “c”).

Em suma, neste subcapítulo buscou-se apresentar as balizas legais a serem seguidas na construção da matriz de risco e o conteúdo que nela deve constar. Na sequência, abordar-

se-á a relação entre alocação de riscos e a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e os parâmetros para uma alocação eficiente dos riscos, de acordo com a Lei nº 14.133/2021.

4.2 ALOCAÇÃO DE RISCOS E A INTANGIBILIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 6º, inciso XXVII, e artigo 103, § 4º, afirma que, no que tange aos eventos supervenientes à contratação, a matriz de riscos é a cláusula contratual definidora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, devendo ser observada na solução de pedidos de reequilíbrio contratual das partes. No § 5º do artigo 103 a lei ainda dispõe que “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro” (BRASIL, 2021).

A leitura isolada de tais dispositivos, desacompanhada de uma análise jurídico-econômica aprofundada, poderia levar à compreensão de que a Lei nº 14.133/2021 confere, à Administração, uma ampla e irrestrita competência discricionária para definir o conteúdo da matriz de riscos, uma vez que esta é elaborada na fase de preparação da licitação, na qual não há negociação do ente estatal com os potenciais contratantes privados. As investigações do presente estudo, contudo, não dão esteio a essa interpretação.

É possível apontar que a alocação de riscos pela Administração, quando da modelagem dos contratos administrativos, sofre limitação, de cunho material, por dois aspectos: em primeiro, a alocação não pode violar a garantia à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, constitucionalmente assegurada, e, em segundo, a alocação deve ser feita de forma eficiente, como expressamente determinado pelo artigo 22, § 1º, da Lei nº 14.133/2021. Neste subcapítulo, analisar-se-á o primeiro aspecto e, na seção subsequente, o segundo.

Como visto no primeiro capítulo deste estudo, a Constituição Federal garante a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos firmados com a Administração Pública. Assim, durante toda a execução do contrato, deve manter-se equilibrada a relação de proporcionalidade entre encargos e vantagens assumida pelo particular que contrata com o poder público.

À luz de um novo regime que autoriza a estipulação prévia de eventos supervenientes à assinatura do contrato que podem vir a acometer a equação econômico-financeira, revela-se importante compreender o que pode ser objeto de alocação de riscos e, ainda, qual o limite,

em relação aos ônus de eventos supervenientes, dos riscos que podem ser transferidos ao particular contratado.

Dessa feita, já se assinalou, em capítulo anterior, que a diferença entre risco e incerteza é que, no primeiro, há elementos que permitam estimar a probabilidade e impacto da sua ocorrência, enquanto que, no segundo, inexistente essa previsibilidade. Essa distinção é importante porque apenas os riscos são passíveis de serem livremente alocados na matriz de riscos contratuais, conforme prevê a própria Lei nº 14.133/2021 no *caput* do artigo 103, ao estabelecer que “o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis” (BRASIL, 2021).

Nessa ordem de ideias, há um impedimento, de índole constitucional, à alocação genérica, por parte da Administração, de quaisquer eventos posteriores à assinatura do contrato como de responsabilidade do particular contratado. Isso porque a garantia à intangibilidade da equação econômico-financeira pressupõe a possibilidade de verificação dos encargos assumidos pelo particular e as vantagens a ele devidas, bem como da manutenção dessa relação durante a execução contratual, o que seria impraticável com a alocação de todos os eventos posteriores à contratação ao particular.

Noutras palavras, ao alocar a responsabilidade por todos os riscos e incertezas do contrato ao particular contratado, a Administração impediria o cálculo racional e a precificação dos encargos a serem assumidos pelos particulares, e estes, inevitavelmente, deixariam de observar critérios objetivos para a elaboração das suas propostas, afastando-se o cumprimento do mandamento constitucional.

Assim, as incertezas, isto é, os eventos futuros que não puderem ser previstos no contrato ficam submetidas ao regime geral previsto no artigo 124, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021, que elenca as categorias de eventos comumente tratados como extraordinários, arcando a Administração com a sua materialização.

Essa análise foi empreendida por Ribeiro (2016a; 2016b, p. 11), ao estudar a possibilidade de alocação do que o autor chama de “riscos residuais” nos contratos de concessão (convencional e PPP). De acordo com o autor, partindo-se da distinção entre risco e incerteza que propomos neste trabalho, a previsão contida no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, correspondente ao artigo 124, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021, tem por objetivo justamente retirar da esfera do particular contratado a responsabilidade por arcar com todas as incertezas da contratação:

É importante notar que a distribuição de riscos prevista no artigo 65, inciso II, alínea “d” e incidente sobre os eventos extracontratuais tem exatamente por objetivo permitir o sucesso da contratação, tirando do contratado os riscos sobre eventos que ele não consegue precificar (álea extraordinária e álea ordinária de consequências imprevisíveis). Claramente, o objetivo do dispositivo legal, do ponto de vista econômico, é livrar o contratado de incertezas. Em outras palavras, o artigo 65, inciso II, alínea “d”, se aplicado corretamente – isso é apenas para os eventos extracontratuais – estabelece distribuição de riscos economicamente adequada, que livra o contratado de incertezas, e lhe permite focar apenas nos riscos envolvidos na execução do contrato, que devem ser precificados e considerados em sua proposta na licitação (RIBEIRO, 2016a).

Assim ocorre porque, embora a adoção de uma matriz de riscos contratuais inaugure um regime mais sofisticado de repartição de riscos e definição de responsabilidades *ex ante*, os contratos administrativos permanecem submetidos à teoria da imprevisão com relação aos eventos que não puderem ser detalhadamente definidos na matriz de riscos. A esse respeito, afirmam Campos, Coelho e Follador:

Cumprir destacar que a previsão da matriz de riscos como cláusula contratual não elimina a submissão dos contratos administrativos à teoria da imprevisão. Ou seja, diante de fatos supervenientes extraordinários e não definidos na matriz de riscos, a exemplo do fato do príncipe, do evento de força maior ou caso fortuito, permanece garantido o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Por isso, o documento não pode conter previsões genéricas atribuindo ao contratado todo e qualquer fato superveniente imprevisível que venha a ocorrer, situação essa de onerosidade excessiva que pode impossibilitar a execução do contrato (2021).

De acordo com os autores, como visto, os fatos supervenientes extraordinários e não definidos na matriz de riscos, a exemplo do fato do príncipe, do evento de força maior ou caso fortuito, permanecem sob a responsabilidade da Administração, fazendo jus o contratado (ou a própria Administração, se os efeitos do evento forem benéficos) ao reequilíbrio. Essa posição entra em aparente conflito com o que defende Balthar Neto e Torres (2020, p. 441), para quem é possível a alocação de riscos da álea extraordinária, como, por exemplo, a alocação ao particular de um evento relacionado a caso fortuito, vez que essa pode ser a medida economicamente mais eficiente à alocação, pois o contratado poderá ter mais capacidade de lidar com esse risco.

Diz-se aparente o conflito porque as posições não são, necessariamente, antagônicas. A alocação genérica de quaisquer eventos posteriores à assinatura do contrato como de responsabilidade do contratado, o que reputamos inconstitucional, não impede que a Administração promova uma análise de risco sobre determinados eventos tipicamente classificados como força maior ou caso fortuito e, assim, aloque esses riscos ao contrato, se for a medida que atenda ao imperativo de eficiência, a ser tratado na próxima seção. Como efeito, considerar

que o contratado é a parte mais eficiente para lidar com um risco pressupõe a avaliação da probabilidade e impacto do evento dele decorrente – justamente os elementos que retiram o risco do campo da incerteza absoluta.

O que deve ficar claro é que a alocação de riscos não pode subverter a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. Isto é, não há “carta branca” para que a Administração alocue todos os riscos ao contratado, pois isso tornaria o particular um “garantidor universal de todas as incertezas e riscos do negócio”, o que não encontra respaldo constitucional:

A preocupação é com o conteúdo da matriz de risco, que não pode violar o direito constitucional dos contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com assento no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal. A competência administrativa discricionária para definir os termos da matriz de risco não pode ser utilizada como estratégia para subverter o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a transferir ao contratado as responsabilidades que seriam naturalmente, pelo plexo de obrigações definidas no contrato e pelas opções impostas durante a licitação, da entidade que promoveu a licitação (J. NIEBUHR; P. NIEBUHR 2018, p. 143).

Ainda de acordo com J. Niebuhr e P. Niebuhr, descumpridos esses preceitos, “os interessados em participar das licitações gozam de legitimidade para impugnar e contestar perante os órgãos de controle o conteúdo das matrizes de risco” (2018, p. 143), pois a discricionariedade administrativa na modelagem contratual não é absoluta e deve ser alinhada aos princípios administrativos constitucionais.

Assim, conclui-se que a garantia à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro constitui limitação de índole constitucional à livre alocação de riscos em contratos administrativos, o que impede a Administração, no exercício da sua competência administrativa de elaboração das regras contratuais, de transferir ao contratado a responsabilidade por todos os eventos supervenientes à assinatura do contrato.

4.3 A ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCOS E SEUS PARÂMETROS

Nos contratos privados, as partes têm, em regra, autonomia de vontade para alocar os riscos do negócio conforme a própria conveniência, ponderando os riscos assumidos pelos benefícios pretendidos. Embora estejam presentes as falhas de mercado que tornam o negócio um contrato incompleto, inexistindo simetria absoluta de informações entre as partes, estas procuram, dentro dos limites da sua capacidade, alcançar uma partilha eficiente de riscos.

Como se vê, nos negócios privados não há vedação à solução ineficiente na alocação de riscos, pois essa alocação é pautada no interesse de cada parte em maximizar seus interes-

ses. De qualquer forma, como destaca Justen Filho (2021, p. 1275) estando inseridos em um contexto de competição de mercado, os agentes que não se pautam pela eficiência são, em regra, premiados com o insucesso empresarial.

Nos contratos administrativos, por outro lado, em que uma das partes não está inserida em um contexto de competição de mercado, a eficiência não é perquirida pela autonomia da vontade. Assim, cuidou o legislador de impor à Administração uma alocação eficiente dos riscos às partes do contrato, em seu artigo 22, § 1º: “[a matriz de riscos] deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante” (BRASIL, 2021).

A eficiência nessa alocação, assim como em toda atuação administrativa, decorre do princípio constitucional da eficiência, inscrito no artigo 37 da Constituição Federal⁵⁶. A positivação do princípio, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, é uma das feições do processo de mudança do modelo de gestão burocrático da Administração ao modelo gerencial, centrado na procura por melhores resultados na efetivação dos interesses da sociedade e racionalização do uso dos recursos públicos (MATIAS-PEREIRA, 2010). Essa racionalização, esclarece Passerotti (2014), impõe aos administradores a boa gestão dos recursos, de forma que a sua utilização seja feita com a redução dos custos para o atingimentos dos objetivos pretendidos e a promoção do bem-estar social.

Assim, a alocação de riscos não pode ser feita de forma aleatória pela Administração, eis que “os princípios da eficiência, do interesse público e do próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato conformam e limitam a discricão administrativa na partilha dos riscos, eis que concretizadora do interesse público e da própria estabilidade contratual” (GARCIA, 2014, p. 69).

Como visto nos capítulos anteriores, a alocação de riscos contratuais não cumpre apenas o papel de definir o ponto de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em relação aos possíveis eventos supervenientes à assinatura, mas, também, é um instrumento de incentivo à atuação das partes em favor da promoção do sucesso da contratação.

Com efeito, não se pode perder de vista que a alocação de riscos afeta, em qualquer contrato, o custo, o tempo, a qualidade e o potencial de disputas, atrasos e reclamações (EUA, 2006, p. 31). Especificamente em relação ao custo do contrato, de acordo com Zaghoul e

⁵⁶ Dispõe o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal que “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: [...]” (BRASIL, 1988).

Hartman (2002), análises do mercado de construção civil no Canadá verificaram que a utilização de cláusulas de isenção de responsabilidades pelos contratantes (públicos e particulares), com a transferência de riscos não gerenciáveis aos contratados, levou a um acréscimo do valor dos contratos na ordem de 8 a 20%, a depender do ambiente de negócios. Ainda segundo os autores, essa transferência de responsabilidades tem como “custos ocultos” a restrição de concorrência nas licitações, a potencialização de disputas e, principalmente, a criação de uma relação adversa entre as partes.

Para se evitar problemas dessa ordem, o artigo 103, § 1º, da Lei nº 14.133/2021 dita a “regra de ouro” para a alocação eficiente de riscos em contratos: a capacidade de cada parte para melhor gerenciá-lo.

Assim, alocar os riscos contratuais de forma eficiente implica distribuir cada risco conforme a capacidade de cada parte em gerenciá-lo a um menor custo e, assim reduzir o seu impacto no contrato (CBIC, 2018; RIBEIRO, 2016b), uma vez que o que se procura é a eficiência da contratação para a sociedade, reduzindo os custos por ela arcado (ROCHA, 2014, p. 126).

Neste norte, tem-se que o primeiro parâmetro para a alocação eficiente do risco é atribuí-lo à parte que tem capacidade de, a um menor custo, prevenir a ocorrência do evento indesejado ou de promover o evento desejável ou, ainda, de controlar as consequências da sua materialização.

Tal parâmetro, como bem esclarece Ribeiro, “leva em conta a capacidade das partes de adotarem ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou de incentivarem a ocorrência dos eventos desejáveis” (2016b), ou, ainda a capacidade de mitigar seus efeitos. Assim, “a parte que pode melhor antecipar ou responder ao risco deverá suportá-lo” (NÓBREGA, 2020, p. 139).

Com base nesse critério, torna-se possível citar, como exemplo de riscos gerenciáveis pelo particular contratado, problemas com fornecedores dos insumos, tais como atrasos de entrega e problemas de qualidade, ou com falhas de equipamentos, uma vez que o contratado é a parte mais apta a tomar medidas para afastar a ocorrência desses eventos, escolhendo fornecedores qualificados e produtos de boa qualidade no mercado, ou de mitigar o seu impacto, adotando as medidas necessárias para solucionar o problema após a sua ocorrência.

Outros exemplos de eventos de riscos alocados ao particular, a partir desse critério, são os acidentes e roubos em canteiros de obras, uma vez que o particular é a parte que, a custo mais baixo, pode implementar medidas para evitar a ocorrências desses eventos ou lidar

com a sua materialização, como, por exemplo, no caso de acidentes, reorganizar sua equipe de trabalho para que isso não afete a execução do contrato.

Note-se que, em casos como esses, a alocação do risco à Administração retiraria o incentivo do contratado para exercitar a sua prevenção. Tal medida, de acordo com Guimarães, “subverteria o sistema natural de incentivos a regular o adimplemento contratual pelas partes” (2017, p. 14-15). Isso porque, segundo o autor, dissociar a responsabilidade do controle sobre o risco “abre a porta para comportamentos oportunistas, que podem ser adotados caso a parte responsável por exercer o controle sobre as escolhas inerentes aos fatores de risco não fique exposta às suas consequências” (GUIMARÃES, 2017, p. 14-15).

Do outro lado, entre os riscos suportados pela Administração, tem-se aqueles vinculados aos aspectos técnicos definidos nos projetos elaborados pela Administração. Com efeito, a parte que elabora o projeto e define as soluções a serem adotadas deve arcar com os riscos associados, pois ela é, em primeira análise, a parte capaz de evitar esses riscos, elaborando adequadamente os estudos técnicos.

Outros exemplos de riscos assumidos pela Administração, de acordo com esse parâmetro, são os riscos pelo atraso na obtenção de licenças, conclusão de desapropriações ou liberação de áreas para a execução do contrato, nos casos em que tais tarefas forem de responsabilidade da Administração⁵⁷.

É possível que, ao se observar esse parâmetro, se verifique que um determinado risco pode ser compartilhado por ambas as partes, consoante autoriza o *caput* do artigo 103 da Lei nº 14.133/2021. É o que ocorre com a variação de custos dos insumos para a execução de determinada obra. Neste caso, uma pequena variação de preços pode ser melhor gerenciada pelo particular, que pode buscar no mercado alternativas para adquirir os insumos a um menor custo. No entanto, à medida que os custos da obra se distanciam do que era originalmente previsto, a Administração passa a ter mais capacidade de lidar com esse evento, pois é ela que pode alterar, inclusive unilateralmente, exercendo suas competências exorbitantes, os métodos de execução do contrato, as técnicas e os materiais empregados e, inclusive, os prazos.

Neste ponto, deve-se ter em mente que compartilhar o risco não significa que os seus efeitos serão repartidos entre cada parte, mas sim, em que momento determinado risco é transferido de uma parte a outra:

⁵⁷ Essa lógica, aliá, foi adota no § 2º do artigo 124 da Lei nº 14.133/2021, ao prever tais hipóteses como fatores ensejadores de reequilíbrio contratual: “§ 2º será aplicado o disposto na alínea “d” do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado” (BRASIL, 2021).

No entanto, o termo “compartilhamento de risco” pode ser um tanto enganoso. Na realidade, nenhum risco é verdadeiramente compartilhado; em vez disso, a exposição ao risco é dividida entre as partes. O compartilhamento de risco define claramente o ponto em que o risco é transferido de uma parte para outra. Esses pontos de transferência devem ser examinados quanto à adequação e, em seguida, explicitamente e claramente tratados no contrato⁵⁸ (EUA, 2006, p. 32, tradução nossa).

Nessa ordem de ideias, o risco de uma variação de custos da contratação poderia ser compartilhado entre contratado e contratante, definindo-se um percentual máximo a ser suportado pelo particular. Em casos assim, cada parte assume as perdas e os ganhos incluídos na parcela de risco por ela assumida (FLEURY, 2015, p. 164).

Com efeito, como salienta Valle, “o compartilhamento dos riscos se põe como vetor da contratação, com o objetivo de facilitar determinados resultados, que importem incremento à eficiência pelo efeito de incentivo recíproco à conjugação de esforços dos parceiros” (2005).

Um segundo parâmetro que pode balizar a alocação de riscos em contrato é previsto no artigo 103, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado” (BRASIL, 2021).

O dispositivo trata a securitização dos riscos como uma solução preferencial, e não vinculante, porque a medida deve ser analisada caso a caso, realizando-se uma ponderação de custo-benefício da contratação do seguro, uma vez que o valor do prêmio do seguro será inevitavelmente incluído no valor da proposta e, assim, quem acabará por pagar pela securitização é a própria Administração.

Assim é que, em um contrato com custos precificados em moeda estrangeira (por exemplo, com muitos materiais importados), o contratado pode firmar um contrato de *hedge* cambial para amortecer o risco de volatilidade da moeda. Esta medida, contudo, pode não se mostrar economicamente vantajosa se a contratação do seguro se mostrar custosa de tal forma que inviabilize a execução do próprio contrato – isto é, que o custos da securitização dos riscos se mostrem “proibitivos”, na expressão de Ribeiro (2016b).

Noutras palavras, o segundo parâmetro para uma alocação eficiente de riscos contratuais na Lei nº 14.133/2021 é a alocação ao particular contratado, independentemente da sua

⁵⁸ No original: “However, the term “risk sharing” can be somewhat misleading. In reality, no risk is truly shared; instead, exposure to the risk is split among the parties. Risk sharing is clearly defining the point at which the risk is transferred from one party to the other. These transfer points should be scrutinized for appropriateness and then explicitly and clearly addressed in the contract” (EUA, 2006, p. 32).

capacidade de gerenciamento, quando os riscos forem passíveis de securitização e não existirem custos proibitivos para essa solução.

Essa questão leva ao terceiro parâmetro a ser observado na alocação de riscos contratuais, de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Quando o risco não for gerenciável e não houver a possibilidade de contratação de seguro para suportá-lo, seja porque inexistente essa opção no mercado securitário seja porque seus custos se mostram proibitivos para alcançar os objetivos da contratação, o parâmetro de eficiência impõe a alocação à própria Administração⁵⁹.

Isso porque, se ao contratado for alocado um risco que possa levar a um resultado indesejável e que ele não tem capacidade nenhuma de controlar, implementando medidas para evitar a sua ocorrência ou para mitigar os efeitos da sua materialização, aquele tem propensão adotar uma postura conservadora e pessimista, encarecendo a proposta apresentada na licitação (CBIC, p. 29-30, RIBEIRO, 2016b, p. 6; FLEURY, 2015, p. 154-158). Essa afirmação é confirmada pela pesquisa empírica de Zaghoul e Hartman (2002), vista anteriormente.

No cenário em que são alocados riscos não gerenciáveis ao contratado, a ocorrência do evento indesejável leva à utilização do valor provisionado na licitação para cobrir os novos custos e, por outro lado, a não ocorrência faz com que esse valor se torne lucro do particular. Em qualquer circunstância, a Administração (e, por conseguinte, a sociedade) estará pagando por esse risco, mesmo se ele não levar à materialização do evento. Já na hipótese destes riscos serem alocados à Administração, esta só arcará com o prejuízo se o evento de fato ocorrer. (RIBEIRO, 2016b, p. 7)

Essa relação pode ser assim representada:

Quadro 2 – Cenários de alocação de riscos de eventos não controláveis pelo contratado e não seguráveis

CENÁRIOS DE ALOCAÇÃO DO RISCO	SE NÃO OCORRE O EVENTO GRAVOSO, QUEM PAGA?	SE OCORRER O EVENTO GRAVOSO, QUEM PAGA?	AVALIAÇÃO
Ao contratado	Administração (provisão vira lucro)	Administração (provisão é utilizada para cobrir evento gravoso)	Menos vantajoso para a Administração
À Administração	Ninguém paga	Administração (mediante reequilíbrio do contrato)	Mais vantajoso para a Administração

Fonte: Ribeiro⁶⁰ (2016b, adaptado)

⁵⁹ Ribeiro (2016b) aponta que o “pior erro” na distribuição de riscos contratuais é a atribuição, ao particular, de riscos controlados ou controláveis pela Administração e o segundo pior “é a atribuição ao concessionário de riscos que não são controláveis pelas partes, e que não podem, por qualquer motivo, ser objeto de seguro a preços razoáveis”.

⁶⁰ O estudo do autor é direcionado à alocação de riscos em concessões e PPPs, razão pela qual, no material original, são utilizados os termos “concessionário”, ao invés de “contratado”, e “poder concedente”, ao invés de

Assim, quando “nem o Poder Público e tampouco o particular possuem capacidade de gerir este risco, a princípio afigura-se mais eficiente alocá-lo àquele, que suportará os encargos decorrentes deste risco somente ocorrendo o sinistro” (FLEURY, 2015, p. 158)

Dessa feita, tem-se que, para atender ao postulado da eficiência, determinado pelo artigo 22, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, a alocação de riscos em contratos administrativos deve balizar-se pelos seguintes parâmetros: a) deve ser atribuído o risco à parte que tem capacidade de, a um menor custo, prevenir a ocorrência do evento indesejado ou de promover o evento desejável ou, ainda, de controlar as consequências da sua materialização; b) atribui-se o risco ao contratado quando for passível de securitização e não existirem custos proibitivos para essa solução; e c) quando o risco não for gerenciável pelas partes e não houver a possibilidade de contratação de seguro para suportá-lo, seja porque inexistente essa opção no mercado securitário ou porque seus custos se mostram proibitivos para alcançar os objetivos da contratação, o parâmetro de eficiência impõe a alocação à própria Administração.

4.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Neste último capítulo, buscou-se, inicialmente, investigar as balizas previstas na Lei nº 14.133/2021 para a construção da matriz de riscos contratuais, quanto ao seu conteúdo e sua forma, assim como propor um modelo formal que atenda a essas exigências legais.

A partir dos estudos empreendidos nos capítulos anteriores, notadamente o conceito de intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, característica dos contratos administrativos consagrada constitucionalmente, assim como a distinção entre riscos e incerteza, à luz da teoria econômica, verificou-se que a garantia à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro constitui limitação de índole constitucional à livre alocação de riscos em contratos administrativos, o que impede a Administração, no exercício da sua competência administrativa de elaboração das regras contratuais, de transferir ao contratado a responsabilidade por todos os eventos supervenientes à assinatura do contrato.

Não apenas isso, a alocação de riscos pela Administração também é limitada e balizada pelo postulado da eficiência, devendo obedecer a parâmetros objetivos que induzam a

“Administração”. Ao lado no poder concedente, o autor ainda coloca a pessoa do “usuário”, uma vez que a remuneração nas concessões pode se dar na forma de cobrança de tarifas dos usuários. Assim, adaptamos o quadro para as terminologias utilizadas nos contratos administrativos e suprimimos a figura do usuário, uma vez que Administração arcará sozinha pelo custo que seria arcado por ambas as figuras nas concessões.

uma contratação pelo menor custo total, alcançando-se os melhores resultados na efetivação dos interesses da sociedade e na racionalização do uso dos recursos públicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após quase trinta anos de vigência da Lei nº 8.666/1993 como a principal norma reguladora das licitações e compras públicas do país, em 1º de abril de 2021, foi sancionada a Lei nº 14.133, que veio para substituir a lei anterior e unificar a matéria tratada nela e em outros diplomas normativos correlatos. Apelidada por especialistas da área como um “museu de grandes novidades”, a Lei nº 14.133/2021 de fato não estabelece uma grande mudança em relação ao regime instituído pelas leis anteriores. No entanto, tem seu mérito por adotar boas práticas que, por falta de amparo legal, não eram aplicadas a todos os contratos administrativos para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras pela Administração Pública em âmbito nacional.

Uma dessas boas práticas é a possibilidade de o contrato prever a matriz de alocação de riscos contratuais entre as partes, instrumento que favorece a eficiência e a segurança jurídica da contratação, estabelecendo, no momento da licitação, os riscos que as partes deverão suportar durante a execução.

Neste sentido, este estudo teve por objetivo constatar quais os parâmetros metodológicos a serem observados na construção da matriz de riscos de contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, conforme determina a Constituição Federal, e atender ao requisito de eficiência na alocação dos riscos, conforme prevê o parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 14.133/2021.

Para tanto, no primeiro capítulo, buscou-se delimitar o campo de análise a partir da conceituação dos contratos administrativos da Lei nº 14.133/2021 e do seu aspecto central para o presente estudo: a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, compreendida como o dever de manutenção, durante toda a execução contratual, da relação de proporcionalidade entre encargos e vantagens assumidas pelo contratado na licitação. Na sequência, buscou-se descrever a evolução normativa e doutrinária a respeito da obrigação constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos até o advento da Lei nº 14.133/2021 e a sua relação com a matriz de riscos.

No segundo capítulo, o conceito operacional de risco foi objeto de análise à luz da teoria econômica, a partir da qual extraiu-se os elementos que distinguem os riscos e as incertezas contratuais. Também se abordou as noções básicas do gerenciamento de riscos em contratos, como um processo sistemático e lógico para alcançar o sucesso do projeto, e o papel da

matriz de riscos como instrumento para a redução da incompletude dos contratos administrativos, o que traz benefícios não só à contratação, mas a todo o ambiente das compras públicas.

Por fim, no terceiro capítulo, inicialmente foram analisados os requisitos legais e as formas de construção de uma matriz de riscos. Na sequência, a partir conceitos estabelecidos nos capítulos anteriores, verificou-se que a garantia à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro constitui limitação de índole constitucional à livre alocação de riscos em contratos administrativos, o que impede a Administração, no exercício da sua competência administrativa de elaboração das regras contratuais, de transferir ao contratado a reponsabilidade por todos os eventos supervenientes à assinatura do contrato.

Ainda no terceiro capítulo, verificou-se que para atender ao postulado da eficiência, determinado pelo artigo 22, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, a alocação de riscos em contratos administrativos deve balizar-se por determinados parâmetros: a) deve ser atribuído o risco à parte que tem capacidade de, a um menor custo, prevenir a ocorrência do evento indesejado ou de promover o evento desejável ou, ainda, de controlar as consequências da sua materialização; b) atribui-se o risco ao contratado quando for passível de securitização e não existirem custos proibitivos para essa solução; e c) quando o risco não for gerenciável pelas partes e não houver a possibilidade de contratação de seguro para suportá-lo, seja porque inexistente essa opção no mercado securitário, seja porque seus custos se mostram proibitivos para alcançar os objetivos da contratação, o parâmetro de eficiência impõe a alocação à própria Administração. Assim, pode-se afirmar que a hipótese de pesquisa foi confirmada.

Considera-se, assim, que a pesquisa atingiu seu objetivo e a hipótese apresentada inicialmente foi confirmada.

Este estudo certamente não esgota o tema analisado. Pelo contrário, o que se pretende com este trabalho é dar um passo inicial para o aprofundamento dos estudos sobre os mecanismos aptos a garantir uma maior eficiência nas contratações governamentais. A matriz de riscos, evidentemente, não é exauriente nessa empreitada, mas, se utilizada corretamente, é um ponto de partida para uma melhoria no cenário que se vivencia.

O que se constata, ao fim e ao cabo, é que o Direito é incapaz de explicar, por si, todos os fenômenos afetos ao tema das licitações e contratos administrativos. Assim, uma verdadeira mudança no modo de pensar a licitação pública perpassa, invariavelmente, pelo estudo dos aspectos econômicos que influenciam o modo como o Administração Pública compra no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1879431?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em 30 jun. 2021.
- AKINTOYE, Akintola S.; MACLEOD Malcolm J.. Risk analysis and management in construction. **International Journal of Project Management**, Amsterdam v. 15, n. 1, p. 31-38, 1997.
- AL-BAHAR, Jamal F.; CRANDALL, Keith. C.. Systematic risk management approach for construction projects. **Journal of Construction Engineering and Management**, [s.l.], v. 116, p. 533-546, set. 1990.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). **Direito dos Contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 193-216.
- ALVES, Thais Soares. Repartição de riscos em contratações públicas sob a lei nº 13.303/2016. **Boletim do Gerenciamento**, [S.l.], v. 11, n. 11, p. 19-30, fev. 2020. Disponível em: <https://nppg.org.br/revistas/boletimdoGerenciamento/article/view/272>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 3566, maio/ago. 2013.
- ARROW, Kenneth J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. **American Economic Review**, Pittsburg, v. 53, n. 5, p. 941-973, dez. 1963.
- ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Alteração dos contratos administrativos. *In*: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 189-199.
- ABNT. **ABNT NBR ISO 31000:2018: Gestão de riscos - diretrizes**. Rio de Janeiro: 2018.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 10. ed. Salvador: 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 21-29, jan. 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BERGAMINI, José Carlos Loitey. **Compliance na Administração Pública direta: aprimoramento da ética na gestão pública**. Orientador: José Sérgio da Silva Cristóvam. Coorientadora: Irene Patrícia Nohara. 2021. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: lei do RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. **O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico**. Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cadermatori. 2013. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

_____; GAMBA, Giovanna Maisa; MORAES, Leonardo. A corrupção nas licitações e nos contratos administrativos: A Lei nº 8.666/1993 em seus 25 anos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC**, ano XXV, v. 293, p. 696-705, jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 1-32, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.666, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 8269, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 8.987, Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, p. 1917, 14 fev. 1995.

_____. Lei nº 10.406, Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 11.079, Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 6, 31 dez. 2004.

_____. Lei nº 12.462, Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de

2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União: Edição Extra**. Brasília, p. 1-9, 5 ago. 2011.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Guia de gerenciamento de riscos de obras rodoviárias - fundamentos**. Brasília, 2013.

_____. TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 jun. 2013.

_____. Lei nº 13.303, Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 1-10, 1 jul. 2016.

_____. TCU. **Referencial básico de gestão de riscos**. Brasília: TCU, 2018.

_____. Lei nº 14.133, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União: Edição Extra**. Brasília, p. 1-23, 1 abr. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene, Patrícia. **Tratado de direito administrativo** [livro eletrônico]: licitação, contratos administrativos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMPOS, Mariana; COELHO, Fernanda; FOLLADOR, Gabriel. Matriz de riscos na nova Lei de Licitações pode dar previsibilidade às contratações. **Consultor Jurídico** [S.l: s.n.], 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opiniao-matriz-riscos-lei-licitacoes>. Acesso em 11 jul. 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; 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. *In*: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A regeneração da administração pública**: livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2006. Curitiba: Íthala, 2017. p. 109-117.

CBIC. **Distribuição de riscos nas concessões rodoviárias**. Brasília, 2018.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm economica. **New Series**, [s.l.], v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

_____. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, [s.l.], n. 3, p. 1-44, 1960.

CRASWELL, Richard. Freedom of contract. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 33, 1995.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime

Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 1321, fev. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EUA. FHA. **Guide to risk assessment and allocation for highway construction management**. Alexandria: FHA, 2006.

FAGANELLO, Tiago. A natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração. **Consultor Jurídico** [S.l: s.n.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acesso em 11 jul. 2021.

FERNANDES, Gustavo Andrey; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Equilíbrio econômico e financeiro em contratos administrativos de longo prazo: um diálogo necessário entre advogados e economistas. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 23, mar.-abr. 2016.

FERRAZ, Renan Fontana. Equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual. *In*: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 200-208.

FLEURY, Felipe. A repartição dos riscos e o reequilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, São Paulo, n. 62, p. 151-167, jul./set. 2015.

FRADE, Catarina. O direito face ao risco. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 86, p. 53-72, set. 2009.

FREITAS, Alexandre Mattos de; et al. **Nova lei de licitação e contratos administrativos [livro eletrônico]**: comentários à Lei nº 14.133/2021. Brasília: Ed. dos Autores, 2021.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORTINI, Cristiana; MIRANDA, Iúlian. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, jul./dez. 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. vol. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019,

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. O estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASCH, J. Luis. Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right. Washington, D.C.: The World Bank, 2004.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-108.

_____. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/rsPCWh>.

GIOVANINNI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de Paula, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.) **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53-70.

GOMES, Milton Carvalho. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, ano 6, n. 4, p. 2179-2239, 2020.

HARRIS, Donald; VELJANOVSKI, Cento. The use of economics to elucidate legal concepts: The Law of Contract. *In*: DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunter. **Contract and organisation - legal analysis in the light of economic and social theory**. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, ano XXIX, v. 29, n. 107, p. 122-131, dez. 2009.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

KENEDDY, Jonathan; et al. **Risk Pricing in Infrastructure Delivery: Making Procurement Less Costly**. Paris: OECD, 2018.

KNIGHT, Frank.. Risk, uncertainty and profit. [s.l.]: Hart, Scchaffner & Marx, 1921.

LAM, Ka Chi; et al. Modelling risk allocation decision in construction contracts. **International Journal of Project Management**, Amsterdam, v. 25, n. 5. p. 485-493, 2007.

LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres: Routledge, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, Ano XXIX, v. 29, n. 107, p. 75-82, dez. 2009.

MARTIN, J.E.; HEAULME, P-F. Risk management. Techniques for managing project risk. *In*: CLELAND, David I. (ed.). **Field guide to project management**. New York: Van Nostrand Reinhold, 1988.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 117-168, jul./set. 2007.

MATIAS-PEREIRA, J. **Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 9. ed. atual. pelos Decretos-leis 2.300/86, 2.348/87 e 2.360/87, e pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____ (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.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MORENO, Mais. Com nova lei, licitações podem ter análise de riscos aprimorada. **Consultor Jurídico** [S.l.: s.n.], 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344864/com-nova-lei-licitacoes-podem-ter-analise-de-riscos-aprimorada>. Acesso em 11 ago. 2021.

NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. *In*: **Revista do XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado**, 2009, Fortaleza. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, 2009. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em: 4 jun. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Fase preparatória das licitações. *In*: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 80-95.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OCDE. **Transport infrastructure investment: Options for Efficiency**. [s.l.]: OCDE, 2008.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro nas contratações públicas**. Orientador: Ricardo Marcondes Martins. 2020. Tese (Doutorado) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

PADIYAR, Vaijayanti; SHANKAR, Tarun; VARMA, Abhishek. Risk management in PPP. **IL&FS Infrastructure Development Corporation Ltd.** [s.l.], 2004. Disponível em: [http://www.globalclearinghouse.org/infradev/assets%5C10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20\(2004\).pdf](http://www.globalclearinghouse.org/infradev/assets%5C10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20(2004).pdf). Acesso em 30 jun 2021.

PASSEROTTI, Denis Camargo. A despesa pública, os direitos fundamentais e os princípios da eficiência e economicidade. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, set. 2013/fev. 2014.

PECKIENE, Aurelija; KOMAROVSKA, Andzelika; USTINOVICIU, Leonas. Overview of risk allocation between construction parties. **Procedia Engineering**, v. 57, p. 889-894, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705813008461>. Acesso em 30 jun. 2021.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. Orientadora: Odete Medauar. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PINHEIRO Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

PMI. **Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos (guia PMBOK)**. 6.ed. Newtown Square: PMI, 2017.

REIS, Márcio Monteiro. A alocação de riscos e sua securitização na nova lei de licitações e contratos. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís (Coord.). **Estudos sobre a lei 14.133 – nova lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 249-275.

RENCK, Henrique Brusius. **Uma avaliação de contratos de crédito sob a ótica da economia da informação**. Orientador: Giácomo Balbinotto Neto. 2009. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs**. São Paulo, Edição do Autor, 2014.

_____. Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93. **Direito do Estado** [S.l.: s.n.], 2016a. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante-a-lei-8-666-93>. Acesso em 11 ago. 2021.

_____. **A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do estado de São Paulo**. 2016b. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeiçoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em 11 ago. 2021.

ROCHA, Iggor Gomes. **Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura**. Orientador: Emerson Gabardo. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014.

ROCHA, Marcelo Souza. As novas regras para os contratos da lei nº 13.303/2016. *In*: JACOBY FERNANDES, Murilo (Coord.). **Empresas estatais: lei nº 13.303/2016 - doutrina e jurisprudência para empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e sociedades de propósito específico**. Belo Horizonte, Fórum, 2020. p. 155-178.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica de contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, p. 233-254, jun. 2004.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas**. Orientadora: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SIMON, Herbert. **Models of bounded rationality**. New York: MIT Press, 1982.

SOUZA, Rachel Nogueira de. Comentários ao art. 89. *In*: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021 comentada por advogados públicos**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 1033-1076.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *In*: **Temas de direito público**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

WILLIAMSON, Oliver E.. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. [s.l.]: Free Press, 1985.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.