



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA GERMÍNIO OLIVEIRA

**O PAPEL DA MATRIZ DE RISCOS NOS EDITAIS E
CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/PROJETOS DE
INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE À LUZ DO EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO**

Salvador

2018

FERNANDA GERMÍNIO OLIVEIRA

**O PAPEL DA MATRIZ DE RISCOS NOS EDITAIS E
CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/PROJETOS DE
INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE À LUZ DO EQUILÍBRIO
ECONOMICO-FINANCEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Priscilla De Jesus

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA GERMÍNIO OLIVEIRA

O PAPEL DA MATRIZ DE RISCOS NOS EDITAIS E CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE À LUZ DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Salvador, ____/____/ 2018.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marcelo e Veridiana, pelo amor incondicional, dedicação, confiança e por serem os maiores entusiastas das minhas conquistas e felicidade. Qualquer palavra escrita se torna muito pequena perto de tudo que representam para mim.

Às minhas irmãs, minha avó Márcia e minha Dinda, pelo elo de amor, carinho e ternura que nos une.

A Daniel, meu amor, por toda atenção, amor e carinho, por dividir comigo grande parte da minha trajetória da graduação, por compreender a minha ausência em algumas ocasiões, por todas as discussões que tivemos sobre o tema, pelas inúmeras leituras e correções, por tornar tantos momentos da minha vida mais leves, pelo apoio incondicional, serei eternamente grata.

Aos meus colegas de faculdade, por me acompanharem há quase 5 anos, compartilhando de todas as dificuldades, principalmente àquelas que estiveram comigo desde o início do curso, facilitando a minha rotina e, que se tornaram verdadeiros amigos: Adriane, Anne, Isabela e Gi.

A minha orientadora e professora Priscila de Jesus, de quem eu tive a honra de ser aluna desde o terceiro semestre e levarei sempre como exemplo de determinação e disciplina na minha trajetória profissional, sendo peça chave para a realização do meu trabalho monográfico por toda a atenção, disponibilidade e discussões.

Aos professores Renata Fabiana e Vitor Soliano, pela disposição em me ajudar durante esta trajetória da monografia, os levarei sempre como exemplos de profissionais.

À Faculdade Baiana de Direito, como um todo, por expandir os meus horizontes e me fazer perceber que somos sempre capazes, basta vontade e determinação para conquistarmos os nossos objetivos.

A todos que fizeram, direta ou indiretamente, o vencimento desta etapa ser possível, o meu muito obrigada!

“Entender o direito administrativo é entender o modo de pensar e agir dos profissionais que a ele se dedicam. Eles são a *definição prática do direito administrativo*. Por isso, é para eles – para suas ideias, sua linguagem, suas estratégias, seus argumentos – que devemos olhar, muito mais que para sistemas conceituais abstratos construídos pelos cientistas do Direito”.

Carlos Ari Sundfeld

RESUMO

A Infraestrutura é um importante instrumento de desenvolvimento econômico-nacional e se efetiva através das inúmeras contratações firmadas com a Administração Pública. Desse modo, desde os primórdios, percebe-se uma importante relação entre o Direito, o Estado e a Economia. Há inúmeros modelos jurídicos que possibilitam a realização da Infraestrutura, como: as Parcerias Público – Privadas, as Concessões, o Regime Diferenciado de Contratação, os Contratos de Obras Públicas e os Contratos Administrativos regidos pela lei nº 8.666 de 1993. Nesse desiderato, uma das principais causas de litígios que envolvem as partes da relação Contratual é a problemática acerca do direito (ou não) ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato diz respeito, justamente, à manutenção das condições que foram inicialmente pactuadas. Toma-se como base o que dispõe a legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio e evidencia-se as mudanças relativas à forma de se analisar a divisão de riscos, iniciadas, sobretudo, pela lei nº 11. 079 de 2004 e, seguidas, não só pela Lei das Estatais, mas também pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Com efeito, a presente pesquisa analisa a importância da alocação eficiente de riscos, assim como os critérios de reequilíbrio econômico presentes na legislação. Expõe-se a Matriz de Riscos, uma ferramenta que pode representar uma alternativa aos problemas que circundam os contratos firmados com a Administração Pública. Portanto, visa o presente trabalho, através de uma visão crítica, entender se a Matriz de risco contribui para as problemáticas enfrentadas no âmbito dos projetos de infraestrutura, de forma a assumir um importante papel nas contratações públicas.

Palavras-chave: Infraestrutura; Contratações Públicas; Equilíbrio econômico-financeiro; Alocação de riscos; Matriz de riscos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
Coord.	Coordenador
Coords.	Coordenadores
CF	Constituição Federal da República
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
ed.	Edição
LGL	Lei Geral de Licitações
nº	Número
PL	Projeto de Lei
Rel.	Relator
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO	13
2.1 BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E O ESTADO	14
2.2 CONCEITO DE INFRAESTRUTURA	17
2.3 INSTRUMENTOS PARA VIABILIZAR PROJETOS DE INFRAESTRUTURA	19
2.3.1 Parcerias Público- Privadas	19
2.3.2 O Regime Diferenciado de Contratação	22
2.3.3 Contratos de Obras Públicas	28
3 NOÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	32
3.1 A LICITAÇÃO E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL	32
3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	37
3.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES	40
3.4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	44
3.4.1 Equilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos Administrativos	45
3.4.2 Evolução infraconstitucional do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das Parcerias Público – Privadas	50
3.5 AS TEORIAS QUE SE RELACIONAM COM A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS	52
4. A MATRIZ DE RISCO NOS EDITAIS E CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/ PROJETOS DE INFRAESTRUTURA	57
4.1 DEFINIÇÃO DE RISCO	57
4.2 PANORAMA LEGAL E OS CASOS DE OMISSÃO DA LEI SOBRE A DIVISÃO DE RISCOS E CRITÉRIOS DE REEQUILÍBRIO CONTRATUAL	60
4.2.1 Lei nº 8.666 de 1993	61
4.2.2 Lei nº 8. 987 de 1995	63
4.2.3 Lei nº 11.079 de 2004	65

4.2.4 Lei nº 12.462 de 2011	67
4.3 ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCO: SUPERAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS	68
4.4 A MATRIZ DE RISCOS	71
4.5 O PAPEL DA MATRIZ DE RISCOS NOS EDITAIS E CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/PROJETOS DE INFRAESTRUTURA	75
6 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84
APÊNDICE	91

1 INTRODUÇÃO

A infraestrutura é entendida como um importante instrumento de desenvolvimento econômico nacional que se realiza, em regra, através dos diversos contratos firmados com a Administração Pública.

No que tange aos contratos administrativos, em especial os de longo prazo, um dos principais temas que os circundam é referente à proteção e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, o qual busca garantir aquilo que fora, inicialmente, pactuado. Nesse passo, não há dúvidas de que os litígios entre as partes, a respeito do direito (ou não) à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve-se à falha ou à completa ausência de uma alocação eficiente de riscos.

Perpassadas tais considerações, o presente trabalho buscará analisar o real papel da matriz de riscos como instrumento de combate à alocação ineficiente de riscos, analisando o seu desempenho, frente às mudanças iniciadas, sobretudo pela Lei nº 11.079 de 2004, a qual instituiu a parceria público-privada, como mais um instrumento de viabilizar projetos de infraestrutura. Para tanto, tal problemática será destrinchada em cinco capítulos, através de uma análise crítica do tema, perfazendo o caminho metodológico a seguir indicado.

A temática, pouco discutida no âmbito acadêmico, ganhou relevância a partir dos desdobramentos da prática da Lei de PPP's, do Regime Diferenciado de Contratações, da Lei das Estatais e do Novo projeto de Lei de Licitações, demonstrando a necessidade de utilização de um mecanismo de eficiente de alocação de riscos.

Inicialmente, como forma de introdução ao tema, tratar-se-á sobre o Direito da infraestrutura e uma breve análise da sua relação com o Estado. Após isso, tecer-se-ão considerações relevantes acerca de alguns dos instrumentos jurídicos de viabilizam os projetos de infraestrutura e as suas particularidades, a fim de evidenciar a importância dos projetos de infraestrutura perante a Administração Pública, e conseqüentemente, para toda a sociedade.

Posteriormente, serão tecidas considerações acerca das principais características das contratações públicas regidas pela lei nº 8.666 de 1993, destacando a importância da licitação e do princípio da vinculação ao edital, além das peculiaridades dos contratos administrativos, com ênfase às cláusulas exorbitantes e ao equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse esteio, serão abordados pontos-chaves que se relacionam com os casos de desequilíbrio contratual, como o caso fortuito e a força maior, além de teorias presentes no ordenamento jurídico que buscam resolver a questão, sobretudo, a teoria das áleas, cujo firmamento está sob o fato do príncipe, o fato da administração e a teoria da imprevisão.

Por fim, no último capítulo, resguardado o tema principal, serão abordadas as definições de riscos e de matriz de riscos, além dos casos de omissão das leis sobre a divisão de riscos e os critérios de reequilíbrio contratual através de um panorama legislativo.

Demonstrar-se-á, nesse contexto, o que se entende por “alocação eficiente de riscos”, além de analisar se a previsão da matriz de riscos no edital e no contrato administrativo garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou, ao menos, disponibiliza alternativas para a recomposição desse equilíbrio com a atribuição da responsabilidade a cada uma das partes contratantes.

Frisa-se que a parte final do último capítulo, cujo direcionamento não somente é a análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, mas também ao que dispõe a Lei das Estatais e o novo projeto de lei de licitações e contratos administrativos, se revela de extrema importância, eis que demonstra a pertinência de objetivos específicos que circundam esta pesquisa, servindo de espaço para um entendimento melhor da utilização prática da matriz de riscos.

Logo, tem-se que o objetivo deste trabalho não é atestar a real eficiência da matriz de riscos em si, mas sim discutir o seu papel como ferramenta apta a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública.

Neste sentido, a conclusão se revestirá de tudo que fora construído nesta pesquisa, consagrando os efeitos e consequências jurídicas advindos das mudanças trazidas com as leis anteriormente citadas, além de sintetizar algumas críticas que se demonstram necessárias para o aprimoramento da utilização da matriz de riscos.

Ressalta-se, por fim, que utilizou-se, no presente trabalho, o método de pesquisa dedutivo, o qual foi desenvolvido por Descartes, em que se analisam os conceitos básicos e as premissas maiores, até que se chegue às conclusões concernentes ao tema específico. Neste caso, traduz-se na compreensão acerca do papel da matriz de riscos nos editais e contratos de obras públicas/projetos de infraestrutura.

2. O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

A importância do Direito da infraestrutura como instrumento de desenvolvimento econômico nacional tornou-se um dos principais pilares das discussões que circundam o Direito Administrativo contemporâneo, mostrando-se essencial a abordagem do tema nesse capítulo.

Inicialmente, é necessário esclarecer em linhas breves, que desde os primórdios das antigas civilizações já havia a preocupação com estruturas que se faziam necessárias para a sobrevivência humana, ou seja, a ideia de infraestrutura era associada as construções que buscavam viabilizar as mais diversas necessidades humanas como, por exemplo, as edificações que tinham como finalidade a defesa de territórios, bem como as estruturas que visavam o aumento da produção da região.¹

Atualmente, percebe-se que a infraestrutura continua refletindo diretamente no desenvolvimento das atividades produtivas de uma sociedade e, conseqüentemente, de um país. Quando há necessidade, por exemplo, de se implantar sistemas de transportes terrestres e aéreos é através da infraestrutura que se pode pensar em estruturas portuárias, aeroportuárias, rodoviárias, ferroviárias, dentre inúmeras outras. Para além disto, ela também se mostra essencial nos assuntos de utilidade pública no geral, pois a construção de escolas públicas e hospitais públicos dependem de uma adequada infraestrutura.²

Diante deste cenário, o Direito da infraestrutura busca, através das suas transformações estruturais socioeconômicas uma melhoria dos padrões de vida dos cidadãos e um conseqüente desenvolvimento do país, proporcionando então a elevação do bem-estar social.³

Pode-se dizer que a grande parte da infraestrutura no atual cenário Brasileiro é concretizada a partir das inúmeras contratações firmadas entre o Estado e os

¹CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014, p.47.

²NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: ContraCorrente, 2015, p. 89-114. p. 90.

³*Ibidem*, p. 89-114. p. 91.

particulares, como será visto mais adiante. Logo, torna-se imprescindível o Estudo deste Direito para a melhor compreensão das formas de contratações públicas e os seus desafios atuais.

Esse capítulo se dedica, em primeiro lugar, a análise das questões gerais do Direito da infraestrutura, bem como, a sua relação com o Estado, buscando compreender o esforço legislativo para acompanhar a dinamicidade das contratações públicas. Posteriormente, serão analisados o conceito básico de infraestrutura e as formas de realização desse Direito.

2.1 BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E O ESTADO

Face à relação do Direito com o Estado e com a economia, em especial no que se refere às contratações públicas, faz-se necessário expor, de forma breve, de que maneira se deu a relação do Direito, em especial, do Direito Administrativo, com o Estado.

Há uma relação de interdependência entre os subsistemas sociais, quais sejam, o direito, o Estado e a economia. Apesar disto, é importante frisar que durante muito tempo a interpretação do Direito Administrativo Brasileiro esteve distante de preocupações econômicas, uma vez que o Direito era considerado um sistema normativo composto só por normas e raciocínios jurídicos, sem premissas econômicas.⁴

Todavia, como ratifica Egon Bockmann Moreira⁵, “O Direito Administrativo não mais se configura como um acanhado conjunto de normas, a estabelecer competências fixas e exaurientes, em campos de ação estáveis e predeterminados”. Portanto, para entender o atual cenário da infraestrutura, faz-se necessária uma breve análise como se deu a relação entre o Estado e o Direito da infraestrutura, nos últimos anos.

⁴MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.79-88. p .79.

⁵*Idem*, **O direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016, p.16.

Sabe-se que, no tempo anterior a década de 90, existiram, no ordenamento jurídico brasileiro, cartas constitucionais que fixavam o Estado como interventor e centralizador. Curioso é que, nesse ponto, tais constituições tinham variações mínimas e todas partiam da ideia central de autorizar e até mesmo exigir a intervenção do estado na economia.⁶

Todavia, na década de 80 houve a chamada 'crise de financiamento do Estado', onde ficou constatado que o Estado perdeu não só a sua capacidade de financiar diversos serviços públicos, mas também inúmeras obras de infraestrutura, trazendo a ideia de um Estado ineficiente.⁷

Nesse sentido, os países da América Latina, inclusive o Brasil, em especial nos anos 90, sofreram mudanças no tocante ao modelo de Estado, sobretudo ocorridas em razão da impossibilidade de se alcançar os objetivos esperados com os recursos disponíveis na máquina estatal e, nesse sentido, grandes modificações na administração pública começaram a ser pensadas buscando padrões de eficiência.⁸ Vale ressaltar que o princípio da eficiência foi incorporado ao caput do art. 37 da Constituição através da Emenda Constitucional nº 19/98.

Ressalta-se que, no Brasil, partir do ano de 1995, percebe-se um intenso ritmo de mudanças como, por exemplo, a promulgação de várias Emendas à Constituição de 1988 e abundante legislação infraconstitucional, havendo, em um período de menos de dez anos a criação de um novo cenário jurídico-econômico estatal que trouxe inovações na Constituição Econômica.⁹

Ainda nesse contexto, o Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, também identificou a necessidade de se compartilhar a gestão do espaço público com os

⁶Sobre o tema: "As Constituições que se seguiram à de 1934 confirmaram a ordenação jurídico-constitucional da economia (a "Constituição Econômica"), fixando o Estado como interventor e centralizador (especialmente a União e o governo federal²). Com maior ou menor grau, isso se deu nas Constituições de 1937, 1946, 1967 (e EC nº 1/1969) e na Carta de 1988. As variações foram ínfimas e antes diziam respeito ao titular do exercício do poder interventivo. A substância e a carga da ingerência estatal brasileira no domínio econômico foi intensificada ao longo do tempo." [MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016, p.18].

⁷ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio- junho-julho de 2005.p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>> Acesso em: 20 de ago. de 2018,p.1.

⁸NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**.1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.p.30

⁹MOREIRA, Egon Bockmann. op. cit., p.18.

setores da iniciativa privada, tratando-se de uma verdadeira mudança de paradigmas do Estado e da Administração Pública.¹⁰

Ademais, Marcos Nóbrega¹¹ ressalta mais um elemento a ser considerado:

um elemento importante é a chamada Reforma Administrativa promovida pela Emenda Constitucional no 19 de 1998. Essa emenda procura dar instrumentos ao administrador público para adotar critérios de gerenciamento voltados a práticas mais modernas, ensejando a utilização de parâmetros de eficiência.

Desta forma, com o objetivo de cumprir tais mudanças de paradigmas do Estado e da Administração Pública, o Estado deixa de ser prioritariamente intervencionista e passa a ser percebido cada vez mais como regulador de mercado, através do abandono de uma missão meramente de produtor de bens e serviços, passando a pensar através de uma estrutura de regulação.

Neste tocante, Egon Bockmann¹² explica:

Por mais que muitas vezes se pretenda atualmente tratá-lo por um “Estado Regulador”, ele permanece incidindo diretamente na esfera econômica, numa intensidade e extensão que subtrai razão às mudanças. Há uma constante (re)inserção do Estado na economia ativa e uma reiteração de condutas ainda mais agressivas aos conceitos clássicos de livre concorrência e livre mercado. Contraste criado pelo próprio Estado, que há muito deixou de apenas atuar nos limites admissíveis de um regime jurídico-constitucional que celebra a autonomia privada e a liberdade de iniciativa.

Contudo, faz-se mister salientar que, muito embora tenhamos caminhado por essa estrada de mudanças, mesmo após a chamada “desestatização” que ocorreu na década de 90, o Estado continuou em crise fiscal, não mais conseguindo financiar serviços públicos essenciais, havendo ainda mais frustração dos cidadãos e impedindo portanto, investimentos em infraestrutura e o consequente desenvolvimento econômico do país.¹³

Aos olhos de Alexandre Aragão, o grande problema é que para que a crise acima citada fosse, ao menos, mitigada, seria necessário o crescimento do País através da

¹⁰NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p.32.

¹¹*Ibidem*, p.34.

¹²MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016, p.22

¹³ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio- junho- julho de 2005.p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>> Acesso em: 20 de ago. de 2018, p.2.

ampliação e reforma da infraestrutura, todavia, percebeu-se que o Estado não tinha como arcar com o financiamento de tais investimentos sozinho.¹⁴

Ocorre que a mudança do modelo do Estado acaba por afetar diretamente as relações entre o Direito da infraestrutura e o Estado, tendo em vista que novos modelos de contratação foram criados para garantir a manutenção dos investimentos em infraestrutura, como serão analisados ainda neste capítulo.

Diante do exposto, conclui-se que o Direito da Infraestrutura está diretamente relacionado com o desenvolvimento econômico e com as relações firmadas com o Estado, passando a assumir uma feição transformadora na sociedade.

2.2 CONCEITO DE INFRAESTURURA

O tema 'infraestrutura' é tratado por diversas áreas das ciências exatas e humanas, quais sejam, a engenharia, a geografia, a história, a economia e o direito¹⁵. Sendo assim, conceituar "infraestrutura" é uma tarefa trabalhosa justamente porque ela possui diversos significados de acordo com cada área específica.¹⁶

Apesar da infraestrutura ser debatida por todas essas áreas do conhecimento humano acima citadas, o seu estudo como objeto específico é considerado recente, ocorrendo, sobretudo, com o final da Segunda Guerra mundial.¹⁷

Como explica a doutrina de André Castro Carvalho¹⁸, o conceito das ciências exatas e também sociais de infraestrutura, inicialmente, era relacionado com as infraestruturas necessárias para operar aparatos militares de defesa, tanto da primeira, como na segunda guerra mundial. Este conceito que a relacionava apenas com os fins militares evoluiu para tornar as infraestruturas como sendo necessárias para o desenvolvimento de um país.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio- junho- julho de 2005. p. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28> > Acesso em: 20 de ago. de 2018, p. 2.

¹⁵ CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2014. p. 47.

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸ *Ibidem*, p. 95.

No âmbito da ciência do Direito, a infraestrutura pode ser definida como “estruturas necessárias para o funcionamento da economia e da sociedade, não consistindo em um fim em si mesmo, mas em instrumentos para dar suporte ao desenvolvimento econômico e social [...]”.¹⁹

Na mesma linha, de acordo com Gilberto Bercovici²⁰, os investimentos em infraestrutura são direcionados à garantia de elementos fundamentais para o exercício das atividades essenciais da sociedade, sem os quais o seu desenvolvimento econômico não é possível. Então, em virtude da relevante função que exerce na sociedade, as contratações de infraestrutura demonstram-se complexas desde a sua concepção até a execução.

Ainda, para o referido autor²¹ “[...] qualquer ação no campo da infraestrutura, seja realizada diretamente pelo Estado ou por ele autorizada, tem como objetivo o atendimento de necessidades determinantes à realização das atividades econômicas essenciais ao conjunto da sociedade”.

A noção básica de infraestrutura, em geral, é vinculada essencialmente à exploração de um serviço público ou construção artificial de titularidade do Estado, pois, as decisões sobre infraestrutura são decisões políticas inseridas na estratégia estatal para promover o desenvolvimento.²²

Note-se, então, que tanto diante de uma intervenção direta do Estado quanto diante da participação da iniciativa privada no domínio econômico e prestação de serviços, deve-se ter por objetivo a realização do interesse público, de maneira eficiente, visando o atender os anseios e necessidades sociais.²³

¹⁹NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2011. p.55.

²⁰BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: ContraCorrente, 2015, p.17-26. p.21.

²¹ *Ibidem*, loc. cit.

²² *Ibidem*, p.17-26. p.22.

²³TORRES, Heleno Taveira. MELO, Suzana Soares. *Concessões de Serviços Públicos e PPPS: Aspectos financeiros e tributários*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: ContraCorrente, 2015, p.115-159. p.159.

2.3 INSTRUMENTOS PARA VIABILIZAR PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Por tudo que já foi dito até o presente momento, nota-se que, a ideia do Direito da infraestrutura foi analisada de maneira geral, no entanto, é necessário esclarecer que, atualmente, há diversos modelos para implementar projetos de infraestrutura no Direito Público brasileiro e, na maior parte das vezes, a escolha por um modelo de contratação para o caso concreto, reflete uma opção discricionária do Poder Público e, em regra, a escolha de se optar por um modelo e não por outro, não depende de uma discussão apenas jurídica, decorrendo também de avaliações econômicas e de políticas públicas.²⁴

Portanto, há alguns principais modelos jurídicos que podem, em regra, ser utilizados para implantar um projeto de infraestrutura, quais sejam, o regime da Lei nº 8.666/93, o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, as Concessões de Serviços Públicos em geral, as Parcerias Público – Privadas e os Consórcios Públicos.²⁵

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, no entanto, é preciso ressaltar que, embora haja diversos modelos jurídicos que possibilitam a realização de projetos de infraestrutura, para fins didáticos, esta pesquisa considera necessário expor apenas alguns deles, como: o Regime Diferenciado de Contratação, o Contrato de Obra Pública, as Parcerias Público- Privadas e o Regime Geral de Contratação, regido pela lei nº 8.666 de 1993. Os primeiros serão analisados ainda neste capítulo, no entanto o último, será analisado em capítulo específico.

²⁴CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017, p. 3 et eq. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-publico-e-infraestrutura_58edb4c3e2580.pdf> Acesso em: 10 de out. de 2018.

2.3.1 Parcerias Público- Privadas

A relevância de se discutir a dinâmica das parcerias público- privadas se faz diante da sua crescente utilização no cenário das contratações brasileiras desde a sua instituição através da Lei nº 11.079 de 2004. A parceria público- privada, também é conhecida pela sigla “PPP”, por ser uma espécie de Concessão de Serviços Públicos, vem sendo denominada como “contrato de concessão especial de serviços públicos” afinal, ela segue a regra geral aplicada à Concessão, no entanto, detém algumas particularidades que serão analisadas.²⁶

A lei nº 8.987 de 1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. A referida lei distinguiu duas modalidades do instituto da concessão, quais sejam: a concessão de serviço público simples e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. Entretanto, ambas são formas de delegação negocial. A primeira é o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários.”²⁷ A segunda, pode ser conceituada como “ contrato administrativo através do qual o poder público ajusta com pessoa jurídica [...] a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo.”²⁸

Desse modo, como explica o autor Vitor Schirato,²⁹ é comum analisar as PPP's como uma maneira de engajamento dos particulares em atividades públicas que não são passíveis de delegação no âmbito da Lei de Concessões, “seja porque se referem a serviços públicos demandantes de algum subsídio estatal (concessões patrocinadas), seja porque se referem a atividades públicas não passíveis de qualificação como serviços públicos (concessões administrativas)”.

²⁶CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.452.

²⁷*Ibidem*, p.392.

²⁸*Ibidem*, loc. cit.

²⁹SCHIRATO, Vitor Rhein. As Parcerias Público-Privadas e Políticas Públicas de Infraestrutura. In. JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords) **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.73-97. p.74.

A concessão patrocinada consiste em uma espécie de parceria público-privada. Trata-se, como dispõe o §1º do artigo 2º da Lei nº 11.079/04³⁰, de concessão de obras ou serviços públicos que trata a lei nº 8.987/95, no entanto, envolve uma contraprestação pecuniária do Estado ao particular, adicionalmente à tarifa cobrada do usuário.

O autor José dos Santos Carvalho Filho³¹ conceitua as Parcerias Público-Privadas como “acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços Públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado [...]”.

Dentro de uma análise histórica³², sabe-se que houve mudanças significativas no âmbito das relações do Estado e, conseqüentemente, influenciaram no Direito Administrativo e, em especial, no Direito da infraestrutura.

Nesse sentido, as parcerias público-privadas surgem tanto diante dos gargalos de infraestrutura, os quais impediam o crescimento do país e conseqüente melhora de situação de crise fiscal do Estado, como da existência de inúmeras necessidades coletivas envolvendo infraestrutura, não autossustentáveis financeiramente, em um cenário que o Estado não tinha condição de financia-las sozinho.³³

Neste desiderato, podemos citar também a chamada “reforma legislativa do direito administrativo brasileiro” que se iniciou com a Lei Geral das Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987 de 1995), passando por leis de desmonopolização com a justificativa de permitir o avanço da retirada do Estado do desempenho de certas atividades de forma direta, aumentando também a relação de particulares na realização de atividades de interesse público.³⁴

³⁰ BRASIL, **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 06 de set. de 2018.

³¹CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.p. 453.

³²Verificar o tópico 2.1 deste trabalho monográfico.

³³ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio- junho-julho de 2005.p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>> Acesso em: 20 de ago. de 2018,p.2

³⁴SCHIRATO, Vitor Rhein. As Parcerias Público-Privadas e Políticas Públicas de Infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords) **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.73-97.p.74.

Nesta senda, seria possível então colocar as Parcerias Público Privadas como uma verdadeira continuidade da reforma legislativa acima citada, tendo em vista que a Lei nº 11.079 entrou em vigor em 2004 proporcionou grandes avanços ao ordenamento jurídico Brasileiro pois, apesar de divergências, é considerada, em regra, um instrumento valioso na construção e ampliação da infraestrutura.³⁵

Além disso, dentre os grandes benefícios da Lei das parcerias público-privadas está a previsão de divisão dos riscos do empreendimento entre o particular e a Administração Pública, aumentando, desse modo, a atratividade dos projetos para a iniciativa privada, uma vez que esta não assume todos os riscos inerentes ao projeto. Este tema será melhor abordado no capítulo 4 do presente trabalho.³⁶

Por conseguinte, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Alexandre Aragão³⁷: “as parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de Estado e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condições de arcar individualmente”.

2.3.2 O Regime Diferenciado de Contratação

Antes de adentrar nas particularidades do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) propriamente dito, é de suma importância compreender não só qual foi o seu contexto de criação, mas também quais foram os principais motivos que culminaram na busca de um regime diferenciado.

O processo licitatório brasileiro é divulgado por grande parte da doutrina do Direito Administrativo como ineficiente e inapto para produzir os efeitos almejados pela

³⁵SCHIRATO, Vitor Rhein. As Parcerias Público-Privadas e Políticas Públicas de Infraestrutura. In. JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords) **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.73-97.p.75.

³⁶ALBUQUERQUE, Guilherme da Rocha. GONÇALVES, Edson Daniel Lopes. **Repartição de Riscos em Parcerias Público-Privadas: Um modelo para valoração quantitativa de garantias em projetos de saneamento**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – FGV CERI. Disponível em: <http://ceri.fgv.br/sites/ceri.fgv.br/files/arquivos/reparticao_de_riscos_em_parcerias_publico-privadas.pdf> Acesso em: 07 de set. de 2018. p.7.

³⁷ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio- junho- julho de 2005.p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>> Acesso em: 20 de ago. de 2018,p.2.

sociedade. Nesta senda, a lei nº 8.666/93 é alvo da maior parte das críticas feitas ao sistema licitatório brasileiro, sendo considerada extremamente formalista e ultrapassada, o que, de certa forma, termina corroborando com uma desnecessária burocracia.³⁸

Dito isto, é interessante notar que alguns diplomas legais foram editados na busca pelo aperfeiçoamento do sistema licitatório como, por exemplo, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a lei nº 12.462/2011, instituindo um Regime Diferenciado de Contratação.³⁹

O Regime Diferenciado de Contratação é um modelo de licitação que teve a sua ideia iniciada pela Medida Provisória nº 527/11 que resultou na sua instituição através da Lei nº 12.462/11.⁴⁰

Inicialmente, o RDC era pautado na relevância e urgência, em razão da proximidade temporal dos eventos esportivos a serem realizados no Brasil como a Copa das Confederações, os Jogos Olímpicos e a Copa do mundo. Posteriormente, foi ampliado para diversas outras diretrizes como, por exemplo, obras de infraestrutura e os serviços necessários para os aeroportos, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, entre outras inúmeras ampliações.⁴¹

Desta forma, diante do exposto acima, o Brasil assumiu a responsabilidade pela organização de megaeventos, a exemplos daqueles realizados em estádios olímpicos, mas também se responsabilizou por toda infraestrutura básica necessária como, por exemplo, segurança pública, saneamento básico, revitalização urbana, entre outros. Desse modo, percebeu-se que com o excesso de burocracia da lei nº 8.666/93, bem como os altos custos dos processos licitatórios e também a falta de celeridade e aptidão destes para produzir boas contratações, à Administração Pública, seria inviável a realização e contratações de serviços essenciais aos eventos cuja sede seria o Brasil.⁴²

³⁸PEIXOTO, Geovane De Mori. A Utilização de Mecanismos do RDC como evolução do sistema licitatório pátrio. **Teses da Faculdade Baiana De Direito**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. V.5 ,2013. p. 93 et seq.

³⁹*Ibidem*, p.96.

⁴⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p 458.

⁴¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.307.

⁴²PEIXOTO, Geovane De Mori. op. cit., p.97.

Logo, frente aos resultados práticos insatisfatórios obtidos diante da utilização do modelo vigente, seria necessário pensar no aprimoramento do sistema licitatório de contratações afim de se respeitar um dos mais importantes princípios do Direito Administrativo neoconstitucional, qual seja, o princípio da eficiência, que busca obter resultados eficientes. Sendo assim, na persecução do aperfeiçoamento do sistema licitatório, o RDC se reflete na verdadeira intenção de se obter resultados diferenciados que não eram realizados de forma satisfatória na aplicação de regimes anteriores.⁴³

Da mesma maneira que as demais licitações, o procedimento do Regime Diferenciado de Contratação também se subdivide em duas fases, a fase interna e a fase externa. A fase externa se inicia com a publicação do edital.⁴⁴

Observando o artigo 12⁴⁵ da Lei nº12.462/12 percebe-se que ao mostrar as fases do procedimento do RDC, a fase de habilitação é posterior à fase de julgamento, sendo esta uma tendência que vem se verificando em busca de uma maior celeridade e da já citada “desburocratização do certame”.⁴⁶ Vale ressaltar ainda que a Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, em seu parágrafo único, permite que a fase de habilitação anteceda à fase de julgamento mediante ato motivado e desde que expressamente previsto no instrumento convocatório, assemelhando-se muito ao procedimento do pregão, pois, além da inversão de fases, o Regime Diferenciado de Contratação também estabelece um momento único para apresentação de recursos.

⁴³PEIXOTO, Geovane De Mori. A Utilização de Mecanismos do RDC como evolução do sistema licitatório pátrio. **Teses da Faculdade Baiana De Direito**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. V.5 ,2013. p.98.

⁴⁴MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.358.

⁴⁵Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V – habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento. Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

⁴⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.308

Resta-nos apreciar a contratação integrada, a qual, de acordo com o artigo 9º da Lei 12.462/11, serve para a execução de obras e serviços de engenharia, desde que técnica e economicamente justificada a escolha.⁴⁷

De acordo com a referida lei do RDC, contratação integrada compreende a “elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.”⁴⁸

Logo, a contratação integrada, nas palavras de André Guskow Cardoso⁴⁹, “é utilizada nos casos de objetos complexos, em que se atribui ao particular a possibilidade de conceber as soluções técnicas e metodologias que repute adequadas para o desenvolvimento do seu objeto (obras ou serviços de engenharia).”

O modelo da contratação integrada é inspirado nas experiências internacionais, que são o chamado “EPC - Engineering Procurement Construction”, inclusive, este tipo contratual também é chamado de modelo “Turn Key”, sendo esta uma expressão do direito norte americano, significando que o contratado já implementa a construção da obra em todas as etapas e em pleno funcionamento. Sendo assim, a empresa tem a possibilidade de elaborar o projeto básico da licitação.⁵⁰

Sob essa perspectiva, é válido ressaltar que para o Tribunal de Contas da União, a contratação integrada trata-se de uma forma excepcional de contratação de obras e

⁴⁷MONTEIRO, Vera. Contratação Integrada na Visão do TCU. In: MERCATO, Fernando S. PINTO JUNIOR. Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.99-146. p.103.

⁴⁸VALIM, Rafael. Reflexões sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coords.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**.1. ed. São Paulo: Contracorrente,2015. p.161-175.p.166.

⁴⁹CARDOSO, André Guskow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**.1.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281. p.264.

⁵⁰QUAIS SÃO OS 3 PONTOS POLÊMICOS DO RDC? IRENE NOHARA | # 5. Produzido por: Irene Nohara. Publicado em: 24 de jan. de 2018, Duração: 6 min e 26 segundos. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2uBCExdPEWs>> Acesso em: 24 de set. de 2018.

serviços de engenharia, mesmo porque a escolha pela contratação integrada não é livre.⁵¹

Devido às mencionadas e peculiares características da contratação integrada, levanta-se o questionamento aspecto da alteração contratual: de acordo com a Lei nº 12.462/2011 há a possibilidade de modificações contratuais?

Segundo o autor Rafael Valim⁵², a Lei do RDC, primeiramente, impõe uma proibição dos chamados “termos aditivos” nos contratos celebrados sob o regime de contratação integrada, todavia, em seguida, permite a alteração contratual em caráter excepcional para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que decorra de caso fortuito e força maior ou, quando por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites da lei.⁵³

Em outras palavras, a incumbência de elaborar o projeto básico confere maiores responsabilidades à contratada. Desse modo, as eventuais alterações que tenham que ser feitas devido às falhas no projeto básico que a contratada definiu, serão de responsabilidade dela.⁵⁴

Todavia, como esclarece Jacintho Câmara⁵⁵, “a transferência de risco, contudo, não é absoluta. Como se percebe, a ressalva quanto à possibilidade de reequilíbrio do contrato atinge apenas as alterações de projetos decorrentes de erros ou omissões da contratada.”

Ademais, é imperioso salientar, que a jurisprudência vem entendendo o Regime Diferenciado de Contratação como um avanço no âmbito dos regimes licitatórios

⁵¹MONTEIRO, Vera. Contratação Integrada na Visão do TCU. In: MERCATO, Fernando S. PINTO JUNIOR. Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.99-146. p.113.

⁵²VALIM, Rafael. Reflexões sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coords.) **Elementos de Direito da Infraestrutura**.1. ed. São Paulo: Contracorrente,2015. p.161-175. p.171.

⁵³Sobre o tema, devem ser observados os limites previstos no parágrafo 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, quais sejam: § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁵⁴CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações Públicas para Projetos de Infraestrutura. In: MERCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR. Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p 59-91.p.75.

⁵⁵*Ibidem*, p 59-91.p.76.

brasileiros, dispondo o Ministro Valmir Campelo, do Tribunal de Contas da União “[...] entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade [...]” (TCU, Acórdão nº 3.11/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. 08.11.2012).⁵⁶

Conforme anteriormente elucidado, houve a ampliação da utilização do Regime Diferenciado de Contratação para além dos megaeventos esportivos e, neste sentido, José Dos Santos Carvalho Filho, entende que esta ampliação faz parecer que o sistema dessa nova lei vai no sentido de se tornar, talvez, o regime geral, diante dos objetivos que preconiza.⁵⁷

Egon Bockmann e Fernando Vernalha⁵⁸ entendem que “o RDC é norma geral-especial, pois configura, ao mesmo tempo, uma norma geral de licitações públicas e uma norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas”.

Por isto, discorda-se do entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹ quando afirma que:

[...] dita lei não pode ter a pretensão de reger licitações e contratos efetuados por Estados, Distrito Federal e Municípios, porque, como bem observou, argutamente, Maurício Zockun, não se trata de “norma geral”, prevista no art. 22, XXI, da Constituição, mas, pelo contrário, de norma de muita especificidade; logo, a competência da União não interrompe na matéria, pelo que, a Lei 12.462 só poderia valer para a esfera federal [...]

O que se percebe, nesta pesquisa, é que opiniões como a de Celso Antônio Bandeira de Mello entendem como uma verdadeira exclusão da lei instituidora do RDC e a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Geovane De Mori Peixoto⁶⁰ entende que a Lei instituidora do RDC possui a mesma hierarquia que a Lei 8.666/93 e deve ser interpretada como mais uma lei que, assim

⁵⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.11/2012. TC 017.603/2012-9. Rel. Min. Valmir Campelo. 08 de Novembro de 2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5443876&codPapelTramitavel=49362936> Acesso em: 29 de set. de 2018.

⁵⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.308.

⁵⁸MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.39.

⁵⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.684.

⁶⁰PEIXOTO, Geovane De Mori. A Utilização de Mecanismos do RDC como evolução do sistema licitatório pátrio. **Teses da Faculdade Baiana De Direito**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. V.5 ,2013. p.109 et seq.

como a lei que instituiu o pregão, consiste um sistema harmônico, sendo uma lei que apesar de especial, pode ser aplicada por todos os entes da Federação, tratando-se de uma lei nacional, não havendo assim nenhum obstáculo jurídico constitucional à adoção do RDC como regra geral de licitação.

2.3.3 Contratos de Obras Públicas

O contrato de obra pública é uma das espécies das contratações gerais que se baseia na lei 8.666 de 1993 (lei geral de licitações e contratos administrativos) e, conseqüentemente, é um dos instrumentos que viabilizam a infraestrutura no âmbito nacional. Destaca-se, no entanto, que não se busca, neste tópico, esgotar a análise de todos os pormenores do instituto dos contratos administrativos, tendo em vista que serão analisados no próximo capítulo.

De acordo com as Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas⁶¹, “obra pública” é considerada como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público”.

A obra pública, conforme Hely Lopes Mierelles⁶², pode ser classificada em quatro modalidades de empreendimento, quais sejam: empreendimentos de utilidade pública (pontes, portos, aeroportos, obras de saneamento, usinas hidrelétricas, etc.); equipamento urbano (praças, estádios, calçamento, viadutos, túneis); equipamento administrativo (aparelhamento para o serviço público em geral) e edifícios públicos (escolas, hospitais, repartições públicas, etc.). Todavia, o contrato administrativo só será de obra pública se, como diz as recomendações básicas para a Contratação e fiscalização de obras de edificações públicas do TCU, objetiva uma construção, reforma ou ampliação de imóvel.

No que se refere ao regime de execução, a obra pública pode ser realizada de forma direta, pela própria entidade da Administração ou por órgão público próprio, ou de

⁶¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas**. Brasília :TCU, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/2684759.PDF> Acesso em: 04 de Set. de 2018.p.9.

⁶²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo. Malheiros Editores. p.269.

forma indireta, quando a obra é contratada e realizada através de terceiro, por meio de licitação.⁶³

Há modalidades de execução indireta de obra, quais sejam, a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário e a empreitada integral. Na empreitada por preço global, contrata-se a execução da obra por preço total e certo, sob o risco e a responsabilidade do contratado, com exceção dos casos de desequilíbrio contratual derivados de atos e fatos estranhos a ele. Por outro lado, a empreitada por preço unitário é aquela em que se contrata a execução por preço certo de unidades determinadas.⁶⁴

Neste ponto, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pinto de Campos⁶⁵ explicam que “para cada unidade de obra executada, há um valor correspondente à remuneração do contratado, cuja estipulação dependerá do tipo de obra em questão e das técnicas de engenharia adotadas na sua execução.”

A empreitada integral, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ocorre quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, incluindo todas as etapas das obras, instalações necessárias e serviços, sob total responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação.⁶⁶

O legislador estabeleceu algumas condições a serem observadas, em especial pelos órgãos públicos. A primeira condição é a existência de um projeto básico, que é justamente a definição prévia da obra a ser contratada, no qual a Administração Pública, antes das providências necessárias à contratação, deve detalhar o projeto da obra, indicando os motivos que levaram à sua realização, além do tempo que a obra deve durar, assim como a previsão de gastos, dentre outros elementos delineadores.⁶⁷

⁶³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas**. Brasília :TCU, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/2684759.PDF> Acesso em: 04 de Set. de 2018.p.9.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores,2015. p.720.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto. Contratos Administrativos de Obras e o Problema da sua alteração. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 24, novembro-dezembro-janeiro de 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=506>> Acesso em: 09 de out. de 2018.p. 2.

⁶⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.379.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.p.189.

As recomendações básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas do Tribunal de Contas da União⁶⁸ demonstram que:

O projeto básico é o elemento mais importante na execução de obra pública. Falhas em sua definição ou constituição podem dificultar a obtenção do resultado almejado pela Administração. O projeto básico deve ser elaborado anteriormente à licitação e receber a aprovação formal da autoridade competente⁴. Ele deve abranger toda a obra e possuir os requisitos estabelecidos pela Lei das Licitações⁵: • possuir os elementos necessários e suficientes para definir e caracterizar o objeto a ser contratado; • ter nível de precisão adequado; • ser elaborado com base nos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; • possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos executivos e do prazo de execução.

Contudo, vale dizer que a elaboração do projeto básico se dá de modo estimativo, pela Administração Pública, sendo um documento que não concretiza um modelo acabado, a ser meramente reproduzido durante a execução. Ainda, é frequente que o projeto básico passe por exame de compatibilidade com as reais condições do campo.⁶⁹

Assim, a contratação da obra pública deverá ser precedida de licitação, com exceção de determinadas situações em que a legislação expressamente traz como os casos de dispensa de licitação.⁷⁰ Ainda, exige-se que, antes mesmo da licitação, o projeto básico já esteja aprovado pela autoridade competente.

Há previsão também do projeto executivo, sendo, nas palavras de José Dos Santos Carvalho Filho⁷¹ “instrumento que indica os elementos necessários à execução completa da obra. Embora já seja mais pertinente à fase de execução, trata-se também de condição necessária à consecução regular do contrato.”

No que se refere à responsabilidade pela obra, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o contratado é responsável pelos danos que causar à Administração

⁶⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas**. Brasília:TCU, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/2684759.PDF> Acesso em: 08 de Set. de 2018.p.13.

⁶⁹SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto. Contratos Administrativos de Obras e o Problema da sua alteração. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 24, novembro-dezembro-janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=506> Acesso em: 09 de out. de 2018.p. 2.

⁷⁰PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

⁷¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.p.188.

Pública ou pelos danos que causar à terceiros, quando houver culpa ou dolo na execução do contrato, não lhe valendo de atenuante a fiscalização que sofre. ⁷²

Neste ponto, para o autor, os danos que a obra causar a terceiros, que ocorrerem durante a execução da obra e que descendam de culpa ou dolo do contratado, por este deverão ser acobertados. Assim, somente de modo subsidiário, recairá a responsabilidade pública, com a justificativa de que mesmo não tendo produzido o dano, se o causador não detém mais recursos econômicos, aquele que ordenou a execução da obra, deverá acorrer. ⁷³

Nos casos em que os danos a terceiros não sejam provenientes de conduta dolosa ou culposa do contratado, porém são inerentes à obra, a responsabilidade, de acordo com o artigo 37, parágrafo 6º da CF, será objetiva do poder público. No mesmo sentido, se os danos ocorrerem após a entrega da obra, a responsabilidade por danos a terceiros que dela decorram será do próprio estado, também com base no referido artigo 37 da CF. ⁷⁴

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.724.

⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

3. NOÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como exposto no item 2.3, a infraestrutura poderá ser realizada através de diversos modelos jurídicos de contratação. Alguns desses modelos já foram explorados no capítulo anterior, todavia, faz-se necessário abordar, de forma pormenorizada o modelo geral de contratações públicas, regido pela lei nº 8.666 de 1993.

Substanciais discussões são promovidas em torno do Direito Administrativo e, em especial, da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que trazem consequências e contornos de importante relevância no ordenamento jurídico brasileiro, afetando significativamente a Administração Pública e os particulares que contratam com o poder público, mostrando-se necessário o tema ser abordado.

Neste capítulo tratar-se-á, então, sobre o conceito de licitação e será exposta uma breve explicação de um dos principais princípios que norteiam a licitação (princípio da vinculação ao edital) através das inúmeras interpretações doutrinárias.

Posteriormente, ver-se-ão o conceito e uma breve explanação sobre os Contratos Administrativos e as suas particularidades. Também será abordada a questão do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos Administrativos pois, se demonstra essencial para um melhor desenvolvimento do presente trabalho.

3.1 A LICITAÇÃO E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

No Direito Administrativo brasileiro, o tema das licitações é um dos mais abordados e tradicionais, despertando paixões com os que com ele lidam no seu cotidiano, pois, dificilmente, se mantém inertes ou indiferentes ao seu conteúdo. Assim, a Lei nº 8.666 de 1993, conhecida como a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, com certeza, faz parte do cerne desse debate.⁷⁵

⁷⁵ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 17.

O procedimento licitatório é de fundamental importância para a economia nacional, todavia, em muitos casos, é visto como um momento de confrontação entre o interesse público e o interesse privado.⁷⁶

O Estado adquire grande parte dos bens e serviços através de contratos com fornecedores e, como se sabe, em regra, as contratações são precedidas de licitação. Dessa maneira, a Administração Pública tem que avaliar qual a melhor proposta, ou seja, o melhor custo benefício, dando igual oportunidade aos diversos interessados na prestação do serviço ou fornecimento de bens.⁷⁷

Hely Lopes Meirelles conceitua licitação como “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato do seu interesse”.⁷⁸

Neste sentido, ao falar em “procedimento administrativo”, pode-se entender como um conjunto de atos preparatórios do ato final que a Administração Pública objetiva, sendo a licitação, justamente, um procedimento que exige essa sucessão de atos da Administração e atos do próprio licitante.⁷⁹

Assim, percebe-se que o principal objetivo da licitação é garantir à Administração Pública, através de um certame isonômico entre os interessados, a seleção objetiva da proposta mais vantajosa para a contratação pública, presumindo, através dos requisitos do edital e das propostas dos demais concorrentes, que o vencedor do procedimento executará o objeto do contrato com maior eficiência contratual.⁸⁰

Desta forma, o procedimento licitatório visa estimular a competição entre os potenciais particulares interessados, de modo que todos os participantes devem ter acesso à mesma qualidade e quantidade das informações que serão disponibilizadas pelo contratante, de forma a fomentar a chamada “eficiência

⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a Negociação Pré- Contratual: A Necessidade do Diálogo Público- Privado. **Revista de Contratos Públicos**. v. 2. set. 2012/fev. 2013, Belo Horizonte: Fórum, p 113-138. p.114.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**.2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.28

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e Contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.105. jul./set. 1971. p.14-34. p.16.

⁷⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.460.

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.30.

gerencial”, com o intuito de fornecer os serviços e obras de alta qualidade e baixo preço.⁸¹

De acordo com as clássicas lições de Marçal Justen Filho⁸², a licitação é: “[...] procedimento orientado a fixar critérios objetivos para disciplinar a competição entre os interessados na contratação pública, eliminando a seleção fundada em preferências arbitrárias ou em critérios subjetivos.”

Não obstante, o fundamento constitucional da licitação reside no artigo 37, XXI da Constituição Federal que dispõe sobre normas gerais de licitações referentes às obras e serviços dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e também em seu artigo 175 que demonstra que as concessões e permissões também serão precedidas de licitação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁸³, “[...] a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos [...].”

Sendo assim, a licitação tem fundamento em algumas leis, em especial na lei nº 8.666/93, que é a Lei Geral de Licitações de Contratos, na lei nº 10.520/2002, conhecida como a Lei do Pregão e a lei nº 12.462/2011, lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação. Além das leis já citadas, a licitação também se funda no edital e na carta convite, ambos são espécies de “instrumento convocatório”.

A estrutura do procedimento licitatório apresenta uma etapa interna, que se limita apenas a preparar a licitação através de atos voltados ao planejamento e elaboração da documentação necessária e uma etapa externa que é onde se procede a licitação propriamente dita, com a divulgação do edital até a adjudicação do contrato administrativo.⁸⁴

No edital se preveem os critérios objetivos que serão utilizados na seleção e julgamento dos licitantes, ou seja, o edital será o instrumento de divulgação pública

⁸¹MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.31.

⁸²JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.107.

⁸³MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Pressupostos da Licitação. In: VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Licitações e Contratos Administrativos: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.123.

⁸⁴MOREIRA, Egon Bockamann. op. cit., p.139 et seq.

da licitação que contém regras fundamentais da licitação e detalha as regras e exigências que serão adotadas aos interessados, retratando o exercício do poder discricionário da Administração Pública.⁸⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁶ define o edital como: “o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.”

Consoante destaca Marçal Justen Filho:⁸⁷

O estrito cumprimento ao procedimento e às regras contidas no ato convocatório é um dever para a Administração, cuja observância pode ser exigida pelos licitantes. Como o ato convocatório estabelece regras de conduta para a Administração, isso produz efeitos reflexos para os licitantes. Permite-lhes prever a conduta futura dos agentes da Administração e, desse modo, orientar as decisões a adotar. Se fosse dado a Administração ignorar as regras contidas no ato convocatório, os particulares ficariam em situação de insegurança. Existe para os licitantes o direito público subjetivo de exigir o cumprimento do disposto no ato convocatório.

Sendo assim, fica claro que de um lado a Administração Pública deve respeitar o edital, não podendo no curso do processo licitatório alterar às suas disposições e, de outro lado, os licitantes deverão preencher os requisitos do edital para que possam participar do processo licitatório.

Pode-se dizer que o edital desempenha algumas funções, quais sejam, identificar o objeto licitado e delimitar o universo das propostas; estabelecer critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas; regular atos e termos processuais do procedimento; dar publicidade à licitação e fixar cláusulas do futuro contrato.⁸⁸

Ou seja, edital é composto por vários núcleos fundamentais e, dentre eles, o núcleo da previsão das cláusulas do futuro contrato a ser celebrado.

O artigo 40⁸⁹ da Lei nº 8.666 de 1993 indica tudo que deverá constar no edital, obrigatoriamente. Todavia, o edital poderá conter também anexos⁹⁰, que objetivam

⁸⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.834.

⁸⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.601.

⁸⁷JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.834.

⁸⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira. op. cit. p.601.

⁸⁹ Art. 40. O edital conterà 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

estabelecer informações, regras complementares, parâmetros técnicos e assim por diante, visando tornar mais precisos o objetivo e as condições da execução do futuro contrato.

A despeito das considerações feitas acerca da licitação e, em especial, da importância do instrumento convocatório, faz-se necessário realizar uma análise do princípio da vinculação ao edital. Assim, necessário esclarecer, que a licitação, além dos princípios genéricos constitucionais do Direito Administrativo, é regida e submete-se aos princípios jurídicos específicos.⁹¹

Os princípios, justamente por traduzirem valores, não apresentam natureza absoluta, no entanto, eles são normas orientadas a manter os inúmeros e diferentes aspectos da dignidade da pessoa humana, conjugando os diversos interesses e valores de forma a realiza-los de forma satisfatória.⁹²

Um dos princípios mais importantes da licitação é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório pois, como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹³, a essencialidade do princípio está no fato de que a desobediência gera nulidade do procedimento licitatório.

José dos Santos Carvalho Filho⁹⁴ também explica a importância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório: “o princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de

como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara; II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação; III - sanções para o caso de inadimplemento; IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido; VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas; VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais; [...]

⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que: “Constituem anexos do edital e dele fazem parte integrante: (I) o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas especificações e complementos; (II) orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custo unitários; (III) minuta do contrato a ser firmado; e (IV) especificações complementares (art. 40, §2º).”[MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores,2015. p. 602.]

⁹¹PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 274.

⁹²JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.108.

⁹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p.425

⁹⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.253.

juízo, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração”.

A licitação deve ser planejada através da racionalidade, ou seja, não deve se aproveitar editais de licitações anteriores. É necessário que o edital contenha requisitos úteis e que sejam, de fato, necessários, claros e explícitos acerca das exigências necessárias e poderá conter anexos destinados a estabelecer alguma regra complementar para tornar mais específicos e precisos o objeto e as condições da futura contratação.⁹⁵

Marçal Justen Filho entende que grande parte dos problemas envolvendo licitações é decorrente de uma equivocada elaboração do edital e considera que os erros da elaboração dos editais constituem fatores extremamente prejudiciais que terminam por desenvolver conflitos intermináveis.⁹⁶

É justamente este ponto que interessa ao objeto central do presente trabalho, pois compreende o edital como uma importante base para a futura contratação. Afinal, conforme anteriormente elucidado, de acordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as partes estão obrigadas a cumprir o que está disposto no edital.

3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos estão presentes em nosso cotidiano, principalmente os contratos de longo prazo. São eles que possibilitam a disposição no nosso atual cenário de aeroportos; ferrovias; rodovias; transportes públicos; infraestrutura; hospitais, entre outros bens e serviços cujo fornecimento/prestação foi outorgado pelo Estado aos particulares, através de contratos administrativos.⁹⁷

Percebe-se que na sociedade pluralista, como a que nós vivemos, há a chamada pluralização do interesse público e assim, uma maior complexidade nas situações

⁹⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.835 et seq.

⁹⁶*Ibidem*, p. 835.

⁹⁷MOREIRA, Egon Bockamann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica De Seu Equilíbrio Econômico-financeiro. *In*: MOREIRA, Egon Bockamann (Coord.). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016, p.81 – 88. p.81.

que envolvem o Estado, que busca novas formas de arranjos contratuais, tornando, por decorrência lógica, um aumento da complexidade no âmbito dos contratos administrativos.⁹⁸

Assim, para entender o objetivo desta pesquisa, faz-se necessário compreender o conceito e as principais características e especificidades dos contratos administrativos, inclusive, para analisar quais os aspectos que ensejam os maiores litígios jurídicos entre as partes.

Conforme destaca Fernando Dias Menezes de Almeida⁹⁹, “a doutrina administrativista brasileira¹⁰⁰ em regra aponta, sem hesitação, ter sido o Direito administrativo pátrio influenciado significativamente pelo Direito francês, não apenas no tocante à modelagem institucional, mas também no aspecto doutrinário”. Neste desiderato, por circunstâncias históricas, os Contratos Administrativos também sofreram influência do Direito Francês, afinal, foi a doutrina francesa que desenvolveu a Teoria do Contrato Administrativo.¹⁰¹

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰² demonstra que tradicionalmente entende-se por contrato “a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas”.

O Contrato Administrativo é gênero que abarca algumas espécies. “A expressão Contratos Administrativos é utilizada em sentido amplo para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado.”¹⁰³

⁹⁸FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. Administração Contratual, Nova Contratualidade Administrativa e Contratos de Parcerias: Breves Considerações Acerca de Alguns Conceitos que Integram uma Nova Terminologia Trazida Pela Doutrina Administrativista Contemporânea. **Interfaces Científicas De Direito**. Aracaju.v.3, n.1 out. 2014, p.47-62. p.50. Disponível em < <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1767/1029>> Acesso em: 02 jun. 2018.

⁹⁹MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. 1.ed. São Paulo. Quartier Latin. 2012, p.43.

¹⁰⁰Fernando Dias Menezes de Almeida elenca os doutrinadores administrativista que entendem nesse sentido, quais sejam: Edmir Netto de ARAÚJO (2010); Marya Sylvia Zanella DI PIETRO (2010); Odete MEDUAR (2010); Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (2007); José CRETELLA JÚNIOR (2002); Caio TÁCITO (1997) [*Ibidem*, loc. cit.].

¹⁰¹MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores,2015. p.634.

¹⁰²*Ibidem*, p.632.

¹⁰³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.295.

Hely Lopes Meirelles entende que a teoria geral do contrato é igual tanto para os contratos públicos como para os contratos privados pois, mesmo o contrato sendo típico do direito privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua forma originária, que seriam os contratos privados efetuados pela Administração Pública ou, com as adaptações úteis ao direito público.¹⁰⁴

Ainda, para o autor acima citado,¹⁰⁵ o Contrato Administrativo é “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

José Anacleto Abduch Santos ¹⁰⁶entende que o Contrato Administrativo é uma espécie do gênero contrato. Sendo assim, também é um acordo de vontades destinado à criação, modificação e extinção de direitos, todavia, com contornos jurídicos diferentes dos contratos de direito privado.

Há no Direito Administrativo o chamado Princípio da Supremacia do Interesse Público, princípio este que centraliza o desenho jurídico dado às atividades da Administração Pública, marcadas por uma acentuada unilateralidade, além dos privilégios que lhe são concebidos em favor da imposição do interesse público ao interesse individual, refletindo desse modo, em relações jurídicas diferentes das relações típicas do direito civil. ¹⁰⁷

De forma que os Contratos Administrativos detêm alguns privilégios em relação aos Contratos do Direito Privado, chamados de “prerrogativas” que buscam proteger determinadas atividades públicas e o chamado “interesse público”. Estas prerrogativas, conforme será visto no próximo tópico, derivam tanto da sistemática normativa que, de forma implícita, protege as atividades públicas ou estão previstos em lei ou em cláusula, de forma expressa no contrato firmado entre a Administração Pública e o particular. ¹⁰⁸

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2009.p. 222.

¹⁰⁵*Ibidem*, p.223.

¹⁰⁶SANTOS, 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**.1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.22.

¹⁰⁷ NIEBUHR, Joel De Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**.1. ed. Curitiba: Zênite, 2008. p.397.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.634.

3.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Consoante fora narrado anteriormente, a Administração Pública detém certo poder em suas relações contratuais, que são ratificados através de algumas prerrogativas inseridas nas chamadas “cláusulas exorbitantes”. As cláusulas exorbitantes então seriam as condições contratuais que não seriam comuns ou possíveis, se postas em um contrato celebrado entre particulares sob o regime jurídico do direito civil.¹⁰⁹

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr¹¹⁰ entende que as cláusulas exorbitantes são o que tipificam os Contratos Administrativos, no entanto o referido autor prefere denominá-las de “prerrogativas protetoras do interesse público” pois, através delas, a Administração Pública é posta em posição de vantagem em relação aos particulares contratados.

A lei nº 8.666/93 enumera as referidas prerrogativas em seu art. 58¹¹¹, são elas: a Administração Pública pode alterar unilateralmente o que fora pactuado; poderá também rescindir unilateralmente o vínculo; assim como é dado à Administração o poder de fiscalizar a execução; bem como poderá aplicar sanções administrativas ao contratado faltoso e, em casos de serviços essenciais poderá ocupar bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato provisoriamente.¹¹²

Neste ponto, a presente pesquisa não tem o condão de esgotar a análise detalhada das prerrogativas, tendo em vista que ficaria excessivamente extenso. Em razão disso, selecionaram-se as mais pertinentes ao tema, e, neste momento, tratar-se-á de forma pormenorizada de duas prerrogativas, quais sejam, a alteração unilateral e a rescisão unilateral.

¹⁰⁹PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.325.

¹¹⁰NIEBUHR, Joel De Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**.1. ed. Curitiba: Zênite, 2008. p.403.

¹¹¹ Art. 58. 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;II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;III - fiscalizar-lhes a execução;IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>

¹¹²NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p.403.

A lei estabelece possibilidades de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública nos casos em que houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica dos seus objetivos e quando for necessária a alteração do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto, ou seja, a alteração unilateral existe para possibilitar a melhor adequação às finalidades de interesse público.¹¹³

A alteração unilateral é um “dever-poder” para alguns autores¹¹⁴ já que a Administração deve introduzir as necessárias modificações no contrato a fim de promover a consecução do interesse público. Sobre este ponto, Marçal Justen Filho¹¹⁵ ressalta que “o poder jurídico da Administração Pública para introduzir alterações contratuais, não reflete uma situação jurídica de “privilégio” em face do particular [...]. Não significa que a Administração possa atuar sem respeito aos direitos e interesses do particular.”

Como elenca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há alguns requisitos que merecem atenção no que se refere a alteração unilateral. Desse modo, entende-se que é necessário que haja uma adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a modificação; assim como deve ser respeitada a natureza do contrato no que diz respeito ao seu objeto. Também é essencial que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado entre as partes e ainda deve ser respeitado o limite¹¹⁶ para acréscimos ou supressões, na forma disposta no parágrafo primeiro do artigo 65 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.¹¹⁷

Nesta senda, diante do exposto acima, é importante notar que o Contrato Administrativo também produz direitos subjetivos em favor do contratado. Isso significa que o particular tem assegurada a pretensão de extrair do contrato

¹¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense,2017. p.313.

¹¹⁴SANTOS, 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**.1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, prefácio de Marçal Justen Filho.

¹¹⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p1.170.

¹¹⁶§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

¹¹⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p.313.

administrativo exatamente o que foi previsto, assim como não é facultado à Administração Pública eximir-se das obrigações assumidas.¹¹⁸

No Contrato Administrativo, o particular recebe inúmeras garantias para compensar as competências extraordinárias atribuídas à Administração e o cerne dessas garantias consiste, por exemplo, na intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, consoante será melhor explanado adiante e, aliás, tal entendimento é confirmado pelo mencionado artigo 65.¹¹⁹

No que tange à possibilidade de rescisão unilateral, da mesma forma como ocorre na Alteração Unilateral, ela só poderá ocorrer nos casos previstos em lei, devendo ser motivada e precedida de ampla defesa.¹²⁰

Há inúmeros motivos elencados pela Lei que ensejam a rescisão unilateral dos Contratos Administrativos (vide o disposto no artigo 78¹²¹ da Lei Geral de

¹¹⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e Contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1.170.

¹¹⁹*Ibidem*, p.1.171.

¹²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p.647.

¹²¹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei; XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto; XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente

Licitações). Porém, José dos Santos Carvalho Filho entende ser mais importante ressaltar dois principais motivos presentes no artigo acima citado: “o primeiro relativo ao cumprimento do contrato pelo particular e o segundo consistente no interesse da própria Administração”.¹²²

Como explica o referido autor, dentro do primeiro motivo está justamente o não cumprimento de cláusulas contratuais, assim como o seu cumprimento irregular. Quanto aos efeitos para essas duas hipóteses de rescisão, o que se percebe é que com ou sem culpa do contratado a Administração Pública nada deve ao contratado haja vista que a rescisão se dará por atos a ele mesmo atribuídos, de modo que o contratado ficará sujeito às consequências do inadimplemento e ainda, se ele for culposos, caberá o ressarcimento dos prejuízos, a assunção do objeto do Contrato pela Administração, as sanções administrativas e a perda da garantia.¹²³

O autor ainda cita os motivos de rescisão unilateral relacionados ao interesse da própria Administração Pública como, por exemplo, o inciso XVII do art. 78 que trata sobre “razões de interesse público” ou ocorrência de caso fortuito ou de força maior, nessa hipótese, a Administração é obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmobilização. Logo, trata-se, de uma obrigação que também decorre do importante direito do contratado à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, sendo este estabelecido em função de inúmeros fatores, dentre os quais podemos citar o prazo de duração do contrato, ou seja, rescindido antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio econômico-financeiro e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado.¹²⁴

Frisa-se que, ainda, que a rescisão contratual unilateral deve submeter-se à garantia do devido processo legal, é preciso que se respeitem o contraditório e a ampla defesa. Como disposto em lei, a rescisão unilateral ocorre processualmente, devendo assim ocorrer em um Processo Administrativo.¹²⁵ Isso é confirmado pelo

comprovada, impeditiva da execução do contrato. XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

¹²²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.203.

¹²³*Ibidem*, loc. cit.

¹²⁴*Ibidem*, loc. cit.

¹²⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1.300.

art. 78, parágrafo único da Lei Geral de Licitações, segundo o qual “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

3.4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A esta altura da construção do trabalho, faz-se importante, até mesmo necessário, expor de que forma se dá a regulamentação acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das contratações públicas no direito brasileiro, levando em conta o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e por fim, o que dispõem a Lei Geral de Licitações e Contratos e a Lei das Parcerias Público – Privadas acerca do equilíbrio econômico-financeiro.

A nossa Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, inc. XXI que “[...] devem ser mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...]”. Sendo assim, para além das Leis Federativas, é fundamental se observar e priorizar a análise da manutenção do equilíbrio dos contratos, como será exposto a seguir.

No que se refere à garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, o autor Maurício Portugal Ribeiro ¹²⁶ entende que o dispositivo constitucional garante apenas a manutenção das efetivas condições da proposta em relação às obrigações de pagamento, estabilizando assim a equação econômico-financeira. Ou seja, para o autor, o constituinte não mencionou expressamente a proteção do equilíbrio econômico-financeiro, mas sim, a manutenção das condições pactuadas.

Cristiana Fortini e Priscila Giannetti Campos Pires, de outro modo, entendem que “a menção constitucional à manutenção das condições efetivas da proposta, traduz, no

¹²⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em: 05 de Set. de 2018.

ordenamento jurídico pátrio, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro aplicável aos contratos administrativos.”¹²⁷

Desse modo, como bem expõe Marçal Justen Filho¹²⁸:” [...] “a tutela constitucional à equação econômico-financeira deriva de outros princípios constitucionais. Entre eles, estão os princípios da isonomia, da tutela e da indisponibilidade dos interesses fundamentais.”

Deste modo, passar-se-á, neste momento, à análise do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos e, posteriormente, nos contratos de Parcerias Público-Privadas, ponto relevante da discussão elencada pelo presente trabalho.

3.4.1 Equilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos Administrativos

Por tudo que já foi dito até o presente momento, nota-se que a intangibilidade da equação econômico-financeira dos Contratos Administrativos é uma das principais garantias atribuídas ao particular como forma de compensar as competências extraordinárias da Administração Pública, de modo que esta equação se desenha a partir da elaboração do edital, consagrando-se no momento em que aceita a proposta pela Administração Pública, sendo a partir daí protegida pelo ordenamento jurídico.

Assim, a relevância assumida pelo equilíbrio econômico-financeiro no Contrato Administrativo é decorrente da certeza que se tem quanto à importância do equilíbrio para o próprio sucesso da contratação.¹²⁹

A legislação, por exemplo, nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.987 de 1995 e art. 58, parágrafo 1º e parágrafo 2º, e art. 65, da Lei 8.666 de 1993 estabelece o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso, uma vez reconhecido o

¹²⁷ FORTINI, Cristina. PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coords) Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p. 291.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1.181.

¹²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Equilíbrio Econômico nas Concessões de Rodovias - Critérios de aferição**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out./dez. 2006, p.2.

reequilíbrio, caracteriza-se uma dívida contratual entre as partes do contrato administrativo.¹³⁰

Da análise da Lei 8.666/93, atualmente vigente no Brasil, é possível perceber que o artigo 57¹³¹, parágrafo primeiro, assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

No mesmo sentido, os artigos 58¹³², parágrafo 2º e 65¹³³, parágrafo 6º da referida lei, asseguram a manutenção da equação econômico-financeira no caso de modificações unilaterais do contrato pela Administração Pública.

O art. 65, II, alínea 'd' também estabelece a necessidade de alteração do contrato administrativo, justamente, para restabelecer a relação que as partes inicialmente pactuaram, 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.

Pelo exposto, não restam dúvidas que em todos estes casos citados, assegura-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, ressaltando-se que a garantia desse equilíbrio se aplica a ambas as partes (tanto

¹³⁰BOGOSSIAN, André Martins. **O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: O que fazer quando não há nada mais a fazer?** Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-caso-dos-contratos-irreequilibraveis-de-concessao-e-ppp_o-que-fazer-quando-nao-ha-nada-mais-a-fazer-final-para-publicar.pdf> Acesso em: 17 de out. de 2018.

¹³¹Art. 57 § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

¹³²Art. 58 § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

¹³³Art. 65 § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

pode haver a necessidade de recomposição em favor do contratante como em prol do contratado).¹³⁴

Marçal Justen Filho explica que “o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”. Entende-se por remuneração não só o valor, mas também a forma de pagamento e os prazos estipulados.¹³⁵ Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 37, assegura a manutenção das condições efetivas da proposta como um direito dos particulares que contrataram com a Administração Pública.

Joel De Menezes Niebuhr¹³⁶expõe que:

Muito embora os contratos administrativos sejam, em regra, desequilibrados, em consonância com a posição privilegiada que ocupa a Administração Pública, a equação econômico-financeira é absolutamente equilibrada. Quer dizer, em poucas palavras, que a superioridade da Administração Pública, expressa por meio das cláusulas exorbitantes ou prerrogativas protetoras do interesse público, não alcança a parte econômica e financeira do contrato. À Administração é permitido, sob certos pressupostos, alterar unilateralmente o contrato, suspender a execução, fazer exigências e mais exigências, no entanto não pode modificar a equação econômico-financeira, dado que ela é intangível, revelando o direito dos contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ou seja, há autorização legal para modificação unilateral, todavia, ela não significa uma completa ausência de proteção à equação econômico-financeira do contrato, sendo assim, a Administração Pública tem competência restrita para impor soluções referentes às especificações do projeto e as quantidades, mas a remuneração, assim como suas condições, não podem ser impostas unilateralmente pela Administração Pública, devendo ser analisadas em comum acordo entre as partes.¹³⁷

¹³⁴CARDOSO, André Gusknow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**.1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281. p.261.

¹³⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1.179 e seq.

¹³⁶NIEBUHR, Joel De Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**.1. ed. Curitiba:Zênite, 2008. p. 533.

¹³⁷JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p 1.176.

Maurício Portugal Ribeiro¹³⁸ explica as três funções básicas do equilíbrio econômico-financeiro, quais sejam:

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções:

- (a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- (b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- (c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v.g. aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças conseqüentes da passagem do tempo.

Todavia, alguns requisitos que devem estar presentes para ser possível o reestabelecimento da equação. Por óbvio, deve existir uma efetiva elevação dos encargos do contratado. Assim como o motivo deve ter ocorrido depois da formulação das propostas, deve haver também um vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e, por último, mas não menos importante, a majoração dos encargos não deve ser causada pelo particular.¹³⁹

Parte-se da ideia, então, que àquele que pleiteia o reequilíbrio do contrato, cabe demonstrar quais os custos ou até mesmo as receitas que foram, de alguma forma, impactadas pela ocorrência de fatos extraordinários, supervenientes e imprevisíveis que terminaram por provocar um desequilíbrio desproporcional aquilo inicialmente pactuado.¹⁴⁰ Ou seja, a análise sobre o desequilíbrio do contrato pressupõe análise comparativas entre a situação original e a situação atual do contrato, assim como o conhecimento recíproco entre as partes do que consideram pontos de equilíbrio daquele contrato específico, afinal, como afirma o autor Flávio Amaral Garcia¹⁴¹ “para reequilibrar um contrato é suposto saber em que condições e a partir de quais fatores ele se encontra equilibrado.”

O autor Marçal Justen Filho muito bem demonstra que na execução dos contratos, principalmente aqueles contratos de longa duração, há a ocorrência de mudanças

¹³⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 25 de Set. de 2018.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p.1.185.

¹⁴⁰ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann. (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas**. Belo horizonte.1. ed: Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.121.

¹⁴¹ *Ibidem*, loc. cit.

econômicas imprevisíveis e que, muitas vezes, torna até inviável ao particular executar o contrato nas condições que estavam previstas anteriormente.¹⁴²

Adilson Abreu Dallari, na mesma perspectiva, entende que as grandes obras públicas, em regra, necessitam de um maior período de tempo, sendo este um cenário mais propício a ocorrência de alterações nesse suporte fático que levou à contratação de determinado objeto para ser executado de uma forma específica. Quer dizer, fatos e realidades emergentes podem fazer surgir alterações nesse objeto que fora contratado, de forma a se efetivar as finalidades pretendidas pela contratação.¹⁴³

O que se percebe é que a noção clássica sobre o equilíbrio econômico-financeiro como sendo uma relação entre receita e encargos que deve ser preservada foi pensada para o contrato de curto prazo, também chamado de contrato de desembolso. No entanto, neste trabalho adota-se a opinião de que a visão clássica sobre a dimensão do equilíbrio econômico financeiro, acima exposta, não consegue produzir efeitos esperados sobre o equilíbrio econômico-financeiro de outros institutos contratuais como, por exemplo, dos contratos de longo prazo, inclusive sendo o reequilíbrio econômico-financeiro o foco de grandes problemáticas jurídicas envolvendo a Administração Pública e os particulares contratados.¹⁴⁴

Em verdade, pode-se verificar nesse caso, os problemas correlatos ao processo de evolução do Direito Administrativo, afinal, atualmente falam-se em novos institutos como, por exemplo, os contratos de parcerias público-privadas, sobre o qual já se falou no item 2.1.2. Entende-se ser uma tendência evolutiva que veem aproximando a sociedade do Estado e, mudando, dessa forma, o cenário de referência para a análise do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁴⁵

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.532.

¹⁴³ DALLARI, Adilson de Abreu. Contrato de Obra Pública – Circunstâncias que determinam a alteração do Projeto - Acréscimo de Valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato – Aditamento-Viabilidade Jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador, n. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/contrato-de-obra-publicacircunstancias-que-determinam-a-alteracao-do-projeto>>. Acesso em: 30 Mar.2018.

¹⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.79-88. p.81.

¹⁴⁵ FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. Administração Contratual, Nova Contratualidade Administrativa e Contratos de Parcerias: Breves Considerações Acerca de Alguns Conceitos que

No mesmo sentido, passar-se-á, neste momento, à análise do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das PPP's.

3.4.2 Evolução infraconstitucional do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das Parcerias Público - Privadas

No âmbito das características particulares dos contratos de Parcerias público-privadas, já elucidadas no primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, faz-se necessário recordar que as PPP's, geralmente, têm as fontes de receita através de tarifas cobradas pelos usuários ou pagamentos feitos pela Administração Pública, sem falar que a maioria desses contratos estão submetidos a forte regulação. Sendo assim, é necessário analisar como se dá o equilíbrio econômico-financeiro nos Contratos de PPP's.

A Constituição federal não traz elementos mínimos que possam preencher o conceito de equilíbrio econômico-financeiro, fazendo referência apenas a manutenção das condições da proposta e, nesse sentido, a lei nº 11.079/04, que disciplina as Parcerias Público-privadas e a Lei nº 8.987/95, que disciplina as concessões comuns, são legislações que também não avançaram no tema. Isto pode ser entendido como uma opção legislativa que reconhece a natural indeterminação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro.¹⁴⁶

Os Contratos Administrativos se diferenciam dos contratos firmados entre particulares pela existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”, já exploradas no tópico 3.2.2 do presente trabalho, onde a Administração Pública guarda prerrogativas em relação ao particular contratado.

Sendo assim, a preservação econômico-financeira se demonstra como um contrapeso necessário que busca balancear os inúmeros poderes conferidos à

Integram uma Nova Terminologia Trazida Pela Doutrina Administrativista Contemporânea. **Interfaces Científicas De Direito**. Aracaju. v.3, n.1 out. 2014, p 47-62. p. 50. Disponível em < <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1767/1029>> Acesso em: 02 jun.2018.

¹⁴⁶GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann. (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas**. Belo horizonte.1. ed: Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.121.

Administração e garante ao particular que as condições econômicas pactuadas inicialmente, permanecerão inalterada.

Sobre o tema, é válida a lição do autor Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴⁷:

A existência de tal garantia ao particular justifica-se: i) pela legitimidade da expectativa do particular em auferir lucro com o empreendimento, ainda que este seja efetuado por sua conta e risco; ii) pelo princípio da moralidade administrativa, que exige que se guarde a proporcionalidade entre deveres e garantias estabelecidos no contrato; iii) pela vedação jurídica de que exista enriquecimento ilícito da Administração em detrimento do particular; iv) pela necessidade de continuidade e de adequação no desempenho do serviço público ou na satisfação do interesse público envolvido no contrato.

Ou seja, não só é possível, como é essencial a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de PPP's quando houver a mudança da equação econômica que fora inicialmente pactuada, sendo necessário também, ser gerada por evento posterior à concretização do contrato ou até por circunstâncias que se consideram imprevistas, terminando por causar agravamento a uma das partes e que isto não tenha sido previamente alocado a uma delas¹⁴⁸.

Sobre o tema, Sérgio Guerra¹⁴⁹ esclarece que o equilíbrio econômico-financeiro é “a relação de proporcionalidade e equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado, e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão.”

Há alguns instrumentos contratuais que podem ser utilizados para o reequilíbrio econômico-financeiro, por exemplo, temos o reajuste financeiro e as revisões. Os reajustes financeiros são instrumentos aptos a adequar os valores da contratação às variações que decorrerem de processo inflacionário. De outro lado, as revisões podem ser periódicas, de acordo com um cronograma estabelecido no contrato, ou

¹⁴⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio Econômico nas Concessões de Rodovias - Critérios de aferição. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out./dez. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/Floriano%20de%20Azevedo%20Marques%20Neto%20-%20Equil%20Econ%20B%20mico%20nas%20concess%20B%20es%20de%20rodovias%20-%20Crit%20A%20rios%20de%20aferi%20A%20%20(2).pdf> Acesso em: 01 de Out. de 2018.

¹⁴⁸FORTINI, Cristina. PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.305.

¹⁴⁹GUERRA, Sérgio. Equilíbrio Econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas Parcerias Público privadas. In: MARÇAL, Justen Filho. SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords). **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. 1.ed. São Paulo: Revista dos tribunais.2015. p.316.

também podem ser extraordinárias, a partir da ocorrência de um dos fatos que ensejam a recomposição, elas têm como objeto a manutenção das condições e valores anteriormente pactuados quando fora firmado o contrato, levando em consideração fatos exteriores ou imprevisíveis e até mesmo unilaterais da Administração, para não tornar o acerto inviável.¹⁵⁰

Portanto, a função da recomposição do equilíbrio é justamente colocar a parte atingida pelo fato gravoso que não é risco seu, na condição econômico-financeira anterior ao acontecimento do evento gravoso e, para isto, é necessário a existência de um ponto de referencia que represente o contrato em ponto de equilíbrio.¹⁵¹

Nesta senda, para entender o objetivo final desta pesquisa, é importante ter em mente que a análise da problemática do equilíbrio econômico-financeiro, em qualquer contrato administrativo, atualmente, está caminhando junto ao exame de riscos do contrato, ou seja, a temática da equação econômico-financeira adquiriu novos contornos que serão mais a diante analisados de maneira pormenorizada.

3.5 AS TEORIAS QUE SE RELACIONAM COM A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS

Os contratos administrativos, como explanado em tópicos anteriores, são dinâmicos em sua essência e, justamente em consequência da insegurança presente nesse tipo de contrato, foi elaborada toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo.¹⁵²

A compreensão da teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, no ordenamento pátrio, tem como base de inspiração a teoria das áleas. Além da força maior, há basicamente três tipos de áleas que o particular

¹⁵⁰ FORTINI, Cristina. PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.305.

¹⁵¹RIBEIRO, Mauricio Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPS (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p.443.

¹⁵²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 321.

enfrenta quando contrata com a Administração Pública, quais sejam, a álea ordinária ou empresarial, a álea administrativa e a álea econômica.¹⁵³

Inicialmente, note-se que para o direito administrativo brasileiro, a expressão “álea” corresponderia ao risco que as partes contratantes assumem ao pactuar o contrato administrativo.¹⁵⁴

A álea ordinária também é conhecida pela nomenclatura “empresarial”, pois “está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado.”¹⁵⁵ Ou seja, são os “riscos normais” referentes ao próprio risco do negócio, no âmbito empresarial.

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que se esses riscos forem previsíveis, o particular responde por eles. Diante disso, a mencionada autora discorda de parte da doutrina que entende que mesmo nesses casos de áleas empresariais, a Administração Pública responderia pelos riscos tendo em vista que os contratos administrativos envolvem riscos de maior relevância por conta do porte dos empreendimentos, pois, para Maria Sylvia Di Pietro, “se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária”.¹⁵⁶

Além das áleas ordinárias, temos a chamada álea extraordinária, que, nas palavras de Marcos Nóbrega¹⁵⁷, derivam de “ações ou omissões que provocam descompensações na implícita cláusula dos contratos administrativos do equilíbrio econômico-financeiro”. Ou seja, diante dessas situações, deverá ocorrer o reequilíbrio do contrato e, caso seja impossível, a sua rescisão.

Importante notar que a denominação genérica de áleas extraordinárias abrange tanto a álea administrativa, como a álea econômica.

A álea administrativa, por sua vez, abrange três modalidades. A primeira modalidade é a decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo visando

¹⁵³MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.79-88. p.90.

¹⁵⁴NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.140.

¹⁵⁵DI PIETRO, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.321.

¹⁵⁶*Ibidem*, p.322.

¹⁵⁷NÓBREGA, Marcos. op. cit., p.140

atender o interesse público, como analisado no capítulo 3 do presente trabalho.¹⁵⁸ A segunda diz respeito ao chamado “fato do príncipe” e a terceira constitui o “fato da Administração.

Tanto o fato do príncipe como o fato da Administração acarretam modificação das condições do contrato, permitindo, assim, a sua revisão com o objetivo básico de preservação do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁵⁹

O art. 65º, II, alínea ‘d’, da Lei nº 8.666/93, e o art. 5º, III, da Lei nº 11.079/2004, contêm enunciados normativos nos quais há expressa referência à teoria do fato do príncipe.

O fato do príncipe ou teoria do fato do príncipe é aplicável quando o Estado, mediante ato lícito genérico, que reflexamente incide no contrato, modifica as condições que foram pactuadas anteriormente, provocando prejuízo ao particular contratado.¹⁶⁰

Nota-se que o fato do príncipe não se relaciona diretamente com o contrato, sendo alterações que ocorrem por conta de medidas do Estado como um todo ou, especificamente, da Administração Pública, não relacionadas de maneira direta com o contrato, mas que terão considerável repercussão sobre ele, provocando desequilíbrio da relação contratual.¹⁶¹

No caso dessa medida de ordem geral, não relacionada com o contrato de forma direta, mas que repercute sobre ele, a responsabilidade é extracontratual e nenhuma das partes deixou de cumprir os seus deveres.¹⁶²

Assim, para que se verifique o fato do príncipe, são necessários três requisitos, de acordo com José Cretella Júnior¹⁶³, quais sejam: “contrato em que a Administração seja parte; medida editada pelo poder público (lei, regulamento, decisão executória especial, cujo efeito rompe o equilíbrio do contrato); e elementos de imprevisão.”

¹⁵⁸Verificar Tópico 3.2.2.

¹⁵⁹NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.140

¹⁶⁰CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.220.

¹⁶¹NÓBREGA, Marcos. op. cit., p.141.

¹⁶²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.324.

¹⁶³CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “Fato do Príncipe.” **Revista dos Tribunais**. Ano 101- Abril de 2012 – Vol. 918. São Paulo: Revista dos tribunais.p.32.

Importante ressaltar que só será considerada como Fato do Príncipe, a medida geral advinda da mesma entidade contratante. De forma que, se for de outra Administração, será aplicada a teoria da imprevisão, que será explanada ainda neste tópico. ¹⁶⁴

Faz-se necessário diferenciar o fato do príncipe com o fato da administração. Este está previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art.78, incisos XIX a XVI e se relaciona com a própria execução contratual, compreendendo qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte da relação contratual, torna impossível a execução do contrato, trazendo prejuízos ao particular.

¹⁶⁵

Na mesma perspectiva, Alexandre Aragão¹⁶⁶ explica que “o fato da administração consiste em um inadimplemento por parte da Administração contratante, que pode levar a responsabilização da Administração, instrumentalizada pelo reequilíbrio do contrato ou a rescisão do contrato [...]”. Nesse caso, ficará assegurado ao particular, o direito a indenização por perdas e danos, diferentemente do fato do príncipe. ¹⁶⁷

Pode-se falar, ainda, sobre a álea econômica, a qual significa que a Administração não concorreu para a inexecução contratual. Isto é, sobreveio um fato imprevisível ou inesperado, que acabou por onerar excessivamente uma das partes da relação contratual. ¹⁶⁸

Nota-se que a chamada “teoria da imprevisão” foi construída pela doutrina justamente por conta dessas situações e, segundo essa teoria, é autorizada a revisão dos contratos administrativos diante de situações imprevistas.

Hely Lopes Meirelles demonstra que a teoria da imprevisão consiste justamente em reconhecer que fatos ou eventos novos, imprevisíveis e imprevistos pelas partes contratantes e a ela não imputáveis, refletem na execução do contrato e, assim, autorizam a sua revisão para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. ¹⁶⁹

¹⁶⁴ARAGÃO, Alexandre Santos De. **Curso de Direito Administrativo**.2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.366.

¹⁶⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017., p. 325.

¹⁶⁶ARAGÃO, Alexandre Santos De. op. cit., p.365.

¹⁶⁷NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.141.

¹⁶⁸*ibidem*, p.142.

¹⁶⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2009. p.250.

É bem verdade que no Direito Romano já havia essa noção, através da *rebus sic stantibus*, a qual, é uma expressão latina que configura uma cláusula implícita nos contratos de prestação continuada, significando que o contrato vale da forma que fora pactuado, ou previsto.¹⁷⁰

De acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*, “as obrigações contratuais não de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou.”¹⁷¹

Apona-se, todavia, a necessidade de alguns requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão e conseqüente revisão dos contratos, quais sejam: os eventos ocorridos devem ser, de fato, imprevisíveis, inevitáveis e que resulte na onerosidade excessiva de uma das partes do contrato.¹⁷²

Ademais, além dos eventos acima analisados, há inúmeros outros elementos que podem levar a inexecução do contrato como, por exemplo, o caso fortuito e força maior. O primeiro decorre dos chamados “eventos da natureza”, como tempestades, catástrofes e ciclones, e o segundo ocorre como resultado de um evento causado pela vontade humana. Ambos têm a imprevisibilidade como núcleo central das situações e resultam na impossibilidade de cumprimento de obrigações contratuais.¹⁷³

¹⁷⁰NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.142.

¹⁷¹MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed.São Paulo: Malheiros editores, 2015, p.670.

¹⁷²NÓBREGA, Marcos. op. cit., p.142.

¹⁷³CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.p. 221.

4. MATRIZ DE RISCO NOS EDITAIS E CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/ PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Este capítulo dedica-se a demonstrar que, atualmente, o exame da matriz de riscos está relacionado à problemática da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Assim, será analisada a definição de riscos trazida pela doutrina, bem como a análise da alocação eficiente de riscos. Em seguida, serão trazidas a definição e a composição de uma matriz de riscos, assim como o debate sobre a sua previsão nos editais e nos contratos administrativos.

A questão a ser enfrentada nesse capítulo busca responder o seguinte questionamento: é possível dizer que a previsão de matriz de risco no edital e no contrato administrativo garante o equilíbrio econômico financeiro do contrato ou, ao menos, disponibiliza alternativas para a recomposição desse equilíbrio com a atribuição da responsabilidade a cada uma das partes contratantes?

4.1 DEFINIÇÃO DE RISCO

Um dos temas mais abordados no âmbito das contratações públicas é a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes delimitados no capítulo 3 do presente trabalho.

No âmbito do Direito Público, há três diplomas normativos que podem ser citados para compreender a noção básica de risco contratual, quais sejam, a Lei nº 8.666/93, que trata da ideia genérica de risco, de álea; a lei nº 8.987/95 (Lei de concessões) e a Lei nº 11.074/04, sendo a Lei de Parcerias público-privadas.¹⁷⁴

O risco constitui um aspecto relevante tanto nas contratações sujeitas ao regime de direito privado (onde há previsões legais específicas no código civil, referente à

¹⁷⁴NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2011. p.140.

relevância do risco para o contrato e à necessidade da sua adequada repartição), como também no âmbito dos contratos administrativos.¹⁷⁵

Pode-se dizer que grande parte dos litígios que envolvem as partes nos contratos administrativos se relacionam com a discussão acerca do direito (ou não) ao reequilíbrio econômico-financeiro. Essa discussão se relaciona diretamente com a análise dos riscos contratuais assumidos pelo particular e pela Administração Pública.¹⁷⁶

Por este motivo, um dos maiores desafios da modelagem dos contratos administrativos em geral é a análise dos riscos envolvidos na contratação e como distribuí-los, buscando minimizá-los.¹⁷⁷ Inclusive, não é por outro motivo que atualmente, o tema “gestão de riscos” possui enorme relevância no cenário brasileiro.

De acordo com Rodrigo Pironti¹⁷⁸, o conceito de gestão de riscos decorre de “uma gestão pública cada dia mais responsiva, que assume um papel preventivo no planejamento de suas ações e na orientação de suas condutas, sempre com o objetivo de atingir a finalidade pública a que se destina.”

O autor acima citado demonstra que a importância da gestão de riscos foi introduzida no Brasil, até mesmo com um conceito bem delimitado por ato normativo, qual seja, a Instrução Normativa Conjunta nº 01/16 MP- CGU¹⁷⁹. Da análise da Instrução normativa em seu artigo 2º, inciso VII, é possível perceber o conceito de gerenciamento de riscos como sendo: “um processo para identificar, avaliar,

¹⁷⁵CARDOSO, André Gusknow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. 1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281. p.259.

¹⁷⁶VERNALHA GUIMARÃES & PEREIRA ADVOGADOS – VG&P. **Matriz de riscos nos contratos administrativos firmados a partir da Lei nº 8.666/93 e do RDC**. Disponível em:< <http://www.vgplaw.com.br/matriz-de-riscos-nos-contratos-administrativos-firmados-a-partir-da-lei-no-8-66693-e-do-rdc/>> Acesso em 04 de Out. de 2018.

¹⁷⁷NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2011. p.124.

¹⁷⁸PIRONTI, Rodrigo. **Governança, Gestão de Riscos e Compliance: uma nova realidade para a Administração Pública Brasileira**. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-pironti/governanca-gestao-de-riscos-e-compliance-uma-nova-realidade-para-a-administracao-publica-brasileira>> Acesso em: 04 de Out. de 2018.

¹⁷⁹BRASIL. **Instrução Normativa Conjunta, nº 01 de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf Acesso em: 27 de Out. de 2018.

administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização;”.

De acordo com Marcos Nóbrega¹⁸⁰, a essência do risco tem como característica três aspectos principais, quais sejam: o evento, a probabilidade e o impacto. O “evento” seria a possibilidade de ocorrência de algo que impacte no investimento. Já a “probabilidade”, corresponde a chance de o evento de risco ocorrer em um lapso temporal. De outro modo, o “impacto” significa o valor financeiro que resultou da incidência do risco.

O referido autor demonstra que há controvérsias na doutrina acerca da definição de risco, no entanto, para fins didáticos, traz algumas definições que podem ser encontradas:

– Uma situação onde não existe um conhecimento do resultado final; – A variação de um possível resultado que existe na natureza em uma determinada situação; – Alta probabilidade de insucesso; – Falta de previsibilidade sobre estrutura, resultado ou consequências de uma decisão ou planejamento; – O impacto de algo que está em curso sobre os objetivos e metas estabelecidas, medido em termos de consequências ou probabilidade.

De acordo com Maurício Portugal¹⁸¹, a distinção entre risco e incerteza já é clássica na economia: as incertezas são eventos futuros que não podem ser racionalmente tratados e, por este motivo, na maioria das vezes, elas inibem o investimento. Assim, no âmbito dos contratos, as incertezas reduzem o sucesso da contratação “ou, ao menos, tornam as contratações substancialmente mais caras para a Administração Pública ou para os usuários dos serviços.” Já os riscos, se referem também a ocorrências futuras, todavia, a probabilidade de impacto sobre os agentes pode ser tratada racionalmente, podendo ser calculada e, assim, pode ser considerada nas decisões de investimento.

Os contratos administrativos, em geral, envolvem inúmeros riscos decorrentes de várias circunstâncias, como, por exemplo, o volume grande de gastos públicos, a

¹⁸⁰NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.126.

¹⁸¹RIBEIRO, Maurício Portugal. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93**. 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: 13 de out. de 2018.

complexidade da execução, a longa duração, a natureza da atividade (que, muitas vezes exige mão de obra especializada), dentre outros ¹⁸²

Conforme se extrai dos ensinamentos de Walfrido Warde Júnior e Diogo Nébias¹⁸³, cada projeto de infraestrutura tem particularidades, não sendo possível estabelecer um rol taxativo dos riscos possíveis a todos os contratos administrativos, de modo idêntico.

Pelo exposto, diante da importância e complexidade das obras de infraestrutura, percebe-se que os riscos envolvidos nas suas implementações serão igualmente relevantes e complexos pois se relacionam com os casos de reequilíbrio contratual.¹⁸⁴

4.2 PANORAMA LEGAL E OS CASOS DE OMISSÃO DA LEI SOBRE A DIVISÃO DE RISCOS E CRITÉRIOS DE REEQUILÍBRIO CONTRATUAL

A preservação do equilíbrio econômico-financeiro é um direito, como já demonstrado no item 3.3 do presente trabalho. Assim, é importante discorrer, neste momento, sobre como (e se) a legislação brasileira trata das metodologias econômicas e financeiras aplicáveis aos contratos administrativos. Em outras palavras, é necessário analisar se os dispositivos presentes no ordenamento jurídico, no âmbito do direito público, prestam-se a estabelecer regras não só quanto à forma específica de reequilibrar o contrato, assim como critérios para definir a partilha de riscos.

Passar-se-á, a seguir, através da análise do contexto legislativo, como o ordenamento jurídico pátrio aborda, através da análise das leis nº 8.666 de 1993, nº 8.987 de 1995, nº11.079 de 2004, nº12.462 de 2011 e 13.303 de 2016, até chegar ao projeto de Lei nº 6.814 de 2017.

¹⁸²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 321.

¹⁸³WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. NÉBIAS DIEGO. Breves notas sobre o *Project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto. VALIM, Rafael. (Coords). **Elementos do Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente,2015, p.53-87. p.71.

¹⁸⁴*Ibidem*, p.72.

4.2.1 Lei nº 8.666 de 1993

No tocante à lei geral de licitações e contratos administrativos, qual seja, a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 65, II, alínea 'd', como já explicado no item 3.3.1 deste trabalho, “assegurou o direito do contratado em obter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ante a ocorrência de eventos inerentes à álea econômica extraordinária e extracontratual.”¹⁸⁵ Percebe-se, entretanto, que esta é uma regra genérica de distribuição de riscos nos contratos administrativos.

Sendo assim, o texto da alínea “d”, do inciso II, do art. 65, da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (LGL), define que os eventos não tratados no contrato devem ser submetidos à distribuição de riscos genérica.¹⁸⁶

Neste ponto, Marcos Nóbrega¹⁸⁷ entende que a Lei nº 8.666/93 “não estabelece um critério para definir a partilha de riscos”. Para o autor, os riscos estabelecidos na lei se referem a riscos extracontratuais, ou seja, fora da seara do contrato, fazendo com que todas as tensões pela inexecução contratual sejam corrigidas baseadas na manutenção de equilíbrio econômico-financeiro. O que se verifica, observada a legislação brasileira, é que dentro da tradição clássica do direito administrativo, com fulcro na LGL, é que não há possibilidade de definir a partilha *ex ante* dos riscos, ou seja, desde a elaboração do contrato, tendo em vista que o sistema jurídico pátrio não se mostra apto a dispor sobre parâmetros de eficiência econômica.

Dispõe o autor, ainda, que os únicos riscos que a Lei Geral de licitações, em seu artigo 65 transfere *ex ante* para o poder público são: “I) modificação unilateral do contrato que aumente os encargos do contrato; II) modificação que promova uma

¹⁸⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016, p. 91.

¹⁸⁶RIBEIRO, Maurício Portugal. **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. 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: 13 de out. de 2018.p.1.

¹⁸⁷NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2011. p.143.

repercussão nos preços contratados; III) danos impostos ao contratado pela suspensão de obra contratada.”¹⁸⁸

Isto é, pode-se observar que há restrições objetivas à possibilidade de alocação diferenciada dos riscos no âmbito dos contratos regidos pela LGL, haja vista que, *a priori*, analisando a legislação, não é viável atribuir previamente ao contratado os riscos pela ocorrência de eventos imprevisíveis ou derivados de alterações unilaterais pela Administração Pública.¹⁸⁹

Outro ponto significativo a refletir é que o contrato administrativo tem caráter de contrato de adesão, já que, como ressalta Marcos Nóbrega¹⁹⁰ “sua minuta já vem anexada ao edital licitatório, não haveria assim condições *ex ante* de pactuar as cláusulas contratuais fazendo uma partilha adequada de riscos”. Assim, haveria uma incompletude contratual, a qual repercutirá durante a execução do contrato, atribuindo a resolução dos conflitos para a lógica do conceito de equilíbrio econômico-financeiro, isto é, uma concepção arcaica, traduzindo a falsa premissa de que os riscos deverão ser alocados *ex post*.

Assim, a incompletude contratual, em relação à alocação de riscos, pode gerar distorções no resultado da licitação, pois, não só prejudica a comparabilidade entre as propostas e eleva o custo de transação, como também, abre a porta para condutas oportunistas, facilitando, em determinadas situações, que o licitante adjudicatário do contrato, não seja, necessariamente, aquele com a capacidade de desempenhar o serviço ou executar a obra de modo mais eficiente, mas sim aquele com melhor condição para a possível renegociação do contrato.¹⁹¹

Além de que, contratos lacunosos ou dúbios podem gerar percepções distintas pelos interessados com relação à responsabilidade sobre os riscos. Inclusive, se não

¹⁸⁸NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2011. p.143.

¹⁸⁹CARDOSO, André Gusknow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**.1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281. p.262.

¹⁹⁰NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude Contratual; concessões de serviços públicos e PPP's. Outubro/novembro/dezembro de 2013. Salvador - Bahia. nº36. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380>> Acesso em: 08 de Agosto de 2018.p.13.

¹⁹¹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**.1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.92

houver uma demarcação segura dos riscos, como explica Fernando Vernalha Guimarães ¹⁹², “os ofertantes tenderão a inevitavelmente incorporar em suas propostas os custos para o seu gerenciamento, com vistas a se proteger contra o risco de responsabilização futura. [...] o que acabará promovendo o encarecimento das ofertas.”

Portanto, também no âmbito da lei 8.666 de 1993 (LGL) não se verifica, os critérios referentes à forma específica de reequilibrar o contrato e para definir a partilha de riscos.

4.2.2 Lei nº 8.987 de 1995

Analisando a lei nº 8.987 de 1995, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, percebe-se que há previsão, no art. 18, inciso VIII e art. 23, inciso IV, de que uma das cláusulas essenciais desse contrato é a cláusula sobre critérios de reequilíbrio. Sendo assim, para Maurício Portugal¹⁹³, “em tese os contratos omissos poderiam ser considerados anuláveis, mas podem e devem certamente ser convalidados pelo estabelecimento posterior de critérios supletivos para reequilibrá-los.”

Indo além, cumpre observar que, a referida lei, trata de riscos, em especial, em seu artigo 2, inciso II. Ademais, nesse ponto, a lei utiliza a expressão “por sua conta em risco” e, de acordo com a doutrina clássica, ao contrário do contrato administrativo, o risco do negócio seria exclusivo da concessionária, ressalvados os riscos imprevisíveis ou que decorram de alterações unilaterais do contrato, pois estes últimos estarão abrangidos pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁹⁴

¹⁹²GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.93

¹⁹³RIBEIRO, Maurício Portugal. **E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazer para reequilibrá-lo?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo> Acesso em: 02 de Out. de 2018.

¹⁹⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.440.

Alexandre Santos de Aragão segue o entendimento de que o inciso II do referido artigo deve ser interpretado de forma a não se transferir todos os riscos inerentes ao empreendimento, ao concessionário, mas sim, transferir ao concessionário os riscos que o contrato indicar. Ou seja, seriam do concessionário os riscos que expressamente ou implicitamente, o contrato lhe transferir.¹⁹⁵

Ainda, como explica o autor André Cardoso, o art. 9, parágrafo 2º da lei 8. 987 de 1995, estabelece a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira, através do mecanismo da revisão tarifária e o parágrafo 4º que também dispõe sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, todavia, pelo mecanismo da garantia para as alterações unilaterais do contrato de concessão promovidas pelo poder público.¹⁹⁶

O artigo 10º da mesma lei dispõe que: “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”. Sobre isso, cumpre trazer um fragmento das lições de Maurício Portugal Ribeiro¹⁹⁷:

mesmo que se discuta a incidência e alcance do artigo 10, da Lei 8.987/95, é preciso lembrar que o próprio artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configure “álea extraordinária e extracontratual”. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente destes riscos. Ou seja, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d”, há que se entender que prevalece a alocação prevista no contrato.

O que o autor supracitado pretendeu nos mostrar é que a lei 8.666 de 1993 só estabelece a divisão de riscos da maneira como dispõe o artigo 65, nos casos em que a sua ocorrência configure riscos extraordinários ou extracontratuais. Sendo assim, na interpretação do autor, só incidirá essa alocação de riscos se o contrato não prever de outro modo, ou seja, havendo previsão explícita no contrato de

¹⁹⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**.2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.443.

¹⁹⁶CARDOSO, André Gusknow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**.1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281. p.263.

¹⁹⁷RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 07 de Set. de 2018.

concessão da alocação de riscos ao parceiro privado, mesmo nas hipóteses da alínea 'd', inciso II, deve-se entender que prevalece o que fora previsto no contrato.

Todavia, o que se percebe é que, de todo modo, não há previsão legal disciplinando, de modo específico, como se dará a alocação e partilha de riscos, no âmbito das concessões comuns e permissões.

4.2.3 Lei nº 11.079 de 2004

No âmbito da lei nº11.079 de 2004, estabeleceu-se, de modo expresso que no contrato de Parceria público-privada, deverá haver a alocação e repartição dos riscos entre o contratado e o poder público, como demonstra o artigo 4^o¹⁹⁸, VI.

A lei nº11.079 de 2004, estabelece a obrigatoriedade de se proceder uma repartição objetiva dos riscos, expressamente decorrentes de “força maior, fato do príncipe, caso fortuito e álea econômica extraordinária”. Isso já demonstra a possibilidade de superar uma divisão rígida de riscos, como imposta pela lei nº 8.666 de 1993.¹⁹⁹

Vale ressaltar, ainda, que uma novidade das Parcerias público-privadas é que o risco empresarial não será suportado apenas pelo contratado, mas sim repartido com a Administração Pública. Isso ocorre mediante oferecimento de garantias por parte do poder concedente.²⁰⁰

Percebe-se, assim, que nem a lei geral de concessões e serviços, nem a lei de PPP's, quais sejam, respectivamente, lei nº 8.987 de 1995 e lei nº 11.079 de 2004 trazem indicação sobre a tutela de riscos extracontratuais. Entretanto, a Lei nº 8.666 de 1993, aborda expressamente o tema, no art. 65, inciso II, alínea 'd', dispondo que descolam-se à Administração Pública os riscos referentes à alea extraordinária. Ademais, o autor Fernando Vernalha Guimarães entende que como a lei nº 8.666/

¹⁹⁸Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

¹⁹⁹GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20(1).pdf Acesso em: 15 de Set. de 2018.p.48.

²⁰⁰NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude Contratual; concessões de serviços públicos e PPP's. Outubro/novembro/dezembro de 2013. Salvador - Bahia. nº36. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380> Acesso em: 08 de Agosto de 2018.p.18.

93 tem aplicação subsidiária aos contratos de concessões, o tratamento dado por ela, à tutela de riscos extracontratuais é conciliável ao modelo concessionário.²⁰¹

No mesmo sentido se posiciona Maurício Portugal²⁰², conforme se verifica:

Em primeiro lugar, atualmente creio que diversas das regras sobre regime de contratos constantes da Lei 8.666/93 são compatíveis com a natureza econômica das concessões e PPPs e, por isso, podem ser aplicadas a esses contratos. Entre outras, cito especificamente o artigo 65, inciso II, alínea “d”[.]

Assim, dada a ausência de indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais na lei concessão e permissão da prestação de serviços e da Lei de Parcerias Público - privadas, percebe-se que parte da doutrina, entende pela possibilidade de aplicação subsidiária da lei nº 8.666 de 1993. Ademais, essa orientação está de acordo com a premissa utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos de longo prazo, como as PPP's e concessões, a qual recomenda alocar o risco à parte que apresenta as melhores condições para o seu gerenciamento. Desse modo, como os riscos em questão são considerados como imprevisíveis, ou seja, extracontratuais, o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, de modo que faz sentido que sejam alocados ao parceiro público.²⁰³

Ocorre que, apesar de importantes mudanças, mesmo às que se refere aos riscos, mais uma vez se verifica a falta de critérios objetivos e específicos sobre partilha e alocação de riscos.

²⁰¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.99.

²⁰² RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93**. 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: 13 de out. de 2018. p.1.

²⁰³ GUIMARÃES, op. cit., p.100.

4.2.4 Lei nº 12.462 de 2011

A lei nº 12.462 de 2011, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratações, trouxe uma inovação quanto ao regime de partilha de riscos, se comparado ao que é usualmente estabelecido pela LGL. Ou seja, se percebeu, assim como nas PPP's, uma nova abordagem para a questão dos riscos e equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A inovação diz respeito há duas questões. A primeira é sobre a análise de riscos no âmbito da contratação integrada que, como dispõe o já citado artigo 9º, parágrafo 4º, da lei do RDC, nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos casos previstos em lei.²⁰⁴

A segunda questão é referente ao artigo 9º, parágrafo 5º da mesma lei, o qual, ao tratar da contratação de obras e serviços de engenharia, refere-se à elaboração de uma matriz de riscos.²⁰⁵ É importante salientar que a matriz de riscos será analisada, de forma pormenorizada, ao decorrer do presente trabalho, todavia, a referência a essa ferramenta, demonstra uma inovação quanto à análise de riscos.

Entretanto, apesar da inovação citada, a lei que institui o RDC também não demonstra os critérios objetivos para a partilha de riscos.

Diante do exposto, conclui-se que, de modo geral, as leis presentes no nosso ordenamento jurídico são essencialmente omissas sobre os critérios que devem ser utilizados para reequilibrar os contratos, da perspectiva econômico-financeira. Há de se perceber, pois, que as leis parecem ter delegado a solução desse problema para a arbitragem ou ao poder judiciário. Nessa mesma perspectiva, parece também que há presunção de que cada contrato trará os critérios para reequilibrar o contrato, e,

²⁰⁴ § 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

²⁰⁵ GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20(1).pdf) Acesso em: 15 de Set. de 2018.p.48.

nesse ponto, Maurício Portugal Ribeiro²⁰⁶ entende que seria algo razoável, “na medida em que o sistema de reequilíbrio do contrato deve considerar as peculiaridades econômicas e financeiras de cada contrato.” Todavia, o autor ressalta que frequentemente os contratos são, ao menos, parcialmente omissos sobre isso, gerando um cenário de incompletude contratual.

Pelo exposto, sendo a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo um direito, é necessário saber se há eficiência, dentro das disciplinas legais e teorias já analisadas no presente trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro sobre alocação de riscos. Assim, passar-se-á, nesse momento, a análise do que se chama, atualmente, de “alocação eficiente de riscos”.

4.3 ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RISCOS: SUPERAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS

A repartição de riscos é um dos temas fundamentais dos contratos administrativos de longo prazo, tendo em vista que esses contratos estão sujeitos a inúmeras modificações. Assim, esses contratos dependem de uma adequada distribuição de riscos, justamente para que possam adquirir uma maior eficiência durante a sua vigência.²⁰⁷

Contudo, o tema não se relaciona apenas com aspectos jurídicos. A alocação ou repartição de riscos depende de uma análise jurídico-econômica. Essa interface entre direito e economia ratifica a pretérita e ainda, atual, relação entre o direito e a economia.

Neste desiderato, consoante já ventilado anteriormente, a temática do equilíbrio econômico-financeiro ganhou novos contornos, já que a preocupação com a tutela

²⁰⁶RIBEIRO, Maurício Portugal. **E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazer para reequilibrá-lo?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo> Acesso em: 15 de Out. de 2018.

²⁰⁷GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP - Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf> Acesso em: 18 de out. de 2018.p.2.

de riscos extracontratuais passa a ser substituída por uma preocupação com a alocação de riscos contratuais, ou seja, diminuiu o espaço da chamada “tutela jurídica de arbitramento *ex post* de riscos” e ampliou-se o espaço a “tutela econômica”. A primeira diz respeito a tutela conduzida pelo juiz, no âmbito dos litígios judiciais acerca da responsabilidade dos riscos que ocorreram. Há, assim, o deslocamento da função de alocar riscos do gestor do contrato para o juiz, acabando por desvirtuar a racionalidade da alocação de riscos, que se afigura um expediente fundamentalmente econômico e não apenas jurídico.²⁰⁸

Já a segunda tutela, chamada de “tutela econômica”, é exercitada no momento da confecção do contrato, promovendo, assim, uma alocação preventiva de riscos e não mais um arbitramento jurídico meramente corretivo.²⁰⁹

Consoante explanado no item 3.4 deste trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro há uma teoria, em especial, que é utilizada, de forma genérica, como forma de alocação de riscos, no âmbito dos contratos administrativos em geral. Essa teoria é conhecida como “teoria das áleas” que envolve a álea ordinária, a álea administrativa e a álea econômica.

Neste ponto, Fernando Vernalha Guimarães faz importante crítica à teoria das áleas. A seu ver, a teoria das áleas é de cunho simplista e não mais se presta a explicar a complexidade da alocação de riscos contratuais ou extracontratuais no âmbito dos modernos contratos de longo prazo. Sendo assim, a identificação de cada risco no âmbito do contrato, assim como a determinação da responsabilidade sobre os riscos extracontratuais, não deve estar orientada por categorias genéricas de riscos abstratamente concebidas.²¹⁰

No mesmo sentido, Marcos Nóbrega²¹¹ também entende que no as áleas não se prestam a estabelecer regras específicas quanto à partilha de riscos dentro do

²⁰⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.90.

²⁰⁹*Ibidem*, loc. cit.

²¹⁰*Ibidem*, p.91.

²¹¹NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude Contratual; concessões de serviços públicos e PPP's. Outubro/novembro/dezembro de 2013. Salvador - Bahia. nº36. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380>> Acesso em: 08 de Agosto de 2018.p.13.

próprio contrato, de modo a levar em consideração inúmeros e complexos aspectos jurídicos e econômicos do caso concreto.

O presente trabalho segue o entendimento dos autores no sentido de que cada risco deve ser associado concretamente com a responsabilidade total ou parcial dos contratantes, analisando as premissas jurídicas e econômicas aplicáveis e não mais se basear somente na divisão genérica de riscos, a qual trata a teoria das áleas.

Esse entendimento é relevante pois, como dito anteriormente, a própria lei de PPP's determina que o contrato preveja a partilha de riscos entre as partes, até mesmo aqueles referentes às hipóteses de caso fortuito e força maior.²¹²

Desta forma, a diretriz que se defende na presente pesquisa é a de que é plausível que os riscos sejam alocados no âmbito dos contratos e não arbitrados pelo legislador antecipadamente, de forma a substituir a alocação estruturada pelas circunstâncias contratuais específicas por uma alocação genérica, ou seja, abstratamente considerada.

Atualmente, percebe-se que um aspecto essencial para a estruturação dos contratos administrativos em geral e os contratos de parcerias público-privadas é a efetiva alocação de riscos, ou seja, uma alocação que seja, de fato, eficiente.²¹³

Desta forma, no tocante às contratações públicas, é importante compreender que elas não devem estar pautadas apenas por regras objetivas, mas também por normas de cunho principiológico. Nesse sentido, o princípio fundamental para orientar a alocação de riscos é o princípio da eficiência, afinal, determina ao gestor a observância de critérios econômicos para esse fim.²¹⁴

²¹²GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.p.96.

²¹³RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 05 de Set. de 2018.

²¹⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP - Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf> Acesso em: 18 de out. de 2018.p.2.

Vale lembrar que a emenda constitucional nº 19 de 1998, acrescentou o princípio da eficiência aos princípios da Administração, enunciados no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Odete Medauar ²¹⁵ explica que o princípio da eficiência norteia toda a Administração Pública, e a nomenclatura “eficiência” liga-se à ideia de ação para produzir resultados de modo rápido e preciso, assim, segundo a autora, esse princípio se contrapõe a noção de negligência, omissão, lentidão ou descaso. Ou seja, a administração pública deve agir de modo eficiente para produzir resultados que satisfaçam a necessidade da sociedade.

O que se extrai do artigo 4º, inciso I, da Lei de PPP's, é que o desenho da matriz de riscos desses contratos deve orientar-se pela eficiência. Ou seja, sendo, contrato de parcerias público-privadas deve prestigiar uma alocação eficiente dos riscos.

Ora, na verdade, esse é o objetivo de toda alocação de riscos: aumentar o nível de eficiência da contratação pública, distribuindo os riscos de acordo com a capacidade de cada parte para melhor gerenciá-los ²¹⁶, promovendo, assim, ganhos de eficiência.

O que se percebe é que a discussão acerca da alocação de riscos, no âmbito do direito administrativo contemporâneo, preocupa-se não só em delimitar objetivamente a alocação de riscos, mas também de mitigação de riscos, impondo uma diretriz de eficiência a orientar o conteúdo daquela contratação pública.

4.4 A MATRIZ DE RISCOS

Superadas – já que esclarecidas – as disparidades entre as teorias clássicas utilizadas no ordenamento jurídico como tentativas de alocação de riscos, de forma genérica e a realidade complexa das contratações públicas, na qual se busca cada vez mais uma alocação de riscos eficiente, faz-se necessário compreender uma das ferramentas que corroboram com o atual entendimento de eficiência, qual seja, a matriz de riscos.

²¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.142.

Inicialmente, faz-se necessário diferenciar a matriz de riscos do âmbito dos processos internos do ente público e a matriz de riscos dos contratos administrativos.

A matriz de riscos, em relação aos processos internos do ente, tem como finalidade direcionar as suas políticas através da avaliação do comprometimento institucional.²¹⁷ Assim, de acordo com o guia do Ministério do Planejamento e Gestão²¹⁸, a matriz de riscos pode ser definida como uma “ferramenta que permite aos gestores mensurar, avaliar e ordenar os eventos de riscos que podem afetar o alcance dos objetivos do processo da unidade e, conseqüentemente, os objetivos estratégicos do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MP.”

No âmbito dos contratos administrativos, a matriz de riscos ganhou especial relevância, por ser um documento que estabelece qual das partes é responsável por resolver determinada atividade prevista no contrato, e, também, por suportar as incertezas negativas e positivas que afetam a atividade.²¹⁹ Sendo assim, é importante destacar que a matriz de riscos, em relação aos contratos administrativos, possui uma particularidade, qual seja, estar centrada essencialmente em seu equilíbrio econômico financeiro, além dos outros aspectos que podem influenciar, de forma negativa, no cumprimento do contrato.²²⁰

A Matriz de Riscos, como define o Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras rodoviárias, elaborado pelo DNIT, é um “instrumento de gestão que, além de documentar as informações dos riscos, auxilia na comunicação e dá subsídio às demais etapas do gerenciamento de riscos.”²²¹

²¹⁷ PIRONTI, Rodrigo. Entrevista – Matriz de Risco e JogoGov. **Revista Zênite ILC- Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba: Zênite, n. 287. 5-7, jan.2018. p. 5.

²¹⁸ Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Matriz de riscos**. Este Guia tem o objetivo de apresentar a Matriz de Riscos, parte integrante da Metodologia de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/170609_Matriz%20de%20Riscos_v1.1%20(4).pdf> Acesso em: 10 de Out. de 2018.

²¹⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 05 de Set. de 2018.

²²⁰PIRONTI, op. cit., p. 5.

²²¹Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte – DNIT. **Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras rodoviárias**. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de->

A lei nº 13.303/16 define a matriz de riscos como sendo “uma 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 [...].”

Além disso, Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos²²² explicam que a matriz de riscos contratual é o instrumento que a lei das estatais determina para a antecipada distribuição da responsabilidade pelos riscos que a execução contratual está sujeita. Isto é, todos os riscos decorrentes de lacunas, omissões, erro, imprudência, imperícia ou negligência, quando da elaboração do projeto básico pela empresa estatal contratante devem constar, como de sua responsabilidade, expressamente na matriz de riscos.

Sobre isto, é válida a explicação de Maurício Portugal Ribeiro ²²³:

Em relação à matriz de riscos, a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas conseqüências, e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

No mesmo sentido, Gabriela Engler²²⁴ expõe que “de maneira geral, a confecção da matriz de riscos deve levar em conta os critérios econômicos que orientam a sua melhora alocação, isto é, determinado risco deve ser alocado à parte mais apta a absorvê-lo”.

gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf
Acesso em: 18 de out. de 2018.p.13.

²²² GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e contratual da Lei nº 13.303/ 2016 – Lei das Estatais**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 148.

²²³ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 05 de Set. de 2018.

²²⁴ PINTO, Gabriela Miniussi Engler. O Advogado e a Estruturação de Projetos de Concessão e PPP. In: MERCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR, Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.197-247. p.237.

Para a Procuradora do Estado da Bahia, Verônica Novaes:²²⁵ “a eficiência na alocação deve ser aferida considerando-se as peculiaridades do projeto e a efetiva capacidade da parte contratante de gerenciar [...] o risco em questão.”

A lei das Estatais indica que a matriz de riscos deve conter, no mínimo, algumas informações. A primeira delas é uma listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, que sejam impactantes no equilíbrio econômico-financeiro do pacto e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência. Já a segunda informação necessária, é o estabelecimento 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.

A lei das estatais ainda traz uma terceira informação, que se refere ao 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.²²⁶

Desse modo, André Guskow Cardoso²²⁷ ressalta que: “a matriz de riscos [...] deve ser objeto de um processo amplo de avaliação, em que se assegure a possibilidade de discussão e questionamento dos critérios adotados para a alocação definida”

Pelo exposto, resta claro que a matriz de riscos é uma importante ferramenta para a discussão acerca da gestão de riscos mais eficiente.

²²⁵ Entrevista. Verificar Apêndice.

²²⁶BRASIL. **Lei 13.303**, de 30 de junho de 2016. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm> Acesso em: 10 de Out. de 2018.

²²⁷ CARDOSO, André Guskow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. 1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281.p.281.

4.5 O PAPEL DA MATRIZ DE RISCOS NOS EDITAIS E CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS/ PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Todo o raciocínio desenvolvido ao longo do presente trabalho nos leva a um questionamento final, qual seja, afinal, “é possível dizer que a previsão de matriz de risco no edital e no contrato administrativo garante o equilíbrio econômico financeiro do contrato ou, ao menos, disponibiliza alternativas para a recomposição desse equilíbrio com a atribuição da responsabilidade a cada uma das partes contratantes?”

Para responder a referida indagação, faz-se necessário compreender que a importância do tema se demonstra a partir da abordagem recente da própria legislação brasileira, como é o caso da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), a qual, versa sobre a necessidade de se estabelecer práticas de gestão de riscos e de controle interno.

A referida lei dispõe, em seu artigo 42, inciso X, que tanto na licitação, como na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, será observada, dentre outras definições, a matriz de riscos.

A mesma lei, em seu art. 42 ²²⁸, traz, não só a necessidade da criação de matriz de risco para as contratações de obra, mas também a sua inclusão no instrumento convocatório para licitações de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada ou semi - integrada.

Nesse sentido, como fora abordado no item 3.1 da presente pesquisa, o edital é composto por vários núcleos fundamentais e, dentre eles, o núcleo da previsão das cláusulas do futuro contrato a ser celebrado, podendo, assim, conter a previsão da matriz de riscos, a fim de oferecer uma maior segurança jurídica ao contrato.

Deste modo, como a matriz de risco é anexo obrigatório para os referidos regimes licitatórios dispostos na lei das Estatais, “a sua não realização, se houver justificativa

²²⁸Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: § 1º As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos: I - o instrumento convocatório deverá conter: d) matriz de riscos;

técnica para tanto, deverá ser motivada de forma consistente na fase preparatória da licitação.”²²⁹

Ademais, Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos²³⁰ defendem que a matriz de riscos não é uma cláusula contratual que só poderá ser utilizada quanto das contratações e serviços de engenharia, mas sim em qualquer espécie de relação contratual travada pelas empresas estatais.

Nesse ponto, este trabalho monográfico concorda com os autores supracitados ao entender que a matriz de riscos pode ser utilizada em qualquer outra espécie de relação contratual travada pelas empresas estatais, todavia, vai além, ao entender que pode ser utilizada em qualquer espécie de relação contratual, não só as travadas pelas estatais.

Vale ressaltar, ainda, a importância de se analisar o próprio projeto Lei nº 6.814/2017²³¹, o qual fora aprovado em 2016 no Senado (PLS nº 559 de 2013), e está em revisão na Câmara dos Deputados. Trata-se de projeto que propõe mudanças significativas na lei geral de licitações e contratos, constando, em seu artigo 5º, inciso XXV, a definição da matriz de riscos, nos moldes da definição da lei das estatais, acima explanada, demonstrando a necessidade de se trabalhar com gestão de riscos.²³²

Além disso, nas questões referentes ao equilíbrio econômico-financeiro e alocação de riscos, o projeto de lei apresenta novidades. Ressalta-se o art. 19, *caput*, o qual dispõe que o instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre as partes. Já o parágrafo 1º, do mesmo artigo, por sua vez, estabelece

²²⁹ GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e contratual da Lei nº 13.303/ 2016 – Lei das Estatais**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.142.

²³⁰ *Ibidem*, p.139.

²³¹ BRASIL, **Projeto de Lei nº 6.814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=73A324F83125EF29036F6AF9D3C631A8.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017> Acesso em: 28 de Out. de 2018.

²³² PIRONTI, Rodrigo. **Governança, Gestão de Riscos e Compliance: uma nova realidade para a Administração Pública Brasileira**. Direito do Estado. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-pironti/governanca-gestao-de-riscos-e-compliance-uma-nova-realidade-para-a-administracao-publica-brasileira>>> Acesso em: 02 de Out. de 2018.

que em qualquer contratação, a matriz de riscos poderá ser prevista e deverá alocar os riscos de forma eficiente.

Ainda, em relação ao art.19²³³, o parágrafo 2º demonstra que o contrato deverá refletir a alocação de riscos realizada pela matriz, especialmente quanto às seguintes questões:

I – à recomposição da equação econômico-financeira do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes; II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

Por fim, após as premissas básicas da matriz de riscos, o parágrafo 3º a torna obrigatória, quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto. Isto é, nesses casos, o instrumento convocatório, necessariamente, contemplará a matriz de riscos entre o contratante e o contratado.

Para Gustavo Gil Gasiola²³⁴, o que se percebe, da análise do referido artigo é, justamente, “uma evolução já sentida a partir da Lei de PPP, pretendendo o Projeto de Lei abandonar a predefinição da alocação de riscos, esquivando-se de um regime rígido das categorias da teoria tradicional do contrato.”

Além da exposição do panorama legal, faz-se importante analisar a visão do Tribunal de Contas da União, diante dos acórdãos nº 1465/2013 e nº1441/2015.

²³³ Art. 19. O instrumento convocatório 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 os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. § 1º A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual. § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I – à recomposição da equação econômico-financeira do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes; II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado

²³⁴GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20(1).pdf Acesso em: 15 de Set. de 2018.p.49.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1465/2013, recomendou ao Departamento nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT) que preveja, nos empreendimentos a serem licitados no regime de contratação integrada, uma “matriz de riscos” tanto no instrumento convocatório, como na minuta contratual, de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação e a segurança jurídica do contrato.²³⁵

Desse modo, o TCU teceu considerações sobre a importância de se elaborar uma adequada matriz de riscos no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação e, mais especificamente, da contratação integrada.

Vale lembrar, como já citado no item 2.3.2, que há autores²³⁶ que defendem que o RDC seria uma regra geral de licitações. Portanto, o presente trabalho entende, que não há porque não utilizar este argumento visando ampliar o âmbito de exigência da matriz de riscos para as demais contratações públicas, ou seja, incluindo os contratos mais simples.

O Acórdão nº 1441/2015²³⁷, o TCU determinou à Petrobrás que nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, especialmente nas empreitadas por preço global, deve ser elaborada matriz de riscos. Vejamos:

[...] ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em: [...]9.1.2. elabore e faça constar nos seus instrumentos convocatórios e contratos uma "matriz de riscos", capaz de definir a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, como informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também elemento capaz de subsidiar o dimensionamento das propostas por parte das licitantes;

Sendo assim, fica muito claro que o TCU entende que a matriz de riscos é uma ferramenta capaz de indicar, de maneira objetiva, as responsabilidades das partes. Percebe-se que o tribunal entende a importância de a matriz de riscos constar não

²³⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1465/2013 – TCU – Plenário. Processo nº TC-045.461/2012-0Recorrente: Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 12 de Jun. de 2013. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=6232033>>. Acesso em: 17 de set. 2018.

²³⁶PEIXOTO, Geovane De Mori e MOREIRA, Egon Bockamann entendem que o RDC poderia ser entendida como uma regra geral de Licitações. (verificar tópico 3.2.3 deste trabalho monográfico).

²³⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1441/2015 – TCU – Plenário, Processo nº TC 007.315/2011-2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 10 Jun de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=8829804&codPapelTramitavel=52848315> Acesso em 03 de Set. de 2018.

só no instrumento convocatório (afinal, como já explicado, ele vinculará às partes do contrato), mas também, no próprio contrato, de modo a corroborar com a segurança jurídica e transparência da contratação.

Nesse tocante, em entrevista, a Procuradora do Estado, Verônica Novaes²³⁸ entende que é possível dizer que a previsão da matriz de risco no instrumento convocatório e no contrato disponibiliza alternativas para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro “uma vez que as consequências negativas da ocorrência do risco para a parte que por ele não responde compromete a equação econômico-financeira do contrato (encargos x remuneração)”

Nesta sentença, apesar do Tribunal de Contas da União só ter exigido a elaboração da matriz de riscos em casos específicos, o presente trabalho segue o entendimento do autor Maurício Portugal Ribeiro²³⁹ ao compreender que “o próprio artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configure “álea extraordinária e extracontratual”. Nesse sentido, para o autor, só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente desses riscos.

Pelo exposto, esta pesquisa entende que o que não se pode é fechar os olhos às problemáticas que circundam os contratos administrativos. Deve-se buscar meios realistas e eficientes de alocação e mitigação de riscos em todas as contratações públicas e, em especial, nos contratos de obras públicas e projetos de infraestrutura, visto que, em regra, são contratos de longa duração e, conseqüentemente, mais propícios a ocorrência das problemáticas ventiladas ao longo deste trabalho monográfico.

A Matriz de riscos mostra-se mais do que necessária e adequada à realidade das contratações públicas atuais, devendo, portanto, ser compreendida não só como importante ferramenta de prevenção de litígios jurídicos acerca da divisão de riscos, mas também como instrumento que disponibiliza alternativas para a recomposição

²³⁸ Entrevista. Verificar Apêndice.

²³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 05 de Set. de 2018.

do equilíbrio econômico-financeiro, através da atribuição das responsabilidades a cada uma das partes contratantes.

5 CONCLUSÃO

Após a apresentação das problemáticas enfrentadas no presente trabalho, pode-se concluir, no primeiro capítulo, que o direito da infraestrutura sempre esteve relacionado às mudanças advindas do Estado, porque há uma interdependência entre os subsistemas sociais: direito, Estado e economia. Por esse motivo, supostas mudanças que ocorrem no Estado refletem fundamentalmente no Direito, como é o caso dos novos tipos de contratações públicas que surgiram, a exemplo, as parcerias público-privadas.

Ainda no capítulo inicial, chegou-se à conclusão que a infraestrutura é um meio de desenvolvimento econômico, podendo ser realizada através dos inúmeros modelos jurídicos de contratações que estão presentes no ordenamento jurídico, como as Parcerias Público- Privadas, o Regime Diferenciado de Contratação e os Contratos de Obras Públicas. Nesta senda, diferenciou-se alguns conceitos básicos de cada um dos principais modelos de contratação pública.

No segundo capítulo, demonstrou-se a noção geral das contratações públicas regidas pela lei nº 8.666 de 1993, incluindo a importância da licitação pública e um dos principais prolegômenos que norteiam a licitação: o princípio da vinculação ao edital.

Nesse ponto, a importância do edital para os contratos administrativos foi comentada, visto que, além de o edital prever os critérios objetivos que serão utilizados na seleção e julgamento dos licitantes, o mesmo também é composto por vários núcleos fundamentais e, dentre eles, o núcleo da previsão das cláusulas do futuro contrato a ser celebrado.

Viu-se, ainda, que os contratos administrativos detêm alguns privilégios em relação aos contratos do Direito Privado, chamados de “prerrogativas”, como as cláusulas exorbitantes.

Concluiu-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito que deve ser buscado pelas partes e, para além disso, que a temática da equação econômico-financeira adquiriu novos contornos, ou seja, estão caminhando cada vez mais junto ao exame de riscos contratuais.

No terceiro capítulo, foi findado que, no âmbito dos contratos administrativos, a alocações e formas de mitigações ineficientes de riscos caracterizam-se como ambientes favoráveis à formação de litígios entre as partes acerca do direito ao reequilíbrio econômico, isso porque as leis em regra são omissas quanto à divisão de riscos específica e aos critérios de reequilíbrio contratual, facilitando a problemática em torno das partes da relação contratual.

Ato contínuo, verificou-se, através de um panorama legislativo, os casos de omissão das leis nº 8.666 de 1993, nº 8.987 de 1995, nº11.079 de 2004, nº12.462 de 2011 e 13.303 de 2016 acerca da divisão de riscos e dos critérios de reequilíbrio econômico-financeiro. Demonstrou-se ainda que, em regra, apesar das mudanças importantes que ocorreram em relação à necessidade de alocação de riscos - em especial a partir da lei das parcerias público-privadas - é constatada a falta de critérios objetivos e específicos sobre partilha e alocação efetiva de riscos.

Acredita-se que, a partir da lei nº 11. 079 de 2004, houve uma significativa mudança na forma como a alocação de riscos, no Brasil, passou a ser observada, perpassando a Lei das Estatais, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações e o Novo Projeto de lei de Licitações.

Justamente por essas mudanças, demonstrou-se que a alocação eficiente de riscos precisa ser melhor desenvolvida pela legislação, a fim de garantir que, havendo a incompletude contratual, os riscos sejam direcionados para a parte que tem melhor condição de mitigá-los.

Para mais, foi explicitada a definição de matriz riscos, com fulcro na lei das estatais e do novo projeto de lei de licitações e contratos. A lei nº13.303 de 2016 entende que a matriz de riscos deve ser utilizada nas contratações e serviços de engenharia.

Percebeu-se, também, diante da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a importância da previsão da matriz de riscos tanto no instrumento convocatório, como no próprio contrato administrativo, servindo de ferramenta de alocação e mitigação eficiente de riscos, principalmente nos casos de contratação integrada e licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, em especial nos casos de empreitada de preço global.

Conclui-se, por fim, que a previsão da matriz de riscos no edital e no contrato administrativo não é apenas uma ferramenta compatível com as contratações de

obras e serviços de engenharia ou com a contratação integrada, mas também é um meio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de modo geral ou, ao menos, um meio que disponibiliza alternativas para a recomposição da equação econômico-financeira, através da atribuição da responsabilidade de cada uma das partes contratantes *ex ante*, assim como a sua forma de mitigação do risco, de acordo o caso concreto e as peculiaridades do contrato específico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Guilherme da Rocha. GONÇALVES, Edson Daniel Lopes. **Repartição de Riscos em Parcerias Público-Privadas: Um modelo para valoração quantitativa de garantias em projetos de saneamento.** Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – FGV CERI. Disponível em: <http://ceri.fgv.br/sites/ceri.fgv.br/files/arquivos/reparticao_de_riscos_em_parcerias_publico-privadas.pdf> Acesso em: 07 de set. de 2018.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos De. As parcerias Público-Privadas: PPP's no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 2, maio-junho-julho de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>> Acesso em: 20 de ago. de 2018.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura.** São Paulo: ContraCorrente, 2015, p.17-26.

BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura.** São Paulo: ContraCorrente, 2015, p. 89-114.

BOGOSSIAN, André Martins. **O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: O que fazer quando não há nada mais a fazer?** Disponível em: < http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-caso-dos-contratos-irreequilibraveis-de-concessao-e-ppp_o-que-fazer-quando-nao-ha-nada-mais-a-fazer-final-para-publicar.pdf> Acesso em: 17 de out. de 2018.

BRASIL, **Lei 8.666**, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm Acesso em: 15 de Ago. de 2018.

_____. **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 06 de set. de 2018.

_____. **Lei 13.303**, de 30 de junho de 2016. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm> Acesso em: 10 de Out. de 2018.

_____. **Instrução Normativa Conjunta, nº 01 de 2016.** Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf Acesso em: 27 de Out. de 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 6.814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=73A324F83125EF29036F6AF9D3C631A8.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&fileame=PL+6814/2017> Acesso em: 28 de Out. de 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.11/2012. TC 017.603/2012-9. Rel. Min. Valmir Campelo. 08 de Nov. de 2012. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5443876&codPapelTramitavel=49362936> Acesso em: 29 de set. de 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1465/2013 – TCU – Plenário. Processo nº TC-045.461/2012-0 Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 12 de Jun. de 2013. Disponível em:
 <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=6232033>>. Acesso em: 17 de set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1441/2015 – TCU – Plenário, Processo nº TC 007.315/2011-2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 10 Jun de 2015. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=8829804&codPapelTramitavel=52848315> Acesso em 03 de Set. de 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Público e Infraestrutura. **Enciclopédia jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, tomo II, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-publico-e-infraestrutura_58edb4c3e2580.pdf> Acesso em: 10 de out. de 2018.

_____. Contratações Públicas para Projetos de Infraestrutura. In: MERCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR. Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p 59-91.

CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014, v.1.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, André Gusknow. Ainda a Questão da Alocação e Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas. (In) JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael WALLBACH. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. 1. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.p.257- 281.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “Fato do Príncipe.” **Revista dos Tribunais**. Ano 101- Abril de 2012 – Vol. 918. São Paulo: Revista dos tribunais.

DALLARI, Adilson de Abreu. Contrato de Obra Pública – Circunstâncias que determinam a alteração do Projeto - Acréscimo de Valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato – Aditamento- Viabilidade Jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador, n. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/contrato-de-obra-publicacircunstancias-que-determinam-a-alteracao-do-projeto>>. Acesso em: 30 Mar.2018.

Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte – DNIT. **Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras rodoviárias**. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf>> Acesso em: 18 de out. de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. Administração Contratual, Nova Contratualidade Administrativa e Contratos de Parcerias: Breves Considerações Acerca de Alguns Conceitos que Integram uma Nova Terminologia Trazida Pela Doutrina Administrativista Contemporânea. **Interfaces Científicas De Direito**. Aracaju. v.3, n.1 out. 2014, p 47-62. Disponível em <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1767/1029>> Acesso em: 02 jun. 2018.

FORTINI, Cristina. PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coords). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann. (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas**. Belo horizonte.1. ed: Belo Horizonte: Fórum. 2016.

GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/131769-Texto%20do%20artigo-260659-1-10-20170731%20(1).pdf) Acesso em: 15 de Set. de 2018.

GUERRA, Sérgio. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas Parcerias Público privadas. In: MARÇAL, Justen Filho. SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords). **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. 1.ed. São Paulo: Revista dos tribunais.2015.

GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e contratual da Lei nº 13.303/ 2016 – Lei das Estatais**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPS: Formação e metodologias para recomposição. In. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**.1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

_____. Repartição Objetiva de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP - Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas_58edca9364a13.pdf> Acesso em: 18 de out. de 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio Econômico nas Concessões de Rodovias - Critérios de aferição. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, out./dez. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/Floriano%20de%20Azevedo%20Marques%20Neto%20-%20Equil%20C3%ADbri%20econ%20C3%B4mico%20nas%20concess%20C3%B5es%20de%20rodovias%20-%20Crit%20C3%A9rios%20de%20aferi%20C3%A7%20C3%A3o%20(2).pdf> Acesso em 01 de Out. de 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e Contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.105. jul./set. 1971. p.14-34.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. 1.ed. São Paulo. Quartier Latin, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Pressupostos da Licitação. In: VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Licitações e Contratos Administrativos: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Matriz de riscos**. Este Guia tem o objetivo de apresentar a Matriz de Riscos, parte integrante da Metodologia de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/170609_Matriz%20de%20Riscos_v1.1%20(4).pdf> Acesso em: 10 de Out. de 2018.

MONTEIRO, Vera. Contratação Integrada na Visão do TCU. In: MERCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR. Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p 99-146.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016.

_____. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.79-88.

_____. Licitação Pública e a Negociação Pré- Contratual: A Necessidade do Diálogo Público- Privado. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2. set. 2012/fev. 2013, p.113-138.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

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

_____. Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude Contratual; concessões de serviços públicos e PPP's. Outubro/novembro/dezembro de 2013. Salvador - Bahia. nº 36. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380>> Acesso em: 08 de Agosto de 2018.

NIEBUHR, Joel De Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 1. ed. Curitiba: Zênite, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos Gerais de Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Contratação Pública e Infraestrutura. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann. **Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro**. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord). **Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.79-88.

PEIXOTO, Geovane De Mori. A Utilização de Mecanismos do RDC como evolução do sistema licitatório pátrio. **Teses da Faculdade Baiana De Direito**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. V.5 ,2013.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. O Advogado e a Estruturação de Projetos de Concessão e PPP. *In*: MERCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR, Mario Engler. (Coords). **Direito da Infraestrutura – Série FGV LAW**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.197-247.

PIRONTI, Rodrigo. **Governança, Gestão de Riscos e Compliance: uma nova realidade para a Administração Pública Brasileira**. Direito do Estado. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-pironti/governanca-gestao-de-riscos-e-compliance-uma-nova-realidade-para-a-administracao-publica-brasileira>>> Acesso em: 04 de Out. de 2018.

_____. Entrevista – Matriz de Risco e JogoGov. **Revista Zênite ILC-Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba: Zênite, n. 287. 5-7, jan.2018.

QUAIS SÃO OS 3 PONTOS POLÊMICOS DO RDC? IRENE NOHARA | # 5. Produzido por: Irene Nohara. Publicado em: 24 de jan. de 2018, Duração: 6 min e 26 segundos. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2uBCExdPEWs>> Acesso em: 24 de set. de 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPP'S: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. 1.ed. Atlas, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>> Acesso em 05 de Set. de 2018.

_____. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93.** 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: 13 de out. de 2018.

_____. **E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazer para reequilibrá-lo?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo> Acesso em: 02 de Out. de 2018.

_____. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPS (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas.** 1.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As Parcerias Público-Privadas e Políticas Públicas de Infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coords) **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.73-97.

SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto. Contratos Administrativos de Obras e o Problema da sua alteração. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 24, novembro-dezembro-janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=506>> Acesso em: 09 de out. de 2018.

TORRES, Heleno Taveira. MELO, Suzana Soares. Concessões de Serviços Públicos e PPPS: Aspectos financeiros e tributários. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords). **Elementos de Direito da Infraestrutura.** São Paulo: ContraCorrente, 2015, p.115-159

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras e Edificações Públicas.** Brasília:TCU, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/2684759.PDF> Acesso em: 04 de Set. de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1465/2013 – TCU – Plenário. Processo nº TC-045.461/2012-0Recorrente: Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 12 de Jun. de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=6232033>>. Acesso em: 17 de set. 2018.

VALIM, Rafael. Reflexões sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. (Coords) **Elementos de Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015, p.161- 175.

VERNALHA GUIMARÃES & PEREIRA ADVOGADOS – VG&P. **Matriz de riscos nos contratos administrativos firmados a partir da Lei nº 8.666/93 e do RDC**. Disponível em: <<http://www.vgplaw.com.br/matriz-de-riscos-nos-contratos-administrativos-firmados-a-partir-da-lei-no-8-66693-e-do-rdc/>> Acesso em 05 de Ago. de 2018.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. NÉBIAS DIEGO. Breves notas sobre o *Project finance* como técnica de financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto. VALIM, Rafael. (Coords). **Elementos do Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015, p.53-87.

APÊNDICE

Entrevista com a Procuradora do Estado da Bahia - Verônica Novaes (22 de Outubro de 2018).

- 1. Atualmente, fala-se cada vez mais em alocação eficiente de riscos (levando em consideração as particularidades do contrato) em especial, com a Lei de PPP's, a Lei das estatais e o Novo projeto de Lei de Licitações. Há quem diga que as teorias genéricas de divisão de riscos, como a teoria das áleas, devem ser superadas. Qual a sua opinião sobre o tema?**

R: A eficiência na alocação deve ser aferida considerando-se as peculiaridades do projeto e a efetiva capacidade da parte contratante de gerenciar (diminuir as chances de sua ocorrência; melhor administrar, diante da sua ocorrência, as consequências prejudiciais) o risco em questão. A atribuição generalista ao privado de todos os riscos passíveis de enquadramento na álea econômica, desconsiderando a efetiva capacidade de gerenciamento, não aporta o incentivo adequado para sua atuação, especialmente diante dos seus reflexos na equação econômico-financeira do contrato.

- 1.1 Se sim, talvez seja o caso de desconstruir aqui, aquela ideia de que ao administrador é vedado fazer aquilo sobre o que a lei não dispõe?**

R: Na verdade, penso que a lei não traz a indicação de quem será responsável por tal e qual risco, na medida em que a previsão legal é no sentido de ser necessária a elaboração de uma matriz de risco ou a repartição objetiva dos riscos. Considero, ainda, que a prescrição da Lei nº 8.987/95 no sentido de a delegação de serviço mediante concessão comum dar-se por conta e risco do concessionário não deve ser interpretada em sua literalidade, uma vez que, de logo, não se revela razoável atribuir-lhe riscos legalmente atribuídos ao poder público, nem tampouco riscos que não se relacionem minimamente á álea ordinária do negócio. Nesse cenário, a elaboração de uma matriz de risco em tais contratos cria incentivos adequados para

o privado e permite o adequado gerenciamento de intercorrências no curso contratual.

2. Quais os problemas que decorrem de uma possível incompletude contratual, no âmbito dos contratos Administrativos?

R: Renegociações, nas quais o poder público tem o seu poder de negociação reduzido, especialmente ao considerarmos que ele não possui, tanto quanto o privado, conhecimento sobre o negócio da concessão, além de estar em uma situação sem disputa entre diversos privados, tal como na licitação, cujo interesse na contratação funciona como um regulador dos preços entre os concorrentes.

3. Na gestão pública, ao estruturar a matriz de riscos, a Administração deve atentar para o quê?

R: Para a efetiva condição de o privado gerenciar o risco em questão, para o que a realização de audiências públicas, *road shows* e outras ações que permitam o diálogo com o mercado funcionam como termômetro de interesse do setor privado pelo objeto cuja licitação se almeja, como também para a precificação dos custos envolvidos na contratação, na medida em que o privado exigirá um prêmio pela assunção de determinado risco.

Importa também, na hipótese, a especificação da forma de mitigação do risco, uma vez que, a depender do risco, o elemento principal não será a capacidade de arcar com as implicações financeiras da sua ocorrência, mas a capacidade de evitar a sua ocorrência à vista das suas consequências.

4. Você concorda que os litígios entre as partes a respeito do direito (ou não) à recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira, em especial, nos casos de reequilíbrio (revisão), deve-se à falha ou à completa ausência da definição de uma adequada matriz de riscos?

R: Em grande parte dos casos, acredito que sim, porque a parte a quem foi atribuído determinado risco deve arcar financeiramente com as consequências negativas que

a ocorrência do risco aportou para a outra parte. A ausência da matriz de risco conduz ao entendimento equivocado de que tudo que não se referir à álea ordinária do negócio deverá ser arcado pelo poder público e, na maioria das vezes, a solução no caso concreto é dirigida apenas pela sua disponibilidade orçamentária. De outra parte, artifícios no curso de recursos administrativos postergam decisões desfavoráveis ao privado, com o comprometimento, inclusive, da adequada prestação do serviço.

- 5. É possível dizer que a previsão de matriz de risco no edital e no contrato administrativo garante o equilíbrio econômico financeiro do contrato ou, ao menos, disponibiliza alternativas para a recomposição desse equilíbrio com a atribuição da responsabilidade a cada uma das partes contratantes?**

R: Entendo que sim, uma vez que as consequências negativas da ocorrência do risco para a parte que por ele não responde compromete a equação econômico-financeira do contrato (encargos x remuneração).

- 6. Deve-se procurar, cada vez mais, meios de prevenir os litígios judiciais. Nesse caso, você entende que a matriz de riscos pode ser uma ferramenta para evitar esses litígios relacionais aos contratos administrativos?**

R: Dentre outros elementos, sim.

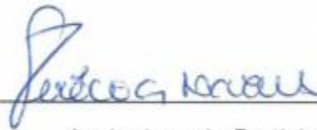
- 7. Mesmo se não for respeitada a matriz de riscos, na sua opinião, ela serve como base para um melhor julgamento do juiz?**

R: Sim, na medida em que permite identificar os compromissos assumidos pelas partes na celebração do contrato.

Consentimento em participar

Eu, Veronica Novaes, estou de acordo em participar do presente trabalho monográfico, sobre o tema : "O papel da Matriz de Riscos nos editais e contratos administrativos/projetos de infraestrutura: uma análise à luz do equilíbrio econômico-financeiro."

Sim, dou ao pesquisador permissão para citar trechos do material proveniente de minha entrevista *ipsis literis*.



Assinatura do Participante e Data