

**Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito**

MARINA RATTI DE ANDRADE

**REGIMES DE EMPREITADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
UMA ANÁLISE DA MATRIZ DE RISCO E DAS  
RESPONSABILIDADES IMPUTADAS À CONTRATADA**

*Contracting Regimes used by the Public Administration: Analysis of the risk allocation and the responsibilities granted to the private enterprise*

Brasília  
2021

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**REGIMES DE EMPREITADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
UMA ANÁLISE DA MATRIZ DE RISCO E DAS  
RESPONSABILIDADES IMPUTADAS À CONTRATADA**

Autora: Marina Ratti de Andrade

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau Bacharel, no Programa Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 10 de maio de 2021.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

MARINA RATTI DE ANDRADE

**Regimes de Empreitada na Administração Pública: uma análise da matriz de risco e das responsabilidades imputadas à contratada**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 10 de maio de 2021.

## BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Iório Aranha  
(Orientador – Presidente)

---

Prof. Dr. Rodrigo Bandeira Silva Chaves  
(Membro)

---

Prof. Dr. Ângelo Gamba Prata de Carvalho  
(Membro)

---

Profa. Dra. Vânia Lúcia Ribeiro Vieira  
(Suplente)

## FICHA CATALOGRÁFICA

<p>RM337r Ratti de Andrade, Marina Regimes de empreitada na Administração Pública: uma análise da matriz de risco e das responsabilidades imputadas à contratada / Marina Ratti de Andrade; orientador Márcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2021. p.</p> <p>Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2021.</p> <p>1. Administração Pública. 2. Regime de empreitada. 3. matriz de risco. 4. responsabilidades. I. Iorio Aranha, Márcio, orient. II. Título.</p>
---

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDRADE, Marina Ratti de. **Regimes de Empreitada na Administração Pública: uma análise da matriz de risco e das responsabilidades imputadas à contratada.** Monografia Final de Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 105, 2021.

# Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>12</b>
<b>1. A diferenciação dos regimes de empreitada e o princípio da juridicidade como alicerce para relativizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....</b>	<b>19</b>
1.1 A necessidade de distinção entre os regimes de empreitada diante da controvérsia existente na legislação, doutrina e jurisprudência.....	19
1.2 A diferença entre os regimes de empreitada por preço global, unitário e integral.....	22
1.2.1 Caracterização do Regime de Empreitada por Preço Global.....	22
1.2.2 Caracterização do Regime de Empreitada por Preço Unitário.....	26
1.2.3 Caracterização do Regime de Empreitada Integral.....	30
1.3 A relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, com base no princípio da juridicidade.....	33
1.3.1 A crise do princípio da legalidade estrita e a chamada a crise da lei.....	34
1.3.2 A adoção do princípio da juridicidade frente à atuação da Administração Pública.....	40
1.3.3 A relativização do princípio da supremacia do interesse público sob o privado sob a perspectiva do princípio da juridicidade.....	44
<b>2. A alocação e a mitigação de riscos nos contratos administrativos de acordo com o regime de empreitada escolhido a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro.....</b>	<b>49</b>
2.1 A evolução legislativa da matriz de risco.....	49
2.2 A repartição da matriz de risco nos contratos administrativos e o princípio da eficiência.....	53
2.3 A ruptura da rigidez da Teoria das Áleas como forma de repartição de riscos.....	57
2.4 A alocação de matriz de risco nos contratos administrativos a depender do regime de empreitada escolhido.....	60
2.5 O sistema de equilíbrio econômico-financeiro e a importância da sua preservação.....	65
2.5.1 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro e sua relação com a matriz de risco.....	65
2.5.2 A importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos e as hipóteses de recomposição.....	68
2.6 Crítica ao sistema de “controle” utilizado pela Administração Pública brasileira para efetuar as compras de bens/serviços e a sua ineficiência: comparativo com o sistema de “compras” utilizados por países desenvolvidos.....	72
<b>3. Apontamentos sobre os limites de responsabilidades a serem assumidas pela empresa licitante em relação ao objeto contratado na perspectiva da matriz de risco alocada: estudo do caso do Edital 0179/2020-12/2020.....</b>	<b>78</b>
3.1 Análise acerca da limitação de responsabilidades a serem assumidas pela licitante na matriz de risco previamente contratada.....	78
3.2 Análise sobre a distribuição de responsabilidades não alocadas contratualmente.....	80

3.3 Análise da matriz de risco alocada no TR do Edital 0179/2020-12/2020.....	84
<b>Conclusão.....</b>	<b>91</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>98</b>

## Resumo

O presente estudo parte da diferenciação entre os principais tipos de regime de empreitada utilizados pela Administração Pública, quais sejam, o regime de empreitada por preço global, integral e unitário, com o intuito de analisar qual deve ser a matriz de risco comportada pela contratada nos contratos administrativos, sob o alicerce do princípio da juridicidade como forma de relativizar o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o privado. Em seguida, faz-se uma análise, com base na alocação de risco de cada regime, sobre as responsabilidades assumidas por cada contratante a depender do regime de empreitada escolhido pela Administração Pública para guiar a execução do contrato e atingir os objetivos nele estipulados, de modo a evidenciar, mais uma vez, que regimes distintos comportarão matrizes de risco diversas e, conseqüentemente, suas responsabilidades serão alteradas de modo a onerar uma das partes, excluindo-se, por exemplo, a análise simplista realizada usualmente com base na Teoria das Áleas. O entendimento de como funciona a matriz de risco e a atribuição de responsabilidades às partes é essencial para que o pacto contratual seja mantido durante o decorrer da execução do contrato. Tal feito encontra-se diretamente ligado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, instituto caracterizado como ferramenta essencial para efetivação do objetivo estipulado contratualmente. A abordagem baseia-se na jurisprudência, na doutrina, nacional e estrangeira, e na legislação pertinente ao tema.

**Palavras-chaves:** Regimes de empreitada; Matriz de Risco; Administração Pública; Contratos Administrativos; Responsabilidades.

## **Abstract**

The study initially intends to differentiate between the main types of contracting regime used by the Public Administration, being them, the contracting regime by global, integral and unit price, with the purpose of analyzing, based on this distinction, what is the risk allocation that will be behaved by the private enterprise in the administrative contracts, from the perspective of the principle of legality as a way of relativizing the constitutional principle of the supremacy of the public interest over the private. Next, the analysis will be performed based on the risk allocation of each regime, of the responsibilities assumed by each contractor depending on the contracting regime chosen by the Public Administration to guide the execution of the contract and achieve the objectives stipulated in it, in order to evidence, once again, that different regimes will contain a different risk allocation and, consequently, their responsibilities will be altered so as to burden one of the parties, excluding, for example, the simplistic analysis carried out in the past based on the Aleas Theory. The understanding of how the risk allocation and the attribution of responsibilities works to the contracting parties is essential for the contractual agreement to be maintained during the course of the execution of the contract, this is directly linked to the support of the economic-financial balance of the contract, an institute considered as an essential tool for the realization of the contractually stipulated objective. The methodology used in this academic work intends to be based on jurisprudence, doctrine, national and foreign, as well as the relevant legislation.

**Keywords:** Contracting Regimes; Risk Allocation; Public Administration; Administrative Contracts; Responsibilities



## **Lista de Figuras**

Figura 1 – Situação dos contratos do diagnóstico consolidado.....	74
Figura 2 - Riscos consideráveis alocados no TR.....	85

## **Lista de Tabelas**

Tabela 1 – Quantidade de obras por banco de dados .....	73
Tabela 2 – Simulação dos contratos relacionados a obras do diagnóstico consolidado.....	74
Tabela 3 - Motivos das paralisações das obras do PAC.....	75
Tabela 4 - Recorte da Planilha de Custos e Formação de Preços – Planilha Orçamentária.....	86

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

<i>CF</i>	<i>Constituição Federal de 1988</i>
<i>DNIT</i>	<i>Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes</i>
<i>EPG</i>	<i>Empreitada por preço global</i>
<i>EPU</i>	<i>Empreitada por preço unitário</i>
<i>EUA</i>	<i>Estados Unidos da América</i>
<i>LLC</i>	<i>Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993)</i>
<i>RDC</i>	<i>Regime Diferenciado de Contratação</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>TR</i>	<i>Termo de Referência</i>

# INTRODUÇÃO

É sabido que a Administração Pública atua perante seus administrados por meio de contratos administrativos sempre que esta necessitar executar indiretamente um serviço ou adquirir bens que sejam de seu interesse. Essa contratação é realizada, via de regra, após um processo licitatório, conforme previsto no art. 37, XXI, da CF<sup>1</sup>, sendo que para a execução desses contratos, é necessária a adoção de um regime de empreitada que melhor vá atender o interesse público na execução de determinado serviço/obra ou na aquisição de determinado bem, conforme preceitua o art. 10 da Lei nº 8.666/1993<sup>2</sup>, que discorre acerca dos regimes de empreitada regidos pela LLC, mas que também foram recepcionados pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 6º, XXVIII, XXIX e XXX, da Lei nº 14.133/2021<sup>3</sup>).

Os regimes de empreitada são escolhidos com base no objeto do contrato firmado entre as partes, sendo de suma importância que, a depender do escopo do trabalho requisitado, seja adotado regime de empreitada por preço global, integral ou unitário<sup>4</sup>. Desse modo, a partir da escolha do regime

---

<sup>1</sup> CF/88: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>2</sup> Lei nº 8.666/93: Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: II - execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (Vetado); d) tarefa; e) empreitada integral.

<sup>3</sup> Lei nº 14.133: Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: XXVIII - empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; XXIX - empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total; XXX - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional;

<sup>4</sup> Segundo o entendimento exarado pelo TCU no Acórdão 1977/2013, a escolha do regime não é discricionária, devendo ser sempre motivada e pautada no interesse público, pois, a depender do regime escolhido, os fatores relacionados à gestão do contrato sofrerão mudanças e impactarão toda a execução do objeto contratado.

de empreitada, uma série de especificidades devem ser destacadas, já que cada regime comporta determinadas especificidades, como, por exemplo, a alocação de risco e a responsabilidade que cada integrante da relação contratual deverá suportar, até porque alguns regimes, como é o caso do regime de empreitada por preço unitário, não comportam a matriz de risco de outros, conforme se demonstrará na presente pesquisa.

O risco propriamente dito, do ponto de vista contratual, relaciona-se com a probabilidade de acontecimentos futuros e incertos que, em regra, não são causados pelas partes e podem prejudicar o andamento dos contratos, impactando de modo negativo o cumprimento de seus objetos. Tais riscos podem ser inerentes a qualquer tipo de negócio, podendo ser, portanto, previsíveis e possíveis de serem assumidos pelo contratado, mas também existem os riscos que são imprevisíveis e inevitáveis e que por esses motivos não poderão ser imputados ao contratado.

Em razão disso, é extremamente necessário que os contratantes com a Administração Pública saibam quais riscos poderão suportar no decorrer da execução do contrato, a depender do regime de empreita escolhido pelo Poder Público, isso porque não é raro que a Administração Pública, no gozo de suas prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, altere o escopo do trabalho ou que ocorram modificações nos quantitativos da obra/serviço contratado durante sua execução que extrapolem o objeto previamente convencionado, imputando aos licitantes a assunção de uma matriz de risco extremamente alta, o que acaba por prejudicar as empresas privadas licitantes com o poder público, em razão da série de problemas assumidos durante a execução dos contratos e que, muitas vezes, ocasionam a imputação de penalidades injustas pelos órgãos fiscalizadores, resultando em sérios prejuízos aos contratados e, conseqüentemente, afetando a segurança jurídica das relações contratuais no âmbito administrativo.

Exatamente por não ser raro que a Administração Pública altere os escopos/quantitativos contratados unilateralmente ou impute à contratada obrigações dispostas à mais no contrato sem promover o adequada recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é que se faz necessária uma análise mais aprofundada acerca da relação entre o princípio da supremacia

do interesse público sobre o privado, implicitamente consagrado no texto constitucional, sob a ótica do princípio da juridicidade, de modo a situar a supremacia do interesse público como relativa.

Como forma de ilustrar a importância da presente pesquisa, menciona-se um processo licitatório realizado entre uma empresa privada e o DNIT, cujo regime adotado foi o EPU, para executar programas ambientais de supervisão e gerenciamento ambiental durante a implementação de uma ponte sobre o Rio Araguaia e seus respectivos acessos, na forma do disposto no Edital nº 0179/2020-12/2020<sup>5</sup> (Processo SEI nº 50612.000228/2020-21<sup>6</sup>), em que o termo de referência atribuiu à contratada uma série de riscos e responsabilidades que não foram previstos no edital, tampouco incluídos no objeto da licitação, como, por exemplo, o estudo e resgate de eventuais sítios arqueológicos descobertos no decorrer da execução das obras. Observa-se, portanto, nesse aludido caso, que o TR se encontra em flagrante divergência do previsto no edital, gerando enorme insegurança jurídica nas relações contratuais firmadas entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

Além do mais, a doutrina, a jurisprudência e a legislação brasileira já trouxeram entendimentos acerca da matriz de risco propriamente dita e das responsabilidades das partes nas relações contratuais em âmbito administrativo. No entanto, a alocação de risco deve se adequar ao regime de empreitada escolhido pela Administração Pública, devendo ser alocado “à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável

---

<sup>5</sup> SÃO MIGUEL DO ARAGUAIA (GO); COCALINHO (MT). Edital de licitação nº 0179/2020-12/2020. Contratação de empresa de gestão ambiental e execução de programas ambientais das obras de implementação da ponte sobre o Rio Araguaia. DNIT, 2020. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=7935>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

<sup>6</sup> Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte (DNIT). Processo SEI nº 50612.000228/2020-21. Licitação: Regime Diferenciado de Contratação – RDC, 2020. Disponível em: [https://sei.dnit.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?HJhA7S5z1x7wL1U9stdBj4r-AtH5bnr-vGhGSSaf8WFqXdMGmhJOVvIX7LgZ2twCgDIGspCLpUoZgc7lBvIVmHaO4yCr2d0TQHaSv aK8gcir8ta5ij2HdrTDgQT-llfd](https://sei.dnit.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?HJhA7S5z1x7wL1U9stdBj4r-AtH5bnr-vGhGSSaf8WFqXdMGmhJOVvIX7LgZ2twCgDIGspCLpUoZgc7lBvIVmHaO4yCr2d0TQHaSv aK8gcir8ta5ij2HdrTDgQT-llfd). Acesso em: 08 de jan. 2021.

ocorrer”<sup>7</sup> e, em muitas vezes, esse entendimento não acaba sendo respeitado pela Administração Pública.

Como forma de evidenciar o exposto acima, far-se-á uma comparação entre as compras públicas realizadas no Brasil e nos EUA, de modo a demonstrar o atraso e a visão engessada em que o modelo de compras utilizado pela nossa Administração Pública se encontra perante os sistemas de compras de países desenvolvidos. A exemplo disso, cita-se os EUA, onde as compras públicas se voltam para atingir objetivos de políticas públicas que proporcionem o desenvolvimento social e local, possuindo um órgão voltado para coordenar esse sistema de compras, cujo objetivo é justamente simplificar e agilizar a execução das compras governamentais. Já no Brasil, o objetivo volta-se basicamente ao combate à corrupção, com procedimentos complexos e voltados apenas para aspectos legais, que acabam por desestimular as empresas privadas (MARQUES, 2005).

Sob essa perspectiva, a fim de entender, de fato, como funciona a alocação de risco nos regimes de empreitada e, a partir disso, quais responsabilidades podem ser imputadas à contratada no âmbito contratual, a presente pesquisa se pautará em analisar as teorias que poderão oferecer fundamentação ao tema, como a Teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, a fim de verificar situações que podem ensejar desequilíbrio no cumprimento efetivo do objeto contrato, até porque a matriz de risco depende de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro que realize a adequada alocação de riscos e, conseqüentemente, estabeleça quais são as responsabilidades/obrigações de cada parte contratante (RIBEIRO, 2011).

Outra teoria importante para situar a forma como se dá a alocação de risco nos dias atuais nos contratos administrativos, é a Teoria das Áleas, muito utilizada pela doutrina tradicional para dispor acerca da matriz de risco no âmbito contratual administrativo. Ocorre que, conforme destacam Guimarães e Moreira (2016), tal teoria vem caindo em desuso, já que não consegue mais abranger todas as especificidades dos contratos modernos,

---

<sup>7</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos / Mauricio Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011.

tampouco as complexidades de cada risco imputado as contraentes no decorrer da execução dos objetos contratados.

Buscar-se-á verificar como a alocação de risco imputada pela Administração Pública à contratada interfere na relação contratual no âmbito dos regimes de empreitada e na responsabilização da licitante a partir do enfoque do interesse público sob a ótica do princípio da juridicidade, com base na hipótese de que os regimes de empreitada possuem diferenças significativas em relação a sua forma de alocação de risco, medições, remunerações, escopo de trabalho, etc. Isto posto, a depender do regime de empreitada escolhido pela Administração Pública, a matriz de risco e, conseqüentemente, as responsabilidades atribuídas à licitante sofreriam alterações. Assim, faz sentido inicialmente que o risco seja atribuído àquele que terá melhores condições de gerenciá-lo (RIBEIRO, 2011). Nessa linha acerca da alocação de riscos e responsabilidades, a presente pesquisa se mostra extremamente importante, até porque com a recente entrada em vigor da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, uma das mais relevantes modificações implementadas pela novo diploma, sem dúvidas, é a possibilidade de alocar a matriz de risco como cláusula contratual, buscando, assim, conferir maior previsibilidade aos contratos administrativos.

Além disso, por meio da análise de uma série de acórdãos do Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva do princípio da juridicidade ante a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a pesquisa pretende trazer maior veracidade e aplicação prática ao tema ora estudado, de modo a evidenciar que os regimes de empreitada incidem em diferentes ocasiões e, com isso, comprovar-se-á que a matriz de risco deverá se adequar a cada tipo. A exemplo disso, destaca-se o Acórdão do TCU nº 1977/2013, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, que veio com intuito de “uniformizar os procedimentos sobre a utilização do regime de empreitada por preço global (EPG)<sup>8</sup>” ante a falta de clareza de suas implicações, evidenciando que a jurisprudência do TCU não era consolidada

---

<sup>8</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo, 2013, p. 1.



sobre o tema até pouco tempo atrás. O presente acordo foi de extrema importância para o debate acerca das diferenças entre os regimes de empreitada, possibilitando a discussão acerca da matriz de risco inerente aos contratos administrativos e, conseqüentemente, sobre as responsabilidades imputadas às partes. Dito isso, espera-se que casos como o citado anteriormente (Edital nº 0179/2020-12/2020 DNIT) tornem-se raros e, com isso, as relações no âmbito dos contratos administrativos sejam aperfeiçoadas e se tornem cada vez mais seguras, tanto para o particular contratado quanto para a Administração Pública.

Dito isso, a ideia no primeiro capítulo é discorrer inicialmente sobre a diferenciação entre os regimes de empreitada por preço global, integral e unitário, que são absolutamente distintos em termos de racional econômico, para posteriormente evoluir sobre a discussão acerca da alocação de riscos e responsabilidades imputadas à contratada, além de explorar o princípio da juridicidade como alicerce para relativizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista a deflagração da crise da lei e do princípio da legalidade administrativa, de modo a afastar o entendimento de que deve sempre prevalecer o interesse da coletividade sobre o individual, ou seja, demonstrar que a simples aplicação literal das normas jurídicas de direito administrativo, sem sua contextualização frente aos princípios constitucionais e ao caso fático, já não possui mais espaço nas discussões atuais. A exemplo disso, cita-se a Teoria das Áleas, com uma visão simplista e predefinida de matriz de risco, encontra-se em desuso em nosso ordenamento jurídico e no que tange aos contratos administrativos, que será discutida no próximo capítulo.

Na segunda parte, a partir do discutido no primeiro capítulo e sob a ótica do princípio da juridicidade frente à supremacia do interesse público sobre o privado e em face da ruptura da rigidez existente na repartição de riscos feita pela Teoria das Áleas, a discussão se volta para o modo como é gerenciada de fato a alocação de risco nos contratos administrativos, com base no regime de empreitada escolhido pela Administração Pública para atingir os objetivos estipulados contratualmente e a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido nas circunstâncias que o negócio se fundou, junto ao princípio da eficiência. O objetivo, agora, é demonstrar que a depender do

regime escolhido, por força de suas peculiaridades, a matriz de risco sofrerá significativas alterações, de modo a onerar mais a contratada ou a própria Administração Pública, na perspectiva doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Aqui, caberá realizar um paralelo com os sistemas de compras públicas utilizados por países desenvolvidos, a fim de demonstrar que o entendimento brasileiro acerca de um sistema puro de “controle” nas compras públicas – utilizado atualmente por países em desenvolvimento – encontra-se ultrapassado.

Por fim, no último capítulo, após discorrida a forma como cada regime comporta sua respectiva alocação de risco, ter-se-á o objetivo de explicitar sobre como será a responsabilização da licitante sobre eventos danosos ocorridos no decorrer da execução do contrato, relacionada com os riscos alocados em cada regime, já que a contratada, por vezes, acaba respondendo pelo ocorrência de eventuais eventos no decorrer da execução do contrato, assumindo determinadas obrigações de terceiros, ou até mesmo da Administração Pública, que não lhe deveriam ser imputadas contratualmente, dentro da perspectiva da capacidade das partes de gerenciar os riscos que lhes foram atribuídos inicialmente sob sua responsabilidade. Afinal, se existe diferença entre os regimes de empreitada e, por conta disso, cada um será escolhido para atender indiretamente o interesse público em determinado serviço/obra licitado e, conseqüentemente, suportará determinada matriz de risco, necessário abordar quais responsabilidades podem ou não ser imputadas à contratada.

## Capítulo 1

### **A diferenciação dos regimes de empreitada e o princípio da juridicidade como alicerce para relativizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**

#### **1.1 A necessidade de distinção entre os regimes de empreitada diante da controvérsia existente na legislação, doutrina e jurisprudência**

A LLC, em seu art. 10, II, “a”, “b”, “d” e “e”, menciona os quatro tipos de regimes de execução indireta que deverão ser adotados para executar obras públicas ou para realizar serviços por meio de contratos administrativos firmados pela Administração Pública e a iniciativa privada, sejam eles: (1) empreitada por preço global; (2) empreitada por preço unitário; (3) tarefa; e (4) empreitada integral. No entanto, para fins do presente estudo, focar-se-á na distinção dos denominados regimes de empreitada, respectivamente dispostos nas alíneas “a”, “b” e “e”, do artigo supramencionado. Vale destacar também que a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), recentemente sancionada, recepcionou os mesmos regimes de empreitada que a antiga LLC, sejam eles: empreitada por preço unitário, por preço global e integral, sendo, portanto, uma discussão atual e necessária.

Como forma de evidenciar a importância de se discutir a diferenciação de tais regime, cita-se que a lei nº 8.666/93 exige que tanto o edital quanto o contrato administrativo prevejam expressamente qual o regime de execução<sup>9</sup> será adotado para cumprir com os objetos contratados, além do fato de que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também dispõe ser dever do edital conter as regras relativas à fiscalização e à gestão do contrato, evidenciando a importância de se prever qual o regime irá reger a

---

<sup>9</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

execução do objeto da licitação<sup>10</sup>. Ocorre que pelo fato da jurisprudência acerca da matéria não ser consolidada no âmbito do TCU até pouco tempo atrás, existia uma enorme controvérsia sobre o tratamento dado aos tipos de regime de execução de empreitada e, por esse motivo, o Tribunal de Contas da União, com o intuito de uniformizar o entendimento acerca do regime de empreitada por preço global, discorreu sobre as peculiaridades do regime de empreitada por preço unitário também disposto na Lei nº 8.666/93, de forma a deixar clara a diferença existente entre eles e guiar a atuação dos auditores do TCU em relação ao tema (Acórdão 1977, 2013), já que são os regimes mais utilizados nas contratações de obras públicas e que têm gerado maior controvérsia sobre a forma como se comportam com relação aos critérios de medição, pagamento, entre outros<sup>11</sup>.

Além disso, conforme disposto pelo Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, aprovado pela Portaria-SEGCEX nº 33, de 7 de dezembro de 2012, pelo fato da LLC não discorrer com clareza quando e como cada regime de empreitada deverá ser utilizado, existe uma divergência “quanto à escolha e à operacionalização”<sup>12</sup> desses regimes de execução no âmbito dos contratos administrativos. Niebuhr (2013) define bem essa questão acerca da imprecisão sobre a distinção entre os regimes de execução, difundida tanto pela jurisprudência quanto por parte da doutrina, principalmente com relação aos regimes de EPU e EPG, em que tais incompreensões acarretam sérios prejuízos para o particular contratado e, em muitos casos, com proporções tão desastrosas que se tornam insuportáveis de serem assumidas pelo licitante.

Por isso, segundo o exarado pelo TCU no Acórdão nº 1977/2013, a escolha dos regimes de empreitada se dará com base no objeto do contrato firmado entre as partes, sendo que, a depender do escopo do trabalho requisitado, adotar-se-á o regime de empreitada por preço global, integral ou unitário, ou seja, o regime que mais se adequar ao caso, não sendo decisão

---

<sup>10</sup> Lei nº 14.133/2021: Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

<sup>11</sup> MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. (2015). Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n.6, p. 85-97, set.2014/fev.2015.

<sup>12</sup> Portaria-SEGCEX Nº 33, de 7 de dezembro de 2012: Roteiro de auditoria de obras públicas. Brasília: TCU, 2012, p. 86.

de livre arbítrio do gestor público, uma vez que este deverá pautar-se pelo interesse público e motivar adequadamente sua escolha. Desse modo, a partir da escolha do regime de empreitada, uma série de especificidades devem ser destacadas, até porque é de extrema importância a escolha do regime de execução que será adotado, uma vez que essa decisão norteará a forma de remuneração do contratado, bem como as consequências de seu inadimplemento (MOREIRA & GUIMARÃES, 2012), e também a forma como os serviços contratados serão medidos e pagos (ATOUNIAN, 2012).

O entendimento prolatado pelo TCU no Acórdão nº 337/2005<sup>13</sup> seguiu o pensamento exarado pela doutrina, que entende que a escolha do regime também deve seguir o critério do pagamento dos serviços contratados, ou seja, o regime de execução, além de se adequar ao objeto licitado, também deverá ter como base o “critério de apuração do valor a ser pago ao particular”<sup>14</sup> observando a distinção realizada pela LLC quando se refere aos tipos de execução indireta<sup>15</sup>. Não existe, portanto, “um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público”<sup>16</sup>, sendo necessário, portanto, distinguir de maneira clara como os regimes de empreitada se comportam e, dessa forma, estabelecer quando determinado regime deverá ser escolhido e como este irá se portar durante a execução do contrato.

Além disso, a escolha do regime de execução contratual tem estrita relação com o objeto a ser executado, com a precisão de informações constantes no projeto básico, bem como em seus estudos técnicos, com a melhor forma de realizar as medições e, com isso, a remuneração da contratada, se dentro de uma perspectiva de EPU, EPG ou integral, além de verificar como se daria a fiscalização do contrato, etapa extremamente importante, entre outros fatores (Acórdão 1977, 2013).

---

<sup>13</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2005. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. 2005.

<sup>14</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2005. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. 2005, p. 15.

<sup>15</sup> As alíneas “a”, “b” e “e”, do inciso VIII, do art. 6º, da Lei nº 8.666/93 dispõem brevemente acerca da maneira como cada regime de execução será pago pela Administração Pública ao particular, o que evidencia que cada regime de empreitada tem suas peculiaridades.

<sup>16</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo, 2013, p. 3.

Na lição de Mânica e Lahoz (2014-2015), fica ainda mais clara a necessidade de se distinguir os regimes de empreitada e de compreender que diferentes regimes possuem diferentes modos de execução/medição. Isso porque a Administração Pública, diante dos escândalos de irregularidades nas licitações de grandes obras, tem adotado uma postura mais rígida e vigorosa em relação à fiscalização dos contratos administrativos, o que não significa que seja dentro da legalidade, e acaba por “promover uma espúria combinação dos regimes de execução de obras públicas: contrata pelo regime de empreitada por preço global e fiscaliza pelo regime de empreitada por preço unitário”<sup>17</sup>. Isso gera enormes prejuízos ao contratado, que tem que lidar com o ônus decorrentes das inconformidades entre o projeto básico licitado e o objeto efetivamente exigido pela Administração Pública.

## **1.2 A diferença entre os regimes de empreitada por preço global, unitário e integral**

### **1.2.1 Caracterização do Regime de Empreitada por Preço Global**

Tendo como base o disposto no art. 6º, VIII, “a” da Lei nº 8.666/93<sup>18</sup>, recepcionado pela nova Lei de Licitações e Contratos em seu art. 6º, XXIX<sup>19</sup>, o regime de empreitada por preço global deverá ser escolhido quando se contratar a execução de uma obra ou serviço por preço certo e total. Entende-se como preço certo e total “quando os quantitativos dos serviços a serem executados puderem ser definidos com precisão”<sup>20</sup>, ou seja, quando houver meios de se definir com exatidão a qualidade e a quantidade do objeto a ser executado. Para isso, é necessário que a Administração Pública forneça uma minuciosa definição dos componentes da obra ou do serviço, para que o

---

<sup>17</sup> MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. (2015). Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n.6, p. 85-97, set.2014/fev.2015, p. 85.

<sup>18</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

<sup>19</sup> Lei nº 14.133/2013: XXIX - empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

<sup>20</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo, 2013, p. 3.

contratado possa estimar precisamente os custos a serem despendidos com uma margem mínima de erro, resultando no preço certo e total a ser pago (Acórdão 1977, 2013).

Como forma de possibilitar essa definição minuciosa, exige-se que o projeto básico<sup>21</sup>, disponibilizado junto ao edital, possua um alto grau de detalhamento, cujo intuito é possibilitar que o interessado no certame elabore uma proposta tendo conhecimento de todas as particularidades do objeto licitado, a fim de minimizar futuramente as variações contratuais, ou seja, os riscos, a serem absorvidos pela contratada no decorrer da execução do contrato. Isso possibilitará que as licitantes apresentem propostas que englobem exatamente todo o objeto da licitação, o que resultará, conseqüentemente, em menores preços a serem ofertados, já que todos os riscos, em regra, poderão ser previstos e, com isso, minimizados, além do fato de que os custos serão orçados com uma margem mínima de incerteza (Acórdão 1977, 2013).

Corroborando a isso o previsto no art. 47 da Lei nº 8.666/93<sup>22</sup>, exigindo-se que nas licitações em que for adotado o regime de empreitada por preço global, a Administração Pública é obrigada a fornecer todos os elementos e informações necessários à elaboração das propostas, possibilitando aos licitantes auferirem o preço certo e total da obra ou serviço. Exatamente por isso, entende-se que a contratada, em regra, poderia arcar com os erros e omissões em relação aos quantitativos previstos a que deu causa, sem a possibilidade de celebrar aditivos contratuais, isso porque, como a Administração Pública forneceu com exatidão todas as particularidades do objeto a ser licitado, os custos subestimados por erro da contratada seriam de sua responsabilidade (Acórdão 1977, 2013).

---

<sup>21</sup> A LLC dispõe em seu art. 6º, IX, que entende-se como projeto básico “o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução” (...).

<sup>22</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Como o projeto básico é pré-requisito em todas as contratações realizadas pelo Poder Público, ou seja, exige-se que em todas as obras públicas elabore-se um projeto bem detalhado, porém, essa necessidade de detalhamento aumenta muito quando a execução da obra se dará por meio do regime de EPG, tendo em vista a necessidade de alta precisão do projeto básico que possibilite ao interessado no certame a elaboração de uma proposta condizente que englobe toda a execução da obra ou serviço por um preço certo e total (Acórdão 1977, 2013).

É dizer, quando se contrata pelo regime de empreitada por preço global, a Administração Pública deve ter consciência que um projeto básico mal elaborado e incompleto impactará fortemente na execução da obra/serviço: (1) fazendo com que os licitantes incluam os mais diversos riscos com o intuito de se precaverem, superestimando os valores ofertados; ou (2) aumentando a possibilidade de ocorrência de imprevistos das mais diversas naturezas, tornando inviável o fiel cumprimento do objeto contratado (Acórdão 1977, 2013).

Nesse sentido, Mânica e Lahoz (2014-2015) definem com exatidão e de forma sintetizada quais as principais características acerca da empreitada por preço global, principalmente sobre a necessidade de um projeto preciso, que abarque todos os quantitativos necessários à execução do objeto contratado, o que possibilitará a entrega de um preço certo e total da obra:

A empreitada por preço global, portanto, é um regime de execução de obra pública definido por um projeto básico preciso e minucioso, que especifica quantitativamente todos os serviços e materiais essenciais para a sua execução. Nele, são definidas as etapas completas, incluindo os respectivos serviços e a quantidade de materiais necessários<sup>23</sup>.

No entanto, imperioso salientar que a doutrina tem entendido que em casos de omissões e erros relevantes em relação ao orçamento global da obra que tenham sido causados pela Administração Pública e gerem impactos negativos na execução do contrato, seguindo a regra da causalidade, a responsabilidade por assumi-los recairá sobre aquele sujeito que deu causa

---

<sup>23</sup> MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. (2015). Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n.6, p. 85-97, set.2014/fev.2015, p. 87.



ao evento danoso, ou seja, se por erro no projeto básico, a proposta do licitante não apresentou o detalhamento necessário e exigido, caberá a Administração arcar com as consequências de seus erros e omissões, não sendo lógico imputá-los aos contratados (NIEBUHR, 2013).

Marçal Justen Filho (2019) segue o mesmo entendimento ao dispor que caso o projeto básico não seja bem elaborado pela Administração e que isso, conseqüentemente, gere maiores divergências com relação aos quantitativos a serem executados pela contratada, é totalmente equivocada que esta deverá arcar com todos as variações supervenientes durante a execução do contrato. Além disso, um projeto mal elaborado faz com que as propostas apresentaram maiores valores orçados e até mesmo tornar a execução do objeto contratado inviável.

Portanto, “em resumo, pode-se afirmar que a conveniência de se adotar o regime de empreitada por preço global diminui à medida que se eleva o nível de incerteza sobre o objeto a ser contratado”<sup>24</sup>. As incertezas constantes dentro de um projeto básico podem gerar consequências tão sérias, cujo resultado seriam propostas inexequíveis ou com valores totalmente exorbitantes, ocasionando até mesmo a anulação dos certames licitatórios viciados (Acórdão 1977, 2013).

Seguindo o raciocínio acerca da caracterização do regime de EPG, o acórdão paradigmático exarado pelo TCU assevera que as etapas de execução do objeto licitado sob a ótica do regime de EPG são previamente definidas no cronograma físico-financeiro anexado juntamente ao contrato, seguindo o projeto básico que fora disponibilizado pela Administração Pública. Dessa forma, a contratada apenas será remunerada após a execução de cada etapa previamente prevista no cronograma e devidamente medida, em que as medições nesse regime deverão ser apenas suficientes para definir qual o percentual executado do projeto, ou seja, não é necessário que haja um levantamento rigoroso e preciso acerca dos quantitativos entregues pelas contratada, o que acaba por facilitar e muito o papel do fiscal do contrato responsável pela fiscalização da obra (Acórdão 1977, 2013).

---

<sup>24</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 1977/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo. 2013, p. 6.

Outro ponto importante levantado pelo mencionado acordão, é a atribuição de responsabilidades ao fiscal do contrato, cujo papel é assegurar o andamento da obra dentro das especificações do projeto básico e, portanto, realizar as medições conforme as peculiaridades de cada regime de execução, não sendo possível combiná-los e exigir a entrega do objeto pelo regime de EPG com a medição realizada pelo regime de EPU (Acórdão 1977, 2013).

Em resumo, o regime de empreitada por preço global contrata pelo preço certo e total da obra ou serviço, sendo, em regra, um valor fixo até o final da execução do objeto licitado, o que restringe a possibilidade de celebração de aditivos no decorrer da obra/serviço, porém, não é vedado o seu aditamento. Além disso, a EPG atribui maiores riscos ao contratado acerca dos quantitativos de serviços a serem executados e isso implica em propostas com valores superiores se comparado com o regime de EPU, por exemplo. Outro ponto que é vantajoso para a Administração Pública dentro desse regime, é a simplicidade com que as medições são realizadas e isso, conseqüentemente, despense menor custo em relação à fiscalização do contrato, ainda, o fato do contratado apenas receber somente após a conclusão de cada etapa, acaba por estimular o cumprimento dos prazos de entrega estipulados no cronograma e, no ponto de vista da doutrina, esse regime é o mais favorável ao contratante, ou seja, para a Administração Pública (Acórdão 1977, 2013).

### **1.2.2 Caracterização do Regime de Empreitada por Preço Unitário**

Extrai-se do art. 6º, VIII, “b”, da LLC, também recepcionado pela Lei nº 14.133/2021, em seu art. 6º, XXVIII<sup>25</sup>, que a empreitada por preço unitário é a contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas, isso quer dizer que nesse regime o edital e seus anexos deverão estipular qual a quantidade dos serviços e materiais que serão necessários para o cumprimento do objeto da obra/serviço licitado, estipulando, portanto, o valor certo por cada unidade que será utilizada. Por essa razão, diferentemente do regime de EPG, esse regime é utilizado sempre que a Administração Pública não consiga prever e estimar de antemão e com

---

<sup>25</sup> Lei nº 14.133/2021: XXVIII - empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

tamanha precisão os quantitativos a serem executados, devido as características do objeto a ser executado (MÂNICA & LAHOZ, 2014-2015).

Segundo Marçal Justen Filho (2019), a empreitada por preço unitário é cabível quando o particular ficar responsável por executar obra ou serviço por preço certo, porém com unidades determinadas, ou seja, quando o projeto puder ser executado por etapas, em que o contratado assume a responsabilidade por executar cada unidade, cujo objeto contratado pode ser fracionado, diferentemente da empreitada por preço global ou integral.

O projeto básico elaborado pela Administração Pública nesse regime não exige um alto grau de detalhamento como na EPG e na integral, cuja disposição se dará em unidades predeterminadas que compõem a totalidade da obra ou serviço a ser executado, isto é, um conjunto de várias parcelas de quantitativos que formarão a unidade. Nessa linha, de acordo Mânica e Lahoz (2014-2015), “a empreitada por preço unitário é, pois, o conjunto de retalhos vistos, cada qual, de maneira individual na contratação, de maneira a formar a totalidade”<sup>26</sup>.

Isso não quer dizer que o projeto básico desenvolvido pela Administração Pública no regime de EPU será deficitário, pelo contrário, essa maior imprecisão está intrinsecamente ligada à natureza do objeto contratado, em que mesmo com projetos bem elaborados, determinados serviços poderão apresentar um nível de imprecisão maior que outros, como é o caso dos exemplos trazidos pelo TCU, no Acórdão 1977/2013, quando se refere aos serviços de movimentação de terra em rodovias e barragens, tendo em vista as incertezas intrínsecas nas estimativas de quantitativos que poderão variar durante a execução da obra (Acórdão 1977, 2013).

Assim, diante da dificuldade da Administração Pública em precisar os quantitativos e da indefinição do objeto do contrato, o licitante irá elaborar suas propostas com base nas estimativas de unidades que acredita serem suficientes para o cumprimento da obra, por isso que nos contratos regidos pelo regime de EPU, prevalecerão as quantidades reais, ou seja, com base no

---

<sup>26</sup> MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. (2015). Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n.6, p. 85-97, set.2014/fev.2015, p. 88.

disposto na proposta aprovada, as quantidades orçadas a mais ou a menor serão glosadas ou acrescidas conforme a obra ou serviço demandarem e serão medidas as que de fato forem utilizadas (BONATO, 2012, *apud* MÂNICA & LAHOZ, 2014-2015).

Por esse motivo é que a remuneração do licitante nesse regime de empreitada ocorrerá com base nas unidades efetivamente executadas e medidas, sendo remunerada pelo que de fato foi entregue, de acordo com os preços que foram previamente dispostos na planilha de custos multiplicado pela quantidade que fora executada naquela etapa. Exatamente por isso que a medição dos serviços nesse regime é extremamente rigorosa e precisa, se comparada com a realizada nos regimes de EPG e de empreitada integral, sendo uma vantagem para o contratado, uma vez que este assume apenas a obrigação de executar os quantitativos previamente orçados e receberá pela entrega das quantidades reais de bens e materiais que foram aplicados na obra, impedindo que o contratado assumira riscos com relação aos escopos de trabalho ou com relação aos erros de levantamento, característica que torna o acompanhamento bem mais difícil para a Administração Pública (Acórdão 667, 2020).

Corroborar a isso o disposto pelo acórdão paradigmático exarado pelo TCU que a medição “é muito mais crítica no regime de empreitada por preço unitário do que em contratos a preços globais, visto que as quantidades medidas no campo devem ser exatas, pois corresponderão, de fato, às quantidades a serem pagas”<sup>27</sup>. Em razão disso, o preço final do contrato poderá oscilar, tanto para mais quanto para menos, se comparado ao valor proposto no início da execução da obra/serviço, tendo em vista a precisão das medições realizadas durante a execução da obra (Acórdão 1977, 2013).

Nessa linha, colaciona-se o entendimento exarado pelo TCU no Acórdão 1516/2013, que prevê que “a contratação sob o regime de preços unitários vincula a remuneração do contratado às quantidades de serviços efetivamente executadas”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 1977/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo. 2013, p. 4.

<sup>28</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 1516/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo. 2013, p. 14.

Além disso, a jurisprudência pertinente ao caso e confirmada pelo Acórdão 1977/2013 do TCU, assevera que no regime de EPU, por mais que a remuneração seja dada com base nas medições rigorosas realizadas pela Administração Pública em relação aos quantitativos que foram previamente definidos, é possível que ocorram pequenas variações, para mais ou para menos, sem a necessidade de formalização de um aditivo, no entanto, o valor final da obra não poderá ser superior ao valor contratado inicialmente. Salienta-se, porém, que uma das desvantagens do regime de empreitada por preço unitário é a frequente necessidade de celebração de aditivos contratuais para suprir com a inclusão de novos serviços ou alteração do quantitativos durante a execução do contrato, em razão das incertezas inerentes à natureza do objeto contratado, já que conforme exposto acima, o licitante executa apenas aquilo que foi previamente definido no projeto e que, posteriormente, será medido e pago pela Administração Pública, sem assumir enormes riscos com relação ao escopo de serviço (Acórdão 1977, 2013).

Em resumo, o regime de empreitada por preço unitário apresenta mais vantagens ao contratado, na medida em que este não assumirá as eventuais variações no que diz respeito aos quantitativos da obra, apresentando menor risco ao construtor e sua remuneração será com base no que fora realmente executado, além disso apresenta o fato de que o projeto básico não necessitará ser tão preciso se comparado aos regime de empreitada por preço global ou integral, tendo em vista as incertezas inerentes à natureza do objeto, o que torna mais fácil sua elaboração pela Administração Pública. No entanto, o rigor nas medições é altíssimo, exigindo do fiscal do contrato uma alta precisão em realizá-las, já que a remuneração da contratada dependerá exclusivamente disso, o que acaba por aumentar os custos da Administração para acompanhamento da obra. Além disso, pelas incertezas do objeto contratado, a celebração de aditivos é frequente e isso poderá implicar num aumento significativo do valor final do contrato com a inclusão de novos serviços e alteração dos quantitativos, resultando, portanto, em um preço final do contrato incerto (Acórdão 1977, 2013).

### 1.2.3 Caracterização do Regime de Empreitada Integral

Já a definição de empreitada integral está disposta no art. 6º, VIII, “e” da Lei nº 8.666/1993 e também fora recepcionada pela Lei nº 14.133/2021, em seu art. 6º, XXX<sup>29</sup>, sendo utilizada quando a Administração Pública contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas da obra, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, ou seja, o contratado será responsável por todas as interfaces existentes durante a execução do contrato, o que poderá ser uma “vantagem considerável para o contratante, que nem sempre possui meio, *expertise* ou pessoal especializado para cumprir essas tarefas com destreza”<sup>30</sup>.

Seguindo a mesma linha do regime de empreitada por preço global e com base no Acórdão 1846/2006 exarado pelo TCU, o regime de empreitada integral não é cabível para executar obras ou serviços cujas etapas ou partes possam ser fracionadas, tampouco dever-se-á aplicar tal regime de empreitada em projetos cujo grau de imprecisão seja alto e de difícil precisão por parte da Administração Pública, de modo que pressupõe-se que sejam elaborados projetos mais completos e específicos, possibilitando que o licitante apresente propostas fiéis a real necessidade da Administração e, com isso, as variações durante a execução, que, em regra, são atribuídas ao contratado, sejam minimizadas. Nessa linha, destaca-se que mais uma vez faz-se necessário observar a natureza do empreendimento a ser licitado (Acórdão 1846, 2006).

O Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, aprovado pela Portaria-SEGEXEX nº 33, de 7 de dezembro de 2012, dispõe ainda que o regime de empreitada integral é “indicado para implantação de projetos complexos, que exigem conhecimentos que não estão disponíveis a uma única

---

<sup>29</sup> Lei nº 14.133/2021: XXX - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional;

<sup>30</sup> RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 16.

empresa”<sup>31</sup>, por esse motivo, a empreitada integral atribui um altíssimo grau de responsabilidades ao contratado, se comparado com os demais regime de execução, tendo em vista que este assume o cumprimento de todas as etapas do projeto, comprometendo-se a entregar o objeto em condições de entrada em operação.

É dizer, nesse tipo de regime de empreitada, comumente chamado pela doutrina e pela jurisprudência de *turn key*, que significa numa tradução liberal “ligar a chave”, prática bastante utilizada na iniciativa privada, o contratado se obriga a entregar o objeto totalmente apto ao seu funcionamento. Assim, não basta que o construtor licitante com a Administração Pública somente finalize a obra ou o serviço, para que seja considerada de fato integralmente cumprida, dever-se-á comprovar que o objeto entregue está em plenas condições de funcionamento, com as devidas obras, serviços e instalações funcionando. É exatamente nesse ponto que o regime de empreitada integral se difere da EPG, já que exige que além da entrega do objeto finalizada, que este esteja em condições plenas de funcionamento (GOMES RIBEIRO, 2011).

Em razão de suas particularidades, o regime de empreitada por preço integral não é muito utilizado pela Administração Pública graças ao disposto no § 1º, do art. 23 da Lei nº 8.666/1993<sup>32</sup>, que prevê sempre que possível o parcelamento do objeto da licitação de forma a propiciar efetiva vantagem econômica para a Administração Pública. Assim, quando se trata de obra pública, em razão da multiplicidade de tipos e características exigidos pela Administração Pública, o parcelamento se mostra obrigatório, de modo a propiciar uma maior competitividade no certame, o que não seria possível caso a obra fosse indivisível em sua integralidade. O parcelamento só poderá ser afastado em razão da natureza do objeto a ser licitado – como a característica, o local, a dimensão, a implantação da obra, por exemplo -, sendo necessário

---

<sup>31</sup> Portaria-SEGECEX Nº 33, de 7 de dezembro de 2012: Roteiro de auditoria de obras públicas. Brasília: TCU, 2012, p. 89.

<sup>32</sup> Lei nº 8.666/1993: Art. 23: (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

que o gestor demonstre efetivamente a sua inviabilidade, não podendo estar presentes os requisitos de viabilidade técnica<sup>33</sup> e econômica<sup>34</sup>. É dizer, para que seja considerado inviável, o parcelamento deve ocasionar a perda da integridade original do objeto licitado e também ocasionar um aumento nos custos a cargo da Administração Pública, caso contrário, será obrigatório nos termos da lei (TCU, Roteiro de Autoria de Obras Públicas, 2012).

Além do mais, o Acórdão 711/2016 explicita bem como o regime de empreitada deverá ser escolhido, exatamente pelo fato de ser utilizado para gerir contratos cujos objetos sejam de vulto complexo, é que haja necessária a perfeita integração entre todas as etapas de obras, serviços e instalações para atingir o objeto final, qual seja, o pleno funcionamento do empreendimento. Inclusive, a escolha desse regime fora dessas condições fere o princípio do parcelamento consagrado pela LLC, uma vez que inclui no escopo do trabalho itens que poderiam ser licitados à parte, como, por exemplo, equipamentos e mobiliário (Acórdão 711, 2016).

O TCU, no Acórdão 1194/2018, de relatoria do Ministro Augusto Sherman, enfatizou que, assim como igualmente ocorre no regime de EPG, as variações e imprecisões constantes no projeto básico não constituem razões para correção e aditivação contratual, porquanto tais riscos deveriam, em regra, ter sido inseridos no escopo do contrato, sendo assumidos, portanto, pelo contratado, que deverá incluí-los no preço certo e total do contrato:

“Eventuais imprecisões no projeto básico, com o qual o contratado assume expressa concordância, não constituem razões para o pleito da sua correção por meio de aditivação contratual, já que esses riscos se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado e devidamente incluídos no preço total do contrato”<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Segundo o disposto no Roteiro de Autoria de Obras Públicas, publicados pela Portaria SEGECEX n° 33, a viabilidade técnica refere-se ao fato de se ocorrer o parcelamento, o objeto licitado não será descaracterizado quando houver sua fragmentação, ou seja, é viavelmente possível que se parcele a licitação. Deve-se manter a integridade original do objeto, caso contrário, inviável realizar o parcelamento.

<sup>34</sup> A viabilidade econômica, por sua vez, de acordo com o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas (2012), refere-se ao fato de que o parcelamento não poderá elevar os custos da Administração Pública.

<sup>35</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 1194/2018. Plenário. Relator: Augusto Sherman, 2018, p. 41.



Destaca-se que o regime de empreitada integral possui certa similaridade com o regime de empreitada por preço global. Imperioso destacar que ambos se diferenciam pela forma em que se dará a entrega do objeto contratado, sendo que na EPG, contrata-se a execução de uma obra ou de um serviço determinado pelo preço certo e total, já na empreitada integral, o objeto contratado refere-se à totalidade do empreendimento, englobando todas as etapas de obras, serviços e instalações necessários ao efetivo funcionamento do objeto, devendo ser entregue pronto para entrar em operação. Ainda, o regime integral deverá ser adotado quando o objeto a ser executado apresentar extrema complexidade e não puder ser parcelado, em razão da inviabilidade técnica e econômica, atribuindo-se todas as variações e riscos ao contratado. Por esse motivo, o preço final do contrato tende a ser mais elevado (TCU, Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012).

### **1.3 A relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, com base no princípio da juridicidade**

Feita a análise acima acerca da distinção entre os regimes de empreitada que eram previstos pela Lei nº 8.666/1993 e que foram recepcionados pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos recentemente sancionada, a partir da doutrina e jurisprudência examinada, observou-se que a escolha do regime se baseará, basicamente, em dois pilares, o primeiro com foco no objeto a ser executado e o segundo pautando-se na defesa do interesse público. Ocorre que para que seja possível evoluir na discussão acerca da alocação de riscos e das consequentes responsabilidades imputadas à contratada dentro dos respectivos regimes de empreitada, faz-se necessário o aprofundamento no estudo do princípio da juridicidade como alicerce para relativizar o princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista a crise da lei e do princípio da legalidade administrativa, quando o assunto evoluir à análise de riscos e responsabilidades que serão imputadas à contratada no decorrer da execução do contrato.

A escolha do regime ser pautada pelo interesse público é compreensível, até porque o princípio da supremacia do interesse público

norteia a atuação da Administração Pública, prezando pela defesa concreta dos interesses da coletividade frente aos individuais (CAMPOS & RANGEL, 2018). No entanto, não é raro que a Administração Pública se utilize de suas prerrogativas e altere unilateralmente – e ilegalmente – os escopos e quantitativos contratados sem observar o regime de empreitada escolhido ou impute à contratada uma assunção de riscos extremamente exorbitante, sem promover a adequada compatibilização destes nas planilhas de custos ou a necessária recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no decorrer da execução contratual. A exemplo disso, cita-se o caso do Edital nº 0179/2020-12/2020<sup>36</sup>, que será examinado mais à frente. Por isso, faz-se necessária uma análise mais aprofundada acerca da relação entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sob a ótica do princípio da juridicidade, como forma de relativizar essa supremacia, quando discute-se a alocação de riscos e responsabilidades.

Partindo dessa premissa, necessário abordar a crise do princípio da legalidade administrativa frente à constitucionalização do direito administrativo e a adoção do princípio da juridicidade.

### **1.3.1 A crise do princípio da legalidade estrita e a chamada a crise da lei**

Com a revolução francesa de 1789, objetivou-se conceber uma sociedade livre, fraterna e igualitária, dando força à constituição de um Estado de Direito e minando conseqüentemente o poder absoluto dado aos reis na época, constituindo-se um marco histórico na luta pela proteção dos interesses individuais perante a Administração Pública (DIAS & SILVA, 2017). Com a finalidade de garantir aos indivíduos os ideais da Revolução Francesa, a teoria do Estado de Direito fundamentou-se no princípio de que o Estado somente poderia agir com base na norma jurídica, tornando o poder estatal competente para garantir a dignidade do homem, a liberdade, a justiça e a segurança jurídica (DIAS & SILVA, 2017).

---

<sup>36</sup> SÃO MIGUEL DO ARAGUAIA (GO); COCALINHO (MT). Edital de licitação nº 0179/2020-12/2020. Contratação de empresa de gestão ambiental e execução de programas ambientais das obras de implementação da ponte sobre o Rio Araguaia. DNIT, 2020. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=7935>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

Pode-se afirmar que o instituto da lei no Estado de Direito transformou-se no ato normativo sancionado pelo Legislativo com vistas a limitar o poder do Estado ante a sociedade (CLÈVE, 2011). Portanto, nessa lógica do Estado de Direito, chamado de Estado “liberal”, em que a lei limitava a atuação do Estado, consolidou-se o princípio da legalidade “como meio de garantia da segurança jurídica e da limitação da atuação da Administração Pública na sociedade”<sup>37</sup>, onde o parlamento passou a atuar em nome do povo e não mais conforme a vontade do soberano. No entanto, com base no entendimento acerca da limitação do poder estatal pela lei, surgiu a ideia de que a legislação poderia regulamentar todos os aspectos da vida em sociedade (DIAS & SILVA, 2017).

Com toda a intervenção estatal na normatização dos direitos e garantias sociais e as constantes transformações da sociedade, evidenciou-se um rompimento no chamado Estado de Direito, até então liberal, e originou-se o Estado Social, caracterizado pela nova visão de direitos, que ainda contava com a atuação estatal, mas agora exigida pelo povo, com vistas a satisfazer todas as necessidades dos indivíduos e grupos da sociedade (DIAS & SILVA, 2017). Com efeito, esse crescente intervencionismo do Estado na sociedade fez com que Administração Pública assumisse uma posição mais dinâmica, deixando de apenas regulamentar as atividades exercidas pelo Estado, mas que buscasse de fato executar as políticas públicas e sociais necessárias para atender os direitos e garantias fundamentais dispostos pela Constituição, dando espaço ao chamado Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, observa-se que com o surgimento do Estado Democrático de Direito, os administrados passaram a exigir e a participar mais da atividade da Administração Pública, logo, a supremacia da Administração Pública não poderia se sobressair perante seus administrados, já que somente pela união de ambos é que os princípios basilares do Estado Democrático de Direito previstos constitucionalmente poderiam ser alcançados, visto que o Estado passou a ser o responsável por garantir aos cidadãos todos os direitos

---

<sup>37</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. (2017). A crise da lei no Estado Democrático de Direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. *Rev. Brasileira de Filosofia do Direito*. Maranhão. v.3. n.2. p. 36-55. Jul/dez 2017, p. 39.

e garantias fundamentais. Portanto, a visão simplista de pura vinculação do Estado às normas ordinárias positivadas, sob a ótica do princípio da legalidade estrita, não se compatibilizava mais com um ordenamento jurídico cuja figura central é a Constituição e não a lei ordinária, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro. É dizer, na visão contemporânea, questiona-se a legitimidade da lei na “medida em que se acentuam fatores que põem em risco os direitos e garantias constitucionalmente assegurados e a própria democracia, evidenciando uma verdadeira crise”<sup>38</sup>.

É claro que a lei é necessária para solucionar conflitos e reger a atuação do Estado e da sociedade dentro dos ditames democráticos, sendo instrumento de importante expressão de poder político e jurídico, no entanto, com a crescente inflação legislativa, a instabilidade das regras e a baixa qualidade das normas, evidenciou-se que a lei não mais conferiria a necessária proteção ao cidadão (CHEVALLIER, 2013).

Diante disso, Gustavo Binenbojm (2014) destaca uma série de razões que possam ter motivado a perda de capacidade da lei em atender as mais diversas demandas da sociedade, evidenciando-se a chamada “crise da lei” e, conseqüentemente, da legalidade administrativa. A primeira delas seria a chamada inflação legislativa, em que o excesso de criação de leis, somado ao mito positivista da completude do ordenamento jurídico e ao aumento das funções do Estado, originou uma ideia de que as leis seriam capazes de resolver todos os tipos de problemas de uma sociedade. Tal pensamento acabou por banalizar o instituto da lei e, conseqüentemente, enfraquecê-la, ao passo que a população percebeu que essa proliferação legislativa não estava atendendo aos seus anseios. Para Jacques Chevallier (2013), a crise da lei associa-se ao excesso de regulação e também a dificuldade que a sociedade apresenta em compreender e validar os comandos normativos.

A segunda razão na visão de Binenbojm (2014) seria voltada ao contexto histórico da lei, já que pode ser tida, em regra, como instrumento de justiça e de busca por direitos básicos dos cidadãos, serviu, ao mesmo tempo, como fundamento e ato permissivo que legitimou uma série de barbaridades

---

<sup>38</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. Op cit., p. 40.

cometidas no século XX. É dizer, a história releva que a lei foi capaz de legitimar as práticas nazi-facistas, na época em que se pensava que a civilização teria atingido o mais alto grau de desenvolvimento. Logo, é fato: a lei em seu sentido estrito mostrou-se ser instrumento insuficiente na busca pela justiça e garantia de liberdades.

Outro motivo seria a constatação de que a lei deixou de ser o principal instrumento de manifestação da vontade do povo. Em face disso, o constitucionalismo acaba por ganhar destaque frente ao legalismo. A norma constitucional, portanto, enquanto sistema de princípios, coloca-se como hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico e, com isso, irradia seus efeitos por todo ele, passando a atuar como a principal fonte de direito (BINENBOJM, 2014). Assim, as leis emanadas pela Administração Pública só serão válidas, legítimas e justificáveis quando condizentes com os princípios e regras dispostos na Constituição, em particular os direitos e garantias fundamentais, indo muito além da visão simplista da legalidade administrativa da lei.

A quarta razão responsável por gerar a incapacidade das leis mencionada por Binenbojm (2014), refere-se ao fato de que a Administração, no uso de suas prerrogativas, acaba por criar uma série de atos normativos infraconstitucionais que sozinhos são capazes de servir de suporte a toda atuação administrativa, não necessitando necessariamente de leis que regulem a atividade estatal, até porque é totalmente impossível que todas as milhares de atribuições e necessidades administrativas sejam previamente dispostas em lei. No entanto, conforme expõe Dias e Silva (2017), a multiplicidade de centros internos e autônomos de decisões da Administração Pública contribuiu para o enfraquecimento da legitimidade do Estado, por afastar ainda mais os cidadãos da representação política.

Por fim, cita-se como última razão o fato de que o poder legislativo não possui muito espaço perante o controle exercido pelo poder executivo (BINENBOJM, 2014) - como, por exemplo, na Constituição Federal brasileira de 1988, as chamadas reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes

privativas do Presidente da República<sup>39</sup> -, isso porque a lei era tida como um instrumento da vontade do povo e com a assunção do Poder Executivo perante o Legislativo, a lei passou a exprimir as vontades do próprio parlamento, este controlado pelo poder Executivo (MEDAUAR, 2013), servindo para fortalecer a chamada crise da lei. Nesse ponto, imperioso salientar os dizeres de Dias e Silva (2017), no sentido de que os frequentes escândalos de corrupção, as interferências externas na elaboração das leis e a visível proteção de interesses de determinados grupos só tem contribuído para o afastamento da moralidade e da justiça das leis, corroborando com a descrença dos administrados perante o Estado.

Nota-se, portanto, que a crise da lei formal está intrinsicamente atrelada ao descrédito da população no Estado, que diante da crescente pluralidade e complexidade da sociedade, acaba por não priorizar os seus reais anseios. Nesse cenário de descrença da população, depara-se, ainda, com a problemática causada pelo princípio da estrita legalidade administrativa, isso porque a atuação da Administração está totalmente vinculada à legislação infraconstitucional. Assim, nessa linha, é necessário que toda a atividade do Estado esteja pautada por comandos normativos específicos, porém, esse entendimento se mostra inviável, em razão da incapacidade de o Poder Legislativo produzir, em tempo hábil, todas as leis que se fizerem necessárias para regulamentar as infinitas necessidades da Administração. Assim, inúmeros direitos dos particulares dispostos no texto constitucional acabam sendo violados, tendo em vista a ausência de norma infraconstitucional que os regule e com isso impeça a sua aplicação pela Administração Pública. É imprescindível, portanto, que a atuação do poder público seja cada vez mais modulada pelos princípios constitucionais, de modo a prevenir a atuação arbitrária da Administração Pública, ante a ausência de normas que regulem sua atividade.

---

<sup>39</sup> O § 1º e seus respectivos incisos e alíneas do art. 61 da CF definem quais leis são de iniciativa privada do Presidente da República, configurando as chamadas reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes.

Atrelado à chamada crise da lei, tem-se o princípio da legalidade administrativa, disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal<sup>40</sup>, tido como peça fundamental no regime jurídico-administrativo brasileiro, que atribuiu ao administrador um dever de agir positivo totalmente vinculado à lei formal, conferindo a ideia de que a Administração Pública somente pode agir caso lei autorize sua atuação específica (FURTADO, 2012). Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da legalidade como “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares às leis”<sup>41</sup>.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles assevera que “o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”<sup>42</sup>, com a devida observância dos princípios administrativos, sem liberdade e espaço para vontade pessoal do administrador. Para Miguel Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>43</sup>, sendo inexistente juridicamente todo e qualquer procedimento administrativo que não esteja previsto em texto de lei, sendo considerada antijurídica qualquer medida não autorizada pelo direito positivado (FAGUNDES, 2006).

Percebe-se, portanto, que o conceito clássico do princípio da legalidade administrativa exarado pela doutrina majoritária desconsidera por completo a força da constituição, vinculando a atuação administrativa apenas às normas ordinárias (FISCHGOLD, 2014). Segundo Diaz (1972), essa visão é extremamente problemática, uma vez que, eventualmente, tem-se utilizado a lei como forma de apenas preservar uma ordem ou legalidade autoritária, em

---

<sup>40</sup> CF: art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

<sup>42</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90.

<sup>43</sup>FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7. Ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

contradição ao preceitos democráticos e às exigências do Estado de Direito, possibilitando práticas autoritárias e antidemocráticas.

É dizer, a lei deixou de expressar integralmente a vontade do povo, perdeu a força que detinha antes, dando espaço ao constitucionalismo, visto atualmente como a forma de manifestação de vontade popular de uma sociedade, em que a Constituição é reconhecida como o ápice do ordenamento jurídico, frente às demais leis, cujo princípios e garantias são supremos e devem nortear todo o ordenamento jurídico (BINENBOJM, 2014).

Logo, se a Constituição ocupa a posição hierarquicamente mais alta, não faz sentido que toda a Administração Pública se baseie integralmente na lógica disposta pelo princípio da legalidade estrita, em que o Administrador deve seguir somente o que a lei infraconstitucional dispuser. Pelo contrário, a vinculação entre a atividade administrativa e a lei ordinária somente poderá ser compreendida sob a perspectiva de um ordenamento jurídico uno, que se expresse em diferentes graus e distintos tipos de normas, abrindo espaço para um modelo que englobe princípios e regras, superando, portanto, o positivismo legalista (BINENBOJM, 2014).

Isto posto, restou claro que isoladamente a lei formal não serve para atingir os objetivos de um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual o princípio da legalidade estrita não é suficiente para justificar por si só a atuação da Administração Pública, porém, é inegável que o instituto da lei formal é necessário para organizar uma sociedade como um todo, no entanto, a legislação infralegal deve se submeter ao ordenamento jurídico como um todo, se baseando tanto nas leis quanto nos princípios dispostos, dando lugar a uma nova limitação da atuação estatal, qual seja, o princípio da juridicidade.

### **1.3.2. A adoção do princípio da juridicidade frente à atuação da Administração Pública**

Para Thomas Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticante de uma ciência”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997, p. 13.



Quando começam a surgir insatisfações e necessidades que não podem mais serem respondidas ou compreendidas pelo paradigma vigente, tem-se a chamada crise de paradigmas, que será responsável por realizar as mudanças em determinado campo do saber. É dizer, quando o paradigma vigente não atende mais aos anseios da comunidade científica, tal crise deverá ser superada com a instauração de um novo paradigma (KUHN, 1997).

Tendo por base o discorrido no tópico anterior, verifica-se que é possível aplicar tal entendimento no que se refere ao princípio da legalidade administrativa. Isso porque, uma vez constatada a crise da lei formal e, conseqüentemente, da legalidade estrita, em razão da inflação legislativa e da prevalência do constitucionalismo frente ao legalismo, o princípio da legalidade administrativa, visto como a vinculação estrita da Administração Pública à lei ordinária, não se enquadra mais como fundamento capaz de validar a atuação do Poder Público. É dizer, diante dessa crise, faz-se necessário que haja a substituição do conceito clássico de legalidade por um paradigma capaz de solucionar satisfatoriamente as complexas demandas da sociedade, em respeito ao texto constitucional, que atua como fundamento supremo da justiça e máxima democrática.

É nesse cenário que o princípio da juridicidade aparece como resposta ao problema ocasionado pela crise da lei formal, de modo a afastar a visão simplista exarada pelo princípio da legalidade estrita, vinculando a atuação da Administração Pública a todo ordenamento jurídico, inclusive aos princípios e regras dispostos constitucionalmente, graças ao fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo<sup>45</sup>, e não somente à lei ordinária.

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso cita três conjuntos de circunstâncias que são capazes de explicar o porquê do fenômeno da constitucionalização no Direito Administrativo Brasileiro, sendo eles: “a existência de vasta quantidade de normas constitucionais voltada para a disciplina da Administração Pública; A sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiros nos últimos anos;” e, por último, “a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito”. Assevera, ainda, que o ponto mais decisivo para a constitucionalização do Direito Administrativo se deu quando os princípios constitucionais, principalmente os de caráter geral, começaram a exercer certa influência sobre seu domínio, até porque as regras e princípios constitucionais se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico. Além disso, com foco no princípio da dignidade humana e da observância dos direitos e garantias fundamentais, as relações entre a Administração Pública e seus administrados sofreram alterações em relação a seus paradigmas, sendo possível destacar, por exemplo, a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito

Nesse sentido, “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”<sup>46</sup>.

Como já demonstrado no tópico anterior, a Constituição passou a ocupar o espaço que antes era ocupado pela lei ordinária, como fonte suprema de justiça e soberania popular, em que seus princípios e regras passaram a ser aptos a preencher as lacunas normativas deixadas pela lei, tornando-se “o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”<sup>47</sup>, ou seja, o previsto na Constituição pode e deve servir como base à atuação da Administração Pública, sendo, portanto, inegável a possibilidade de aplicação dos fundamentos constitucionais ante a ausência de lei específica que regulamente determinada matéria, até porque, como já visto anteriormente, é impossível que o legislativo acompanhe todas as transformações da sociedade.

No entanto, mesmo que a lei ordinária tenha cedido seu lugar à Constituição, é claro que ainda servirá como fundamento para a atuação da Administração Pública. Nessa linha, Binjenbojm (2014) é cirúrgico ao tratar das formas de atuação da Administração sob essa nova perspectiva do princípio da juridicidade, quais sejam: (1) com fundamento direto na Constituição, mesmo sem lei que regule a matéria; (2) com base na lei ordinária; e, até mesmo, num ponto de vista mais radical, (3) ainda que contra a lei ordinária, com base na unidade do ordenamento jurídico, mediante a ponderação entre os princípios constitucionais. Nesse último ponto, o autor destaca ser uma das consequências da crise da legalidade e da ascensão do princípio da juridicidade, em substituição ao princípio da legalidade estrita, que se traduz como a forma na qual o Poder Público passará a estar vinculado ao ordenamento jurídico como um todo, tomando por base as regras e princípios constitucionais (BINENBOJM, 2014).

---

administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6, p 47-49).

<sup>46</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direito fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 147.

<sup>47</sup> *Idem, Ibid.*, p. 218.

Antes do surgimento desse novo paradigma jurídico, exatamente pelo fato da legislação não conseguir abarcar toda a pluralidade de acontecimentos e transformações de uma sociedade, algumas matérias não eram regulamentadas e, como consequência, o cidadão acabava por ser prejudicado ante a incapacidade legislativa de prever todas as situações de antemão, violando, muitas vezes, uma série de princípios constitucionais. Agora, com a possibilidade de aplicação do princípio da juridicidade, a Administração Pública encontra-se totalmente vinculada a todo o ordenamento jurídico, não permitindo que direitos e garantias sejam esquecidos. Por tanto, a crise da lei formal e da legalidade administrativa só será superada com a aplicação do princípio da juridicidade, em respeito aos ideais democráticos presentes na Constituição.

No entanto, imperioso salientar que com a implementação do princípio da juridicidade como novo paradigma da atuação do Estado em detrimento do princípio da legalidade administrativa, conseqüentemente, ocorrerá a ampliação do poder do administrador público, tendo em vista que os princípios constitucionais gozam de generalidade e abstração (MENDES & BRANCO, 2012), que a depender da decisão tomada, poderiam gerar práticas antidemocráticas, a exemplo do entendimento exarado pelo autor Gustavo Binenbojm, que defende que até mesmo nos casos em que houver lei ordinária regulando a matéria, o administrador poderia decidir ao contrário do disposto na norma desde que com base nos princípios constitucionais.

De encontro a esse pensamento, Daniel Sarmiento (2009) afirma ser extremamente preocupante a possibilidade das três esferas do governo proferirem decisões com base somente nos princípios constitucionais, defendendo a utilização das regras positivas, já que em suas palavras “um sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito precisa tanto da aplicação de regras quanto de princípios”<sup>48</sup>. As regras são, portanto, indispensáveis e no ponto de vista do jurista geram maior previsibilidade e segurança jurídica ao administrado, bem

---

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra, 2009, p. 42.

como demanda menos esforços ao intérprete. Assim, regras e princípios devem atuar de forma complementar.

É exatamente nesse sentido que faz-se necessário enfatizar que o intuito do princípio da juridicidade, como novo paradigma jurídico, não é excluir a aplicação por completo da legislação ordinária, tão somente possibilitar que a Administração Pública baseie-se no ordenamento jurídico como um todo, englobando os princípios e garantias constitucionais, bem como a legislação infralegal, ambos atuando em complementariedade, com vistas a conferir validade à atividade administrativa e a preservar os direitos inerentes a todos os cidadãos no âmbito do Estado Democrático de Direito, situação que não estava sendo devidamente respeitada somente com a aplicação da legislação positiva e do princípio da legalidade. Logo, o princípio da juridicidade não veio com o intuito de tornar a atuação do administrador público arbitrária, mas sim acrescentar outro limite à atividade administrativa, que deverá respeitar, além da legislação específica, todo ordenamento jurídico.

### **1.3.3 A relativização do princípio da supremacia do interesse público sob o privado sob a perspectiva do princípio da juridicidade**

Para avançar sobre a discussão acerca da supremacia do interesse pública, faz-se necessário discorrer sobre a distinção entre as espécies de interesse público e também sobre seu conceito. Primeiramente, é comum associarmos o interesse público como sendo o interesse do Estado, porém, o interesse público volta-se aos interesses subjetivos dos Poderes Públicos, de modo que ambos não se confundem (GABARDO & REZENDE, 2017). Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>49</sup> separa o “interesse público primário”, sendo o verdadeiro e legítimo interesse público, do “interesse secundário”, sendo o interesse “público” do Estado ou Administração Pública, sendo chamado de interesses individuais do Poder Público. Exatamente por essas características, o interesse secundário é conceituado por muitos doutrinadores como “conveniências circunstanciais”, em razão da ausência de interesse do Estado,

---

<sup>49</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68.

tendo em vista que sua função é, na verdade, perseguir o interesse público primário (GABARDO & REZENDE, 2017).

Nesse sentido, Bandeira de Mello define o interesse público como a “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consiste no plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade”<sup>50</sup>. Seguindo a conceituação do interesse público, este é tido como flexível, tendo em vista que deve acompanhar as mudanças e transformações da sociedade, portanto, o que antigamente poderia ser visto como interesse público, hoje em dia pode não ser mais compatível com o pensamento da sociedade. Assim, diferentemente dos demais conceitos do direito, o interesse público deverá ser conceituado com base no contexto no qual está inserido (SILVA, 2012). Por esse motivo, o renomado jurista Eros Grau (2005) refere-se ao interesse público pela expressão “conceito jurídico indeterminado”, de modo que a noção de interesse público deve ser interpretada em cada caso.

Gabardo e Rezende (2017), no entanto, asseveram que embora a noção de interesse público não possa ser precisada, é dotada de significação, fazendo parte do entendimento geral das pessoas, que vão além da própria área de conhecimento do Direito. Nesse sentido, Gustavo Binbenbim (2005) dispõe que a definição de interesse público, sob a ótica do constitucionalismo, passa a depender de uma ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e valores e interesses metaindividuais que estejam constitucionalmente consagrados e em consonância com o Estado Democrático de Direito. Assim, pelo fato da Constituição ocupar lugar de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, conseqüentemente, os princípios constitucionais compõem, portanto, o interesse público, atrelando-o à juridicidade (GABARDO & REZENDE, 2017).

Após esclarecida a noção de interesse público, cumpre destacar que a visão majoritária da doutrina entende que o regime jurídico de direito público se define basicamente pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público pela Administração, sendo pressuposto de ordem social estável. Esse princípio, portanto, serviria de

---

<sup>50</sup> *Idem, ibid*, p. 65.

garantia aos administrados que o Estado iria gerir o patrimônio público com fim de atender as necessidades da coletividade (MELLO, 2014).

No entanto, apesar da maioria da doutrina brasileira defender a existência da supremacia do interesse público sobre o particular, posições divergentes veem ganhando destaque acerca do debate sobre a relativização da supremacia do interesse público. O autor Humberto Bergamann Ávila (2005) questiona a supremacia do interesse público, defendendo que uma relação de prevalência só poderá ser determinada a partir da análise do caso concreto, em que a norma-princípio de maior peso irá se sobrepor à inferior, estabelecendo-se, portanto, uma relação de prevalência condicional:

[...] o importante é que uma relação de prevalência (“*Vorrangrelation*”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“*bedingte Vorrangrelation*”) entre as normas-princípios envolvidas [...] <sup>51</sup>.

Gustavo Binenbojm (2005) segue a mesma linha e tece críticas quanto à prevalência absoluta do interesse público sobre o privado. O autor assevera que os fundamentos para restrição dos direitos individuais frente aos da coletividade encontram fundamento direto na Constituição, portanto, se a própria Lei Maior estabelece, explícita ou implicitamente, o nível de restrição dos direitos individuais, concluiu-se que o fundamento da restrição provém do próprio texto constitucional, e não do princípio, e que se a medida de restrição é dada por uma norma, não há que se falar em prevalência absoluta do coletivo sobre o privado.

Além disso, os autores entendem que por se tratar de um princípio implícito no texto constitucional, a supremacia do interesse público sobre o privado vai de encontro com o disposto na Lei Maior, “isso porque a organização da Constituição Brasileira volta-se precipuamente para a proteção

---

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto Bergamann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171-215, p. 181.

dos interesses do indivíduo”<sup>52</sup>, tendo como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira que é necessário que se estabeleça a proteção dos interesses individuais quando estes forem ameaçados pelos interesses públicos, tornando o homem a figura central do ordenamento jurídico (BINENBOJM, 2005).

É dizer, não se nega a importância da noção de interesse público, o que se pretende demonstrar é que o interesse público abarca tanto os interesses da coletividade quanto os interesses do indivíduo, não se podendo estabelecer de antemão uma prevalência de um sobre o outro sem analisar as circunstâncias fáticas, assim:

[...] aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade<sup>53</sup>.

Extraí-se, portanto, que sempre que a Constituição ou a própria lei não houverem fixado os limites entre os interesses privados e públicos, caberá ao administrador público valer-se da ponderação como forma de buscar a máxima realização do interesse ali discutido. Isso fica evidente quando o Estado busca superar, por meio da ponderação, as regras estáticas, com vistas a formular os chamados “*standards*” de decisão, que nada mais são do que certas flexibilizações nas decisões administrativas que se amoldam às peculiaridades do caso concreto, “mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízes de ponderação discricionários produzidos caso a caso”<sup>54</sup>.

Binenbojm (2005) assevera ainda que o interesse público somente será alcançado no seu mais alto grau se ponderado por meios da análise dos princípios constitucionais, de modo que não se deve impor uma prevalência entre os interesses, mas sim definir o que deverá prevalecer sobre

---

<sup>52</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *R. Dir. Adm., Rio de Janeiro*, 239, 1-31. 2005, p. 15.

<sup>53</sup> *Idem, ibid.* p. 20.

<sup>54</sup> BINENBOJM, Op. cit., p. 20.

determinado caso e, na maioria das vezes, nem a CF tampouco a lei ordinária realizaram essa ponderação, cabendo ao administrador analisá-la.

Isto posto, percebe-se que os interesses devem ser discutidos perante os pilares constitucionais e do Estado Democrático de Direito, de modo a preservar as garantias e direitos fundamentais inerentes aos cidadãos em consonância com o interesse público primário, logo, a partir da análise feita no presente capítulo, é possível concluir que a supremacia do interesse público sobre o privado pode ser relativizada, não devendo ser reconhecida de imediato sua prevalência sobre o particular, devendo cada caso ser analisado de acordo com suas peculiaridades e sob a perspectiva do princípio da juridicidade, cujo objetivo é vincular toda a atuação da Administração Pública à unicidade do ordenamento jurídico, excluindo a visão simplista que paira sobre o regime jurídico administrativo acerca do princípio da legalidade administrativa, por meio da ponderação proporcional entre os princípios fundamentais e os interesses particulares também consagrados constitucionalmente, de modo a buscar realmente atender ao interesse público.



## Capítulo 2

### **A alocação e a mitigação de riscos nos contratos administrativos de acordo com o regime de empreitada escolhido a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro**

Com base no exposto no tópico acima, foi possível compreender que cada regime de empreitada possui particularidades únicas, que irão influenciar potencialmente na maneira em que os contratos administrativos serão executados, portanto, cabe aqui discorrer sobre como a doutrina e a jurisprudência, calcadas na legislação, entendem sobre a forma de alocar a matriz de risco e em cada regime de empreitada, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro firmado inicialmente.

Além do mais, pelo fato de não ser raro que a Administração Pública altere unilateralmente os quantitativos/escopo do objeto contrato ou impute à contratada obrigações diversas das dispostas no contrato firmado, mostra-se totalmente necessária a discussão acerca da alocação e a da mitigação de riscos nos contratos administrativos com base no regime de empreitada escolhido a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro pactuado inicialmente, deixando de lado a rigidez e a predefinição existente na tradicional Teoria das Áleas, tendo como base a relativização da supremacia do interesse público pelo princípio da juridicidade.

#### **2.1 A evolução legislativa da matriz de risco**

Em síntese, o risco pode ser caracterizado como um evento desfavorável, imprevisível, ou de difícil previsão, que, por conta disso, onera excessivamente uma das partes da relação contratual, afetando a rentabilidade e a eficiência do projeto contratado (GRAEFF, 2011).

Logo, uma matriz de risco tem o objetivo de definir previamente as áreas que serão afetadas no caso da ocorrência de eventos supervenientes que possam onerar a execução do contrato, a fim de identificar, prevenir e repartir as responsabilidades entre os licitantes.

Partindo dessa premissa, importante explicitar que a temática envolvendo a matriz de risco ganhou maior notoriedade com a vigência da Lei

nº 13.303/2016<sup>55</sup>, a chamada Lei das Estatais, que passou a exigir a presença de uma matriz de risco<sup>56</sup> nas licitações e contratações de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista.

Da leitura do art. 42 da referida lei, mais precisamente de seu inciso X e suas respectivas alíneas, é possível verificar que a matriz de risco tem natureza contratual, cuja finalidade é disciplinar objetivamente a repartição dos riscos e responsabilidades entre as partes contratantes, de modo a buscar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente, em relação a eventos supervenientes e o seu consequente ônus. Logo, sua função é clara: delimitar de maneira objetiva e adequada quais os riscos e responsabilidades a serem assumidos entre as partes contratantes.

O tema envolvendo a matriz de risco nas empreitadas de obras públicas possui uma evolução legislativa que merece ser mencionada, isso porque logo após a vigência da LLC, que imputava ao contratado apenas os riscos da denominada “álea ordinária”, estes inerentes à própria atividade exercida, e, portanto, deixava a cargo da Administração Pública a assunção da maior parte dos riscos restantes<sup>57</sup> (DUTRA, 2017), entrou em vigor a Lei nº 8.987/95<sup>58</sup>, responsável por imputar ao contratado uma série de riscos graças

---

<sup>55</sup> A referida lei 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.

<sup>56</sup> Lei nº 13.303/2016: Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

<sup>57</sup> Como prova disso, cita-se o disposto no art. 65 e seus respectivos incisos e alíneas da Lei nº 8.666/93, que prevê as hipóteses de assunção de riscos por parte da Administração Pública.

<sup>58</sup> Dispõe sobre o regime de concessões e permissões no âmbito da prestação de serviços públicos.

à expressão “por sua conta e risco” disposta no art. 2º, incisos II, III e IV<sup>59</sup>, divergindo totalmente da lógica anteriormente empregada pela Lei nº 8.666/93.

Verifica-se, portanto, que a matriz de risco nos contratos regidos pela LLC estava toda prevista legislativamente, em virtude da existência das chamadas áleas. Assim, em regra, não seria possível que as partes contratantes alterassem a repartição dos riscos, visto que estes são estipulados pela lei, e mais, definição diversa da disposta seria nula de pleno direito (DUTRA, 2017).

Já com relação à Lei das Concessões verificou-se o oposto, errôneas conclusões foram deduzidas deixando a entender que o contratado seria automaticamente responsável por todo e qualquer risco decorrente da execução contratual firmada, isentando a Administração Pública de suas responsabilidades, o que se mostra totalmente incoerente sob o ponto de vista contratual e econômico de um contrato, sendo assim, fez-se necessária a interferência da doutrina nacional a fim de delimitar qual a matriz de risco a ser imposta aos concessionários, restando o entendimento de que estes deveriam suportar apenas os riscos que pudessem absorver mais eficientemente, sem onerar excessivamente o usuário (MENEGAT & MIRANDA, 2019).

Posterior a isso, com a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas, houve um novo marco legislativo em relação à necessidade de se dispor contratualmente uma matriz de risco no instrumento convocatório, em que se impôs “a repartição objetiva de riscos entre as partes”<sup>60</sup>, sendo necessário também a existência de cláusulas contratuais que versem inclusive sobre a alocação de riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato príncipe e a álea

---

<sup>59</sup> Lei nº 8.987/95: Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

<sup>60</sup> Lei nº 11.079/2004: Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

econômica extraordinária<sup>61</sup>, evidenciando a busca do legislador em apresentar uma definição mais clara e objetiva sobre a matriz de risco. Desse modo, segundo Menegat e Miranda (2019), após a edição da Lei das PPPs, implementou-se uma necessidade maior de se objetivar e identificar exatamente quais os riscos contratuais existentes, repartindo-os àquela parte contratual que melhor vá suportá-los, causando, assim, menor impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na teoria, essa alocação prévia possibilita que os riscos e responsabilidades sejam repartidos objetivamente entre as partes contratantes, visando garantir “maior segurança jurídica e simetria de informações quanto ao ônus financeiro decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do contrato”<sup>62</sup>.

Seguindo essa linha, a já mencionada Lei das Estatais dispõe ser obrigatório que os instrumentos convocatórios possuam de antemão a matriz de risco inerente aos contratos administrativos a serem firmados, sinalizando, assim, que a alocação de risco deve ser direcionada àquele que melhor vá suportar e mitigar os riscos provenientes da execução contratual. É nessa linha que se faz necessário discorrer sobre como cada regime exposto no tópico anterior comportará determinada matriz de risco, tendo em vista que a depender do regime escolhido, o contratado deverá se responsabilizar por matriz de risco diversa (MENEGAT & MIRANDA, 2019).

Entende-se, portanto, que a evolução da temática ligada à matriz de risco inerente aos contratos administrativos saiu da limitação prevista inicialmente na LLC através das áleas, em que o contratado não assumia riscos num primeiro momento, e passou a adotar um entendimento de que a matriz de risco deve ser alocada à parte que possua melhores condições de suportá-la, ou seja, o próprio legislador passou a entender que a repartição de riscos é algo bem mais complexo, que não deve ser algo apenas elencado num

---

<sup>61</sup> Lei nº 11.079/2004: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

<sup>62</sup> MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opiniao-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>. Acesso em: 18 de março de 2021.

rol taxativo simplista disposto na letra da lei, mas sim algo que deva ser pensado e extremamente bem calculado, de modo a possibilitar que as partes mantenham o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, além de garantir a segurança jurídica das relações e a consequente entrega do objeto contratado.

## **2.2 A repartição da matriz de risco nos contratos administrativos e o princípio da eficiência**

Importante mencionar o destaque que o princípio da eficiência possui no que se refere à repartição dos riscos contratuais. Incluído pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, encontra-se disposto no art. 37 da CF<sup>63</sup> ao lado dos princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da publicidade, sendo um esforço da Administração Pública para superar a chamada administração burocrática, num movimento que buscava a desburocratização da máquina pública (CRUZ, 2003).

Sob o ponto de vista da Administração Pública, o princípio da eficiência não é a pura e somente busca pela maximização dos lucros, mas sim entendido como a melhor alocação dos recursos e a satisfação dos objetivos de interesse coletivo de responsabilidade do Estado. Assim, a eficiência busca contemplar ambas as partes dessa relação, satisfazendo o próprio Estado e também as liberdades dos cidadãos (SANTOS DE ARAGÃO, 2004).

Maria Sylvia Di Pietro (2012) entende que o princípio da eficiência pode ser aplicado a duas vertentes, a primeira ligada à atuação do próprio agente público, já a segunda refere-se à estrutura e organização da Administração Pública. Nessa linha, tanto os agentes públicos quanto o próprio Estado devem estar organizados a fim de buscar os melhores resultados possíveis e mais eficientes, com vistas a atender aos interesses coletivos.

Extraí-se, assim, que o princípio da eficiência, por força constitucional, deve ser obedecido por todos os entes e agentes públicos pertencentes à Administração Pública direta e indireta e tem o papel de nortear

---

<sup>63</sup> CF: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

a alocação eficiente dos riscos contratuais, mesmo que a lei ou o contrato não preveja objetivamente uma matriz de risco correlata ao instrumento convocatório.

Pelo fato de a legislação não esgotar as hipóteses de repartição de riscos, e isso nem seria possível em razão das inúmeras possibilidades de eventos futuros e incertos que podem ocorrer durante a execução de um contrato, fez-se necessário que a doutrina buscasse definir os critérios gerais de alocação da matriz de risco. A importância da repartição de riscos é tamanha que, nas palavras de Ribeiro e Prado, “a distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato”<sup>64</sup>.

Segundo Marins e Oliveira (2011), a repartição dos riscos nos contratos administrativos não deve ser ampla e irrestrita, mas prezar pela sua “eficiência alocativa”<sup>65</sup> que, com base numa lógica econômica, deve ser entendida como a maximização do emprego dos recursos necessários da sociedade nas atividades que sejam de seu interesse, devendo a matriz de risco ser definida com base na capacidade efetiva que a parte tem de suportá-la.

Guimarães (2015) explicita perfeitamente a forma de repartição de risco ao dispor que se trata de uma racionalidade jurídico-econômica, ou seja, ao mesmo tempo em que deve obedecer ao disposto na letra da lei e seus princípios, deve-se também observar os parâmetros econômicos para tal, de modo a definir a melhor forma de partilha dos riscos existentes no contrato, propondo como critério para a alocação de riscos, a (1) identificação do risco, assim é possível que o responsável por absorver tal risco adote medidas que visem mitigar ou até mesmo evitar a ocorrência de tais condutas e (2) a capacidade das partes em absorvê-lo/mitigá-lo, ficando com àquela que estiver mais apta a gerenciá-lo, ou seja, capaz de minimizar os prejuízos em caso em materialização do risco.

---

<sup>64</sup> RIBEIRO, M. P; PRADO, L.N. Comentários à lei PPP – parceria público-privada: fundamentos econômicos-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>65</sup> MARINS, Vinícius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. Revista Fórum de Contratação Pública, ano 10, nº 111, Belo Horizonte, 2011.

Nessa linha, Zanchim (2012) entende que a partilha do risco deve ser analisada caso a caso, a depender, principalmente, da (1) capacidade das partes em influenciar na ocorrência das áleas; (2) capacidade das partes em absorver o risco quando este se materializar; e (3) na capacidade de absolvição das consequências. O risco, portanto, deverá ser distribuído àquele que melhor irá administrá-lo, no entanto, nenhuma das partes da relação contratual poderá ser totalmente blindada de eventuais riscos, caso contrário, medidas necessárias à redução de riscos não serão adotadas:

A alocação parte da premissa de que nenhum dos contratantes pode ser completamente blindado em relação às diversas áleas do empreendimento, pois se alguém é totalmente protegido contra perdas, não tem o incentivo de adotar medidas para reduzir sua exposição, sendo estimulado a agir com oportunismo<sup>66</sup>.

Para Nóbrega (2011), os critérios para repartição dos riscos são três. O primeiro deles seria a probabilidade de ocorrência de um evento que impacte a execução do contrato; a segunda seria a probabilidade desse evento ocorrer durante a execução do contrato; e, por último, que esse evento impacte o aspecto econômico contratual. Com esses três critérios objetiva-se analisar primeiramente o chamado fator de risco, logo após verificar a influência do evento sobre o valor total do projeto, e, por fim, a probabilidade de absorver o risco.

O pensamento de Franco e Pamplona (2008) também encontra-se alinhado aos dos demais autores acima, por entenderem que o risco deve ser alocado à parte que melhor vá absorvê-lo e a um menor custo. Contudo, pontuam que a alocação de risco não busca transferir em sua integralidade todas as responsabilidades inerentes à Administração Pública à iniciativa privada, em tese busca-se otimizar essa gestão de riscos, de modo que cumpra-se o contrato.

Assim, segundo Ramsés Dutra (2017), existe uma característica comum dentro dos critérios de alocação de riscos, qual seja, a matriz de risco deve ser alocada a parte que melhor vá gerenciá-la, e que, no caso de

---

<sup>66</sup> ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): risco e incerteza. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.p.147

ocorrência do evento superveniente gerador do risco, àquela que detenha a melhor capacidade de absorvê-la.

Essa busca por alocar o risco àquele que melhor vá suportá-lo gera uma economia tanto para o setor público, quanto para o privado, na medida em que uma alocação minimamente eficiente proporciona ao parceiro privado um controle maior sobre seus custos, portanto, “seja pela possibilidade de ganhos, seja pelo risco de perdas, esse arranjo contratual incentiva o parceiro privado a reduzir custos, poupando assim recursos escassos na sociedade”<sup>67</sup>.

Uma alocação de riscos eficiente também beneficia diretamente a Administração Pública, já que licitantes mais eficientes são capazes de formular propostas mais completas e, assim, reduzir os custos a serem despendidos, transferindo também ao Poder Público parte desses ganhos (BARBOSA PINTO, 2006).

O entendimento do TCU sobre a alocação de risco também se coaduna com os autores acima na medida que dispõe ser essencial que o risco seja alocado àquela parte que melhor vá gerenciá-lo (Acórdão 1348, 2017). Além disso, a jurisprudência do TCU já se encontra consolidada no sentido de que, quando for atribuído risco à responsabilidade do contratado, há necessidade de constituição de apropriada matriz de riscos para a sua distribuição em um contrato, para que a precificação de sua recepção se dê em cenário de previsibilidade e correto dimensionamento, evitando um superdimensionamento do risco e o aumento do custo da oferta do licitante (Acórdão 1510, 2013)

Seguindo essa lógica, é claro que uma matriz de risco que se apresente de forma duvidosa e obscura implicará em propostas menos interessantes à Administração Pública e, conseqüentemente, mais custosas, ou até mesmo na ausência de interessados no certame, indo de encontro ao princípio da eficiência e as demais normas constitucionais.

Isto posto, percebe-se que o princípio da eficiência está intimamente ligado com a alocação objetiva de riscos existentes nos contratos administrativos, devendo tal princípio ser amplamente observado no momento

---

<sup>67</sup> BARBOSA PINTO, Marcos. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, 2006, v. 13. n 25, p. 159.



da repartição destes, isso porque ao se estabelecer uma matriz de risco objetiva, precisa e clara, consagra-se o respeito ao disposto constitucionalmente e, conforme explorado no capítulo anterior, a Administração Pública deve ter em mente que a busca pelos interesses coletivos também precisa ser discutida perante os pilares constitucionais e do Estado Democrático de Direito, e não somente com base na legislação infraconstitucional. A relativização exercida pelo princípio da juridicidade frente ao da legalidade estrita demonstra bem essa necessidade.

A concepção de um sistema eficiente de repartição de riscos entre os contraentes se amoldaria aos princípios fundamentais, expressos e implícitos constitucionalmente, ascendendo um sistema de direitos e garantias mais eficazes e condizentes com as expectativas da sociedade, incompatível, portanto, com a lógica simplista da Teoria das Áleas contratuais (DOS SANTOS, 2014).

### **2.3 A ruptura da rigidez da Teoria das Áleas como forma de repartição de riscos**

Quando se fala em repartição de riscos nos contratos administrativos e quesitos ensejadores do reequilíbrio econômico-financeiro, imediatamente pensa-se na tradicional “Teoria das Áleas”, presente na sistemática da Lei nº 8.666/93, que divide as áleas em ordinária, extraordinária e administrativa (CASTRO & MENEGAT, 2017).

Sob essa perspectiva, todo evento ocorrido após a assinatura do contrato deveria ser analisado seguindo os parâmetros estipulados pelas áleas, ou seja, se o evento era imprevisível/previsível ou incalculável/calculável pelo contratado, com destaque para a chamada Teoria da Imprevisão, ou se a Administração, indireta ou diretamente, teria sido responsável pelo evento danoso, tendo destaque o fato príncipe, o fato da administração e a alteração unilateral do contrato.

Essa rigidez existente na matriz de risco disposta pela LLC contribui e muito para a ineficácia dos contratos celebrados com os entes privados, uma vez que “abre margem para prática de atos corruptivos e celebra a judicialização de conflitos entre Administração Pública e contratado, sendo o

Poder Judiciário reiteradamente convocado a determinar se dado evento rende ensejo ou não ao reequilíbrio contratual”<sup>68</sup>.

Em razão disso, tem-se observado uma ruptura dessa rigidez estabelecida inicialmente pela teoria das áleas, em que o legislador, em diplomas mais recentes, claramente optou por sistemas de repartição de riscos bem mais eficientes e objetivos, conforme brevemente discorrido acima no tópico que abordou a evolução legislativa da matriz de risco. É evidente, portanto, que esse sistema simplista e rígido já não é mais compatível com lógica eficiente da repartição de risco nos contratos públicos, tanto que a doutrina trata essa incompatibilidade como uma “ruptura” na lógica de distribuição de riscos estatuída pela Lei nº 8.666/93 (CASTRO & MENEGAT, 2017).

Tanto é verdade, que esse rompimento paradigmático da lógica da teoria das áleas ocorreu com a entrada em vigor da Lei nº 11.079/2004, que versa sobre as parcerias público-privadas, tendo em vista que a referida lei, ao contrário da LLC, que alocava os riscos de maneira aleatória e *ex post*, instituiu a alocação de risco *ex ante* e específica, ou seja, buscava-se definir o risco no momento da celebração do contrato – de antemão (CASTRO & MENEGAT, 2017).

A nova lógica, portanto, firmou o entendimento de que não mais se esperaria o evento danoso ocorrer ou não, para então, somente após isso, definir quem assumiria a responsabilidade e, conseqüentemente, verificar se haveria ou não possibilidade de se solicitar o reequilíbrio econômico-financeiro no contrato. Passou-se a exigir nos contratos administrativos a chamada cláusula de matriz de riscos, deixando para trás a sistemática de repartição aleatória disposta na LLC, impondo-se a necessidade de se alocar o risco de maneira objetiva, eficiente e racional, com base na capacidade das partes em absorvê-lo.

---

<sup>68</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MENEGAT, Fernando. O estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: Breve ensaio sobre o rompimento da “teoria das áleas” no direito administrativo. Coluna Juridica JML. 2017, p. 2.

Castro e Menegat (2017) asseveram que a matriz de risco não deve ser distribuída de forma equivalente, mas sim de forma equitativa, alocando os riscos ao parceiro que melhor vá mitigá-lo:

Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, impactando da menor forma possível a execução contratual. Daí porque, a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição equivalente de riscos, e sim uma distribuição equitativa, de base racional, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir<sup>69</sup>.

Nessa linha, cita-se também a relevância da entrada em vigor da Lei das Estatais, que também deixou totalmente de lado a visão tradicional imposta pela LLC, optando pela lógica da repartição de riscos prévia, objetiva e eficiente, reafirmando, mais uma vez, a importância que as partes saibam de antemão quais os eventos ensejarão ou não a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A perspectiva imposta pela teoria das áleas também vai de encontro ao preceito constitucional dispostos no art. 3º, II da CF<sup>70</sup>, no que se refere ao desenvolvimento nacional, uma vez que, conforme discorrido acima, a repartição de riscos dentro da lógica das áleas é totalmente ineficiente e abre espaço para atos corruptivos dentro dos contratos públicos, abrindo margem para instabilidades, complexidades e vulnerabilidades contratuais (DOS SANTOS, 2014).

Além do mais, a Nova Lei de Licitação e Contratos, Lei nº 14.113/2021, recentemente sancionada, que substitui a antiga LLC (Lei nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) e a Lei do RDC (Lei nº 12.462/11), modificando as normas referentes aos sistemas de contratação da Administração Pública, contempla no art. 103 da referida lei uma inovação ao prever a possibilidade de o contrato público estipular matriz de risco com base na compatibilidade das obrigações das partes (NIEBUHR & et al., 2021).

Percebe-se, portanto, que a cláusula da matriz de risco se apresenta como uma ruptura paradigmática em relação à rigidez existente na teoria das

---

<sup>69</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MENEGAT, Fernando. O estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: Breve ensaio sobre o rompimento da "teoria das áleas" no direito administrativo. Coluna Jurídica JML. 2017, p. 3.

<sup>70</sup> CF: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional;

áreas e uma forma de se buscar a preservação da equação econômico-financeira, por esta tratar a repartição de riscos de maneira simplista, dividindo-os em apenas riscos ordinários, extraordinários e administrativos elencados na letra da lei. Essa busca evidente do legislador e da doutrina pela objetividade prévia e eficiente da alocação de riscos proporciona que estes sejam compreendidos e medidos de antemão, a fim de avaliar suas futuras consequências e, assim, possibilitar que a matriz de risco seja imposta àquela que melhor vá suportá-la (MÂNICA & LOURES, 2019).

Por fim, resta comprovado que a teoria das áreas, amplamente utilizada e defendida pela doutrina tradicional do Direito Administrativo, não possui mais capacidade para repartir eficientemente os riscos contratuais inerentes a todo contrato administrativo, tampouco é capaz de atender aos preceitos constitucionais.

#### **2.4 A alocação de matriz de risco nos contratos administrativos a depender do regime de empreitada escolhido**

Para fins de análise do presente trabalho, analisar-se-á primeiramente quais os riscos já foram estipulados pela própria Lei n° 8.666/93, tendo em vista que, conforme já exposto no tópico anterior, o seu regime de alocação de riscos é definido pela própria lei, com base na ultrapassada Teoria das Áreas, de modo a entender como a legislação, doutrina e jurisprudência vieram evoluindo a fim de buscar uma maior previsibilidade na repartição de riscos e responsabilidade a depender do regime de empreitada escolhido, deixando de lado a ideia engessada da mencionada teoria. O próprio art. 65<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento,

da referida lei já estabelece a repartição de riscos entre a Administração Pública e o licitante, alocando ao particular somente riscos previsíveis, ligados à própria atividade desenvolvida, a chamada álea ordinária. Os demais riscos, em regra, seriam de responsabilidade da própria Administração Pública, como, por exemplo, os riscos em decorrência de caso fortuito, força maior, fato do príncipe, o risco do projeto, a alteração unilateral, entre outros.

Assim, evidencia-se que a repartição dos riscos nos contratos regidos pela LLC é ditada pela letra da lei ao passo que a legislação dispõe expressamente sobre a forma de repartição das responsabilidades dentro das áleas contratuais. Ocorre que com o tempo esse entendimento foi sendo alterado pela doutrina, de modo a retirar essa excessiva rigidez presente no art. 65 da Lei nº 8.666/93, conforme já vislumbrado no tópico anterior, buscando manter o equilíbrio econômico-financeiro, abrindo, portanto, espaço para novos critérios de repartição de riscos, já que esse baseado na Teoria da Áleas acaba por impor limitações à alocação eficiente dos riscos e, conseqüentemente, prejudica a própria execução do objeto contratado

---

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.

§ 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.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

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

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

(GRAEFF, 2011). A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), que recepcionou os regimes de empreitada ora analisados, deixou totalmente de lado essa concepção rígida da Teoria das Aleas, buscando já prever a definição de uma matriz de risco objetiva e eficiente.

Assim, além da necessidade de se observar os critérios para alocação de riscos de forma eficiente, faz-se imprescindível conhecer a fundo como cada regime de empreitada se porta diante da matriz de risco alocada a cada tipo. Como já visto no capítulo anterior, cada regime de empreitada se porta de maneira diferente segundo o exarado tanto pela doutrina, quanto pela legislação e jurisprudência, portanto, a repartição de riscos deve ser analisada tendo como referência o regime escolhido pela Administração Pública como forma de execução do objeto contratado.

Nessa linha, de início, tem-se o regime de empreitada integral, caracterizado pela contratação do projeto em sua totalidade, em que o contratado assume a inteira responsabilidade por todas as interfaces durante a execução contratual. Pela totalidade, entende-se que o contratado assume riscos intrínsecos à entrega completa da obra, devendo esta estar em condições plenas de uso, ainda que resultem erros no projeto, ao qual dera seu consentimento ao assinar o contrato. Por esse motivo, como define a doutrina e a jurisprudência, alinhadas às razões econômicas, na escala de assunção de riscos, esse regime de empreitada representa o ápice para o contratado, isso porque entende-se que nessa modalidade, até mesmo riscos não ligados diretamente ao objeto contratado podem ser assumidos pelo licitante, no entanto, desde que previstos e precificados antecipadamente.

Corroborando a isso o exarado pelo TCU, no Acórdão 1194/2018, ao enfatizar que, no regime de empreitada integral, até mesmo eventuais imprecisões no projeto básico não ensejam razões para correção por aditivção contratual, porquanto esses riscos se inserem no escopo do contrato ordinário, assumidos pelo contratado e devidamente incluídos no preço total do contrato:

Eventuais imprecisões no projeto básico, com o qual o contratado assume expressa concordância, não constituem razões para o pleito da sua correção por meio de aditivção contratual, já que esses riscos se inserem na álea contratual ordinária, os quais são

assumidos pelo contratado e devidamente incluídos no preço total do contrato<sup>72</sup>.

Por outro lado, a escolha pelo regime de empreitada por preço global ainda impõe ao contratado a assunção de riscos vinculados à execução do objeto a ser executado, no entanto, percebe-se que a matriz de risco imposta ao contratado não é tão volumosa se comparada a do regime de empreitada integral.

Nesse sentido, o disposto no Acórdão paradigmático exarado pelo TCU (Acórdão 1977, 2013), dispõe que no regime de empreitada por preço global o construtor assume sim riscos associados aos quantitativos de serviços, no entanto, nesse regime, o construtor não tem o dever de cumprir, de modo integral, com a entrega do objeto contratado, não devendo arcar, portanto, com todas as variações possíveis durante a execução contratual. Pelo contrário, eventuais eventos supervenientes que gerem a criação de riscos não necessariamente deverão ser imputados de imediato ao contratado. É por essa razão também que o projeto básico nos regimes de empreitada global e integral é tão importante e necessita de um alto grau de detalhamento, tudo com o objetivo de minimizar os riscos a serem suportados pelo licitante no futuro e também reduzir o preço a ser ofertado por estes.

O TCU, no Acórdão 2881/2018, em consonância com o acórdão paradigmático, proferiu o entendimento de que no regime de empreitada por preço global existe uma tendência do contratado já incluir no preço ofertado os riscos associados às imprecisões intrínsecas aos quantitativos, o que, conseqüentemente, eleva o valor da contratação.

Por sua vez, o TCU entende que a lógica empregada no regime de empreitada por preço unitário se difere totalmente da empregada nos regimes de EPG e integral, uma vez que suas cláusulas contratuais contêm garantias de pagamento proporcional às quantidades reais de bens e materiais que serão de fato aplicados na obra, impedindo, portanto, que a contratada assumira riscos de escopo. É dizer, a escolha de regime de EPU representa uma

---

<sup>72</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 1194/2018. Plenário. Relator: Augusto Sherman. 2018, p. 41.

vantagem ao contratado, na medida que se verifica a ausência do risco de variações de quantitativos (Acórdão 667, 2020).

Nesse mesmo sentido, o TCU, no julgamento do Acórdão 2881/2018, assevera que “quando se contrata por empreitada por preço unitário, o risco associado à imprecisão dos quantitativos não se transfere para o executor, paga-se somente o que for executado”<sup>73</sup>.

O autor Mário Engler (2015) dispõe perfeitamente a diferença na alocação de riscos entre os regime de EPU e EPG. No preço unitário, por sua natureza, o contratante assume a maioria dos riscos, cabendo ao contratado suportar apenas riscos inerentes às alterações nos preços dos insumos já dispostos na planilha de custo. Já na EPG, o contratado irá arcar também com possíveis custos adicionais ligados ao aumento das unidades materiais ou serviços para conclusão da obra. No entanto, ao contrário do regime de empreitada integral, nem o regime de EPU tampouco o regime de EPG transferem ao contratado eventuais falhas e imprevisões no projeto básico.

As alocações de riscos em cada regime brevemente apresentadas acima se sustentam por meio de critérios econométricos e jurídicos e, em razão de suas especificidades, percebe-se que a matriz de risco será alocada de maneira diversa a depender do regime escolhido para nortear a execução contratual, de modo que na EPG e na integral observa-se uma maior permissividade na atribuição de riscos à contratada privada, diferentemente da lógica empregada na empreitada por preço unitário.

Seguindo nessa linha de raciocínio, o parecer do MP/TCU, de lavra do Professor e Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, no Acórdão 1194/2018, define bem os riscos que podem ser imputados aos contratos regidos pelo regime de EPU, sendo estes ligados à responsabilidade civil pela execução dos serviços prestados e às variações de preços dos insumos de objetos contratuais. Assim, riscos em relação ao escopo ou quantitativos são atribuíveis apenas nos regime de EPG e integral:

Num gradiente dos regimes de execução de obras e serviços, tem-se que os riscos para o contratado aumentam na medida em que se decide por um dos regimes de contratação. Assim, na

---

<sup>73</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão 2881/2018. Plenário. Relator: Ana Arraes. 2018, p. 9.



empreitada por preço unitário, os riscos do administrado são menores, posto que, independentemente das previsões constantes do orçamento básico não se confirmarem, o que vier a ser executado será efetivamente pago. Do outro lado do gradiente, passando pela empreitada por preço global e chegando no caso da empreitada integral (...) os riscos para o contratado aumentam, na medida em que diminui a possibilidade para a elaboração de aditivos que visem a corrigir previsões de quantitativos de serviços subestimadas ou errôneas<sup>74</sup>.

Finaliza-se com o entendimento de que restou claro a diferença existente entre a alocação de risco nos regime de empreitada e, em razão de suas particularidades, devem ser indicados para diferentes tipos de obras/serviços, sendo fundamental a compreensão de que, entre os três, o regime de EPU apresenta menor risco para a contratada, pois ela não os assume quanto aos quantitativos do serviço contratado e o regime integral seria o ápice no que se refere a assunção de riscos contratuais, estando o regime de EPG num nível intermediário.

## **2.5 O sistema de equilíbrio econômico-financeiro e a importância da sua preservação**

Após análise feita acima acerca da matriz de risco e da necessidade sobre sua alocação se dar de forma eficiente, objetiva e de acordo com cada caso, devendo o risco ser imputado a parte que melhor vá administrá-lo, resta discorrer sobre o importante instituto do equilíbrio econômico-financeiro presente nos contratos administrativos e sua estrita relação com a repartição de riscos previamente definida.

### **2.5.1 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro e sua relação com a matriz de risco**

Segundo Marçal Justen Filho (2003), o equilíbrio econômico-financeiro se apresenta como uma “relação entre os encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do

---

<sup>74</sup> Tribunal de Contas da União. Ministério Público do Tribunal de Contas da União. Parecer no processo TC-011.775/2011-4. Gabinete do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado. Brasília, 2017, p. 3.

contrato”<sup>75</sup>. Entende-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro seria tudo aquilo que poderia influenciar tanto no custo quanto no resultado da execução contratual, além de abranger todas as vantagens que tenham sido estipuladas contratualmente, assim, mesmo que o previsto por cada parte do contrato seja alterado, o ponto de equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente deverá ser respeitado durante toda execução do contrato.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) conceitua o equilíbrio econômico-financeiro como sendo uma relação de igualdade formada entre as partes, tendo de um lado, as obrigações a serem assumidas pelo contratante, e de outro, a compensação econômica correspondente, sendo a equação econômico-financeira intangível.

Tal garantia opera, portanto, em favor de ambas as partes contratantes, ou seja, tanto em favor do particular, quanto da Administração Pública, contudo, é comum que o funcionamento de tal equação acabe por despertar maiores questionamentos quando favoreça o particular, isso porque é evidente que a Administração Pública é mais resistêcia em respeitar o estabelecido em sede de equilíbrio econômico-financeiro quando tal imposição lhe for desfavorável (NESTER, 2008).

Para Maurício Portugal Ribeiro (2011), o sistema de equilíbrio econômico-financeiro possui três principais funções: (1) a primeira seria desestimular alterações oportunistas pela Administração Pública, exigindo, portanto, compensação por qualquer alteração realizada; (2) a segunda teria o intuito de proteger, estabilizar e adimplir o objeto contratado, dando cumprimento ao estipulado na matriz de risco; e, por último (3) possibilitar que sejam realizadas alterações no objeto do contrato ou em outros aspectos do contrato, de modo a adequá-lo às mudanças ocorridas com o passar do tempo, com a possibilidade do pedido de reequilíbrio econômico.

Esse respeito imposto à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro possui base constitucional, mais precisamente o disposto no inciso XXI, do ar. 37 da CF<sup>76</sup>, ao assegurar a todos os concorrentes que as condições

---

<sup>75</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões. São Paulo. Dialética, 2003, p. 526.

<sup>76</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada

apresentas no oferecimento das propostas sejam mantidas durante toda execução contratual, independentemente se no decorrer do adimplemento do contrato venham a ocorrer situações que o modifiquem.

É dizer, “ao passo que consagra a mutabilidade das cláusulas regulamentares dos contratos administrativos, o Direito brasileiro garante, já na Constituição, a intangibilidade das cláusulas financeiras dessas contratações”<sup>77</sup>.

Para Marçal (2003), portanto, é importante ter em mente que a intangibilidade da equação econômico-financeira se mostra fundamental por se apresentar como uma garantia ofertada ao particular para lhe oferecer segurança quanto aos riscos e eventos futuros que possam ocorrer durante a execução contratual.

Em resumo, a cláusula contratual que estabelece a equação econômico-financeira dos contratos administrativos pode ser entendida como a contraprestação a ser paga pela Administração Pública juntamente com a entrega pelo particular do objeto contratado.

Nesse sentido, caso o poder público pudesse alterar unilateralmente qualquer cláusula do contrato sem nenhuma contraprestação, é claro que a parte contratada restaria totalmente prejudicada, ficando à mercê de práticas oportunistas da Administração Pública, afastando, assim, o interesse da iniciativa privada em licitar com entes públicos. Esse é um dos motivos pelos quais é tão importante que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro seja mantida, de modo a conferir maior segurança ao licitante e que este, conseqüentemente, apresente propostas mais vantajosas e eficientes ao poder público.

---

pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>77</sup> NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 17, jul. 2008, p. 2. Disponível em [https://www.justen.com.br/?s=a+tutela+ao+equil%C3%ADbrio+econ%C3%B4mico-financeiro+do+contrato+administrativo&post\\_type=post](https://www.justen.com.br/?s=a+tutela+ao+equil%C3%ADbrio+econ%C3%B4mico-financeiro+do+contrato+administrativo&post_type=post) , acesso em 28 de março de 2021.

Entendido o conceito de equilíbrio econômico-financeiro, parte-se à análise da relação entre a matriz de risco e a equação econômico-financeira. Primeiramente, se o risco é definido como qualquer evento superveniente que possa influir negativamente durante a execução do contrato e cuja mitigação implicará em custos para a parte que o assuma, é óbvio que a alocação de riscos exerce grande influência na hora em que se estabelece o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato (PEREIRA, 2020).

Ao se estabelecer de antemão no contrato a matriz de risco a ser suportada pelas partes, em regra, não haveria necessidade de se requerer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de ocorrência de algum evento danoso já previsto contratualmente, cujos custos de gerenciamento também teriam sido previstos na proposta vencedora (PEREIRA, 2020). Percebe-se, portanto, que os institutos da matriz de risco e da equação econômico-financeira estão intimamente ligados.

Isto posto, em atenção aos preceitos constitucionais, conclui-se que a alocação de riscos disposta de maneira objetiva, clara, prévia e que preze pela eficiência do contrato, impondo o risco àquele que melhor vá gerenciá-lo, se mostra como um fator de extrema importância na busca pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente, possibilitando que as partes cumpram com seus deveres e obrigações.

### **2.5.2 A importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos e as hipóteses de recomposição**

Pelo exposto no subtópico anterior, percebe-se que os institutos do equilíbrio econômico-financeiro e da matriz de risco são extremamente importantes nas relações contratuais firmadas entre a Administração Pública e o particular. Por esse motivo, a manutenção da equação do equilíbrio econômico-financeiro se mostra como fator essencial à execução contratual.

As cláusulas econômicas contratuais que tratam sobre o equilíbrio econômico-financeiro versam basicamente sobre a remuneração a ser paga pela Administração contratante e, em contraprestação a isso, o particular tem a obrigação de entregar o objeto contratado. Dessa forma, a importância da manutenção do instituto do equilíbrio econômico-financeiro é tamanha que

uma possível ruptura nessa equação poderá levar a sua necessária recomposição, de modo a não prejudicar nenhuma das partes contratantes, nem propiciar o enriquecimento sem causa destes. As possibilidades de recomposição econômico-financeira são hipóteses de manutenção da equação financeira pactuada inicialmente no contrato administrativo.

Além disso, “a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é garantia consagrada no ordenamento jurídico brasileiro”<sup>78</sup>, tendo como principal função assegurar a relação de igualdade entre as partes e os deveres e obrigações assumidos inicialmente por ambos. Nessa linha, a importância na preservação das condições iniciais é tamanha que caso ocorra sua ruptura na equação, existem mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Corroborando a isso o entendimento do TCU, ao dispor que as condições de pagamento estabelecidas inicialmente devem ser mantidas, “de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço”<sup>79</sup>.

Desse modo, sob a perspectiva da LLC e a partir da análise minuciosa e criteriosa de cada caso concreto, desde que ocorra algum evento superveniente que rompa com a estabilidade e igualdade entre as partes necessária ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, a própria legislação traz três institutos que poderão ser utilizados para manter a equação econômico-financeira do contrato, sendo eles: a revisão (reequilíbrio), o reajuste contratual, e a repactuação.

O primeiro meio para recompor a equação do equilíbrio econômico-financeiro, é a revisão, ou o chamado reequilíbrio econômico-financeiro *stricto sensu*, e está previsto no art. 65, II, “d” e §§ 5º e 6º<sup>80</sup> da própria LLC. Da leitura

---

<sup>78</sup> NESTER, Alexandre Wagner. *Op. Cit.*, 2008, p. 1.

<sup>79</sup> TCU. *Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. 2010, p. 811.

<sup>80</sup> Lei nº 8.666/93: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou

do dispositivo ora colacionado, extrai-se que a revisão exige uma comprovação de um fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas de se prosseguir com o contrato nos moldes iniciais, apenas sendo possível requerê-lo em circunstâncias dessa natureza. Destaque para o fato de que não é necessária a previsão de tal instituto no edital ou no contrato administrativo, sendo direito de ambas as partes a revisão, impondo a recomposição financeiro do contrato.

Nessa linha, destaque para o exarado pelo TCU no Acórdão 1309/2006, de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira, repisado posteriormente no julgamento do Acórdão 2061/2016, que definiu que a revisão de preços, também chamada de reequilíbrio ou recomposição, tem por objetivo restabelecer a relação que fora pactuada inicial entre as partes levando em conta os encargos e a retribuição da Administração Pública, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, bem como casos de força maior, caso fortuito, fato príncipe ou fato da Administração. (Acórdão 2061, 2016).

O reajuste, por sua vez, encontra-se disposto nos arts. 40, XI, 55, III e 65, §8º da Lei nº 8.666/93<sup>81</sup>, e também conta como base legal o art. 2º e 3º

---

impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

<sup>81</sup> Lei nº 8666/93: 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 como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração

da Lei nº 10.192/01<sup>82</sup>. Este instituto está voltado à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro resultado do aumento de custos durante a execução contratual causado pela inflação. É dizer, aqui busca-se estabelecer de maneira prévia, no edital, quais índices refletirão a variação de custos no contrato administrativo, visando repor a perda do poder aquisitivo da moeda de maneira automática (Acórdão 2061, 2016). “Tem natureza prospectiva, no sentido de promover (antecipadamente) a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença”<sup>83</sup>.

Por último, tem-se a repactuação que, diferentemente dos demais institutos colacionados acima, está implicitamente previsto na LLC, tendo como diploma legal o Decreto nº 9.507/2018, podendo ser considerado como uma espécie de reajuste, mas que aplica-se aos contratos de serviço contínuos sob regime de dedicação exclusiva. O art. 12 e respectivos incisos do referido decreto preveem que a repactuação será admitida quando tiver como objetivo adequar o preço dos serviços continuados com o preço de mercado, ou seja, tal instituto, assim como o reajuste, também se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro. No entanto, a repactuação destina-se especificamente aos contratos administrativos de serviços contínuos e a variação dos componentes de custo do contrato e não se dá de maneira automática, como no reajuste, devendo a contratada solicitá-la, demonstrando analiticamente as alterações de custos (Acórdão 2061, 2016).

Imperioso salientar, portanto, que devido à importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro firmado inicialmente nos contratos administrativos, o instituto da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro exerce papel fundamental para preservar a execução contratual de maneira que as condições estipuladas no momento da assinatura do contrato

---

do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

<sup>82</sup> Lei nº 10.192/01: Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>83</sup> NESTER, Alexandre Wagner. *Op. Cit.*, 2008, p. 3.

sejam as mesma no momento de seu adimplemento. Nessa linha, defende o autor Ronny Charles Lopes de Torres (2018), na medida em que o reequilíbrio econômico-financeiro deve ser entendido como direito de ambas as partes contratuais – do particular e da Administração Pública –, que visa resguardar as condições efetivas da proposta vencedora e, em razão de tal instituto estar disposto tanto na CF quanto na legislação infralegal, independeria de previsão contratual.

Mais uma vez percebe-se a importância de se ter como base a Carta Magna e seus fundamentos e princípios para nortear as relações contratuais firmadas entre o particular e a Administração Pública, ressaltando a importante de se utilizar o princípio da juridicidade para dirimir eventuais situações que possam surgir durante a execução contratual.

Resta, portanto, comprovada a importância de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro e, caso a Administração Pública ouse negar aos particulares a recomposição da equação estipulada inicialmente, utilizando-se dos instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, estar-se-ia negando-se o disposto no próprio preceito constitucional, deixando o particular em posição de desigualdade e, conseqüentemente, prejudicando a execução do objeto contratado.

## **2.6 Crítica ao sistema de “controle” utilizado pela Administração Pública brasileira para efetuar as compras de bens/serviços e a sua ineficiência: comparativo com o sistema de “compras” utilizado por países desenvolvidos**

Não é novidade que a Administração Pública no Brasil utiliza de inúmeros meios fiscalizatórios, de controle e até mesmo repressivos para gerir a execução dos objetos contratos por meio de processos licitatórios. Isso se deve ao fato de que é cada vez mais frequente notícias que envolvam os enormes escândalos de corrupção e desvios de verbas públicas decorrentes da realização dessas obras. Entretanto, será que essa ineficiência em fiscalizar a execução dos contratos administrativos não advém do próprio sistema de “controle” utilizado pelo Brasil e também da falta de especialização dos servidores responsáveis pela fiscalização destes contratos ou da excessiva legislação aplicável ao caso?



Primeiramente, é sabido que muitas vezes a própria Administração Pública se vê impossibilitada de dar sequência aos contratos administrativos em razão da excessiva legislação e da interferência do judiciário em alguns casos para dirimir eventuais conflitos que poderiam ser impedidos caso o administrador fosse capaz de elaborar um instrumento convocatório preciso e completo e, conseqüentemente, que discorra sobre a matriz de risco e quais reponsabilidade devem ser imputadas ao contratado, conferindo maior segurança ao contratado no momento de elaborar as propostas. Além do mais, não é raro encontrar erros básicos e extremamente prejudiciais nos editais e contratos redigidos que podem prejudicar ou até mesmo impossibilitar que o objeto contrato seja executado, o que evidencia uma falta de preparo dos servidores responsáveis por elaborar estes instrumentos convocatórios.

Nessa linha, cita-se o teor do Acórdão 1.079/2019 do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, que analisou cerca de 39 mil contratos de obras públicas financiadas com recursos do Governo Federal, cujo objetivo era elaborar um diagnóstico de motivos sobre as obras paralisadas no país. Colaciona-se abaixo tabela extraída do referido acórdão, que possibilita a visualização da quantidade de obras por banco de dados:

Tabela 1: Quantidade de obras por banco de dados

Banco de dados	Quantidade	Investimento	%Qtd	%investimento
CAIXA	14.224	R\$ 15.087.800.486,65	37,03%	2,07%
PAC	10.666	R\$ 663.349.865.888,62	27,77%	91,11%
SIMEC 2.0	9.055	R\$ 10.412.537.470,92	23,57%	1,43%
SIMEC SESU	645	R\$ 4.729.617.284,14	1,68%	0,65%
SIMEC SETEC	367	R\$ 1.153.566.318,89	0,96%	0,16%
DNIT	1.168	R\$ 28.512.435.425,57	3,04%	3,92%
FUNASA	2.287	R\$ 4.847.271.600,67	5,95%	0,67%
<b>Total Geral</b>	<b>38.412</b>	<b>R\$ 725.456.451.626,74</b>	<b>100,00%</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: TCU, Acórdão 1.079/2019, p. 7.

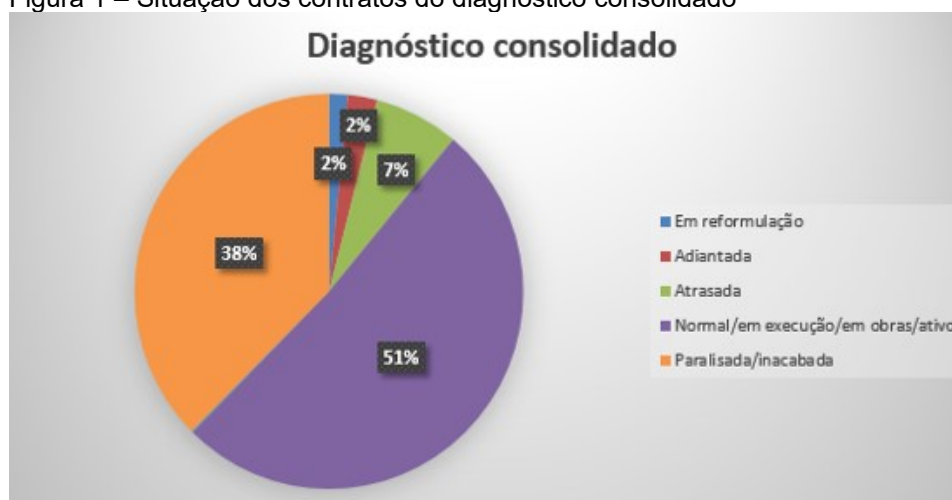
Após análise da tabela 2 colacionada abaixo, foi possível extrair um preocupante diagnóstico, no qual constatou-se que mais de 14 mil obras públicas encontram-se paralisadas ou inacabadas, atingindo um percentual de quase 38% do total das obras analisadas (figura 1):

Tabela 2: Situação dos contratos relacionados a obras e diagnóstico consolidado

Situação	Quantidade de contratos	Investimento	% Qtd	% investimento
Em reformulação	590	R\$ 204.988.942,85	1,54%	0,03%
Adiantada	950	R\$ 957.961.227,72	2,47%	0,13%
Atrasada	2.700	R\$ 4.105.680.314,13	7,03%	0,57%
Normal/em execução/em obras/ativo	19.728	R\$ 575.829.146.944,31	51,36%	79,37%
Obra iniciada sem medição	41	R\$ 44.541.721,12	0,11%	0,01%
Paralisada/inacabada	14.403	R\$ 144.314.132.476,62	37,50%	19,89%
<b>Total Geral</b>	<b>38.412</b>	<b>R\$ 725.456.451.626,74</b>	<b>100,00%</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: TCU, Acórdão 1.079/2019, p. 8.

Figura 1 – Situação dos contratos do diagnóstico consolidado



Fonte: TCU, Acórdão 1.079/2019, p. 8.

Concluiu-se que pelos menos R\$ 10 bilhões já foram investidos nessas obras públicas que se encontram paralisadas/inacabadas no momento, sendo previstos para investimento futuro mais de R\$ 144 bilhões extraídos dos cofres públicos (Acórdão 1079, 2019).

As principais justificativas encontradas para tais constatações envolvem desde contratos mal geridos e inconsistências nos projetos básicos, a ineficiência na fiscalização, a falta de recursos e a falta de capacidade institucional. O referido acórdão optou por analisar mais a fundo quais os motivos de paralisações das obras constantes no banco de dados do PAC e, a partir da análise da tabela colacionada abaixo, é possível vislumbrar com precisão quais são as principais causas dessa constatação:

Tabela 3: Motivos das paralisações das obras do PAC

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R\$ Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R\$25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R\$5.842,71	23%	4%
Outros	344	R\$21.678,21	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R\$62.960,61	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R\$4.506,36	3%	3%
Judicial	83	R\$6.120,61	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R\$3.432,52	1%	3%
Ambiental	32	R\$2.145,38	1%	2%
<b>Total Geral</b>	<b>2.914</b>	<b>R\$132.226,99</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Fonte: TCU, Acórdão 1.079/2019, p. 20.

Conclui-se, portanto, que a paralisação das obras públicas está intrinsecamente atrelada a três principais motivos, sejam eles: (1) técnico, (2) abandono pela empresa e (3) orçamentário/financeiro. Conforme extrai-se da tabela acima, 47% das obras encontram-se paralisadas por deficiências técnicas, constatando-se que grande parte dos problemas dos empreendimentos começa antes mesmo da execução do objeto licitado, estando ligado a inconsistências no próprio projeto básico elaborado pela Administração Pública (Acórdão 1079, 2019).

Tais constatações reforçam “a necessidade de que haja um melhor gerenciamento de riscos para o tratamento desses aspectos específicos”<sup>84</sup>. Essas constatações elencadas acima vão muito além do prejuízo causado somente ao erário, na verdade, comprometem todo o desenvolvimento do país e, conseqüentemente, o bem-estar de toda sociedade brasileira, em total descumprimento aos preceitos constitucionais, que preza pelo acesso a saúde, educação, etc.

A exemplo disso, cita-se que o TCU, no referido acórdão, estimou que mais de 75 mil vagas destinadas às creches e pré-escolas deixaram de ser criadas, 192 unidades básicas de saúde não foram entregues, 236 obras de saneamento básico paralisadas, entre outros, evidenciando a situação caótica que o país vivencia (Acórdão 1079, 2019).

Além dos contratos mal geridos, da deficiente fiscalização, do evidente despreparo dos servidores, da falta de recursos, entre outras causas,

---

<sup>84</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1079/2019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 2019, p. 43.

outro ponto que merece destaque é a rigidez e a predefinição existente na “matriz de risco” dos contratos administrativos regidos pela LLC, por exemplo, que corrobora e muito para a consequente ineficácia dos contratos firmados e abre margem para realização de atos corruptivos (CASTRO & MENEGAT, 2017). A ruptura na rigidez da matriz de risco definida pela Teoria das Áleas é prova de que não há mais espaço para alocações de riscos ineficientes, evidenciando o longo caminho que a Administração Pública brasileira possui pela frente para se adequar aos sistemas de “compras” utilizados pelos países desenvolvidos.

Caso a Administração Pública alocasse os riscos conforme a doutrina e jurisprudência têm entendido, seguindo a lógica de que os riscos devem ser imputados àquele que melhor vá administrá-lo e, de fato, investisse no aprimoramento técnico de seus servidores, no planejamento dos projetos básicos e executivos, realizasse estudos de viabilidade técnica e econômica, com certeza os contratos administrativos começariam a apresentar uma eficiência mais elevada da que apresenta atualmente e, conseqüentemente, os riscos seriam mitigados:

Quando a Administração consegue ponderar adequadamente esses fatores – fiscalização alinhada com boa gestão; capacitação e aperfeiçoamento do quadro técnico; precaução em se fazer projetos mais precisos, coerentes com as expectativas da comunidade e sem grande lapso temporal entre projeto e obra; recursos assegurados em tempo regular –, o risco de se ter uma obra paralisada é mitigado<sup>85</sup>.

Por esse motivo, é importante discorrer brevemente acerca da diferença entre os sistemas utilizados pelos países em desenvolvimento e pelos países desenvolvidos, de modo a evidenciar o atraso e a visão engessada que o modelo de sistema de “controle”, este amplamente utilizado pelo Brasil como seu sistema de “compras”, se encontra perante os sistemas utilizados por países como os EUA.

No EUA, tem-se o chamado sistema de “compras”, cujo objetivo é atingir elevados graus de desenvolvimento de políticas públicas e, conseqüentemente, proporcionar o alto desenvolvimento social e local, com

---

<sup>85</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1079/2019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 2019, p. 43

órgãos e profissionais totalmente especializado e voltados exclusivamente para a coordenação desse sistema de compras, simplificando e agilizando a execução de aquisição de bens e execução de obras públicas. Percebe-se que aqui o foco é total na forma como a compra pública será realizada e a especialização dos agentes que atuam na área é imprescindível, com mecanismos totalmente direcionados à maior eficiência possível do emprego de verba pública e a consequente satisfação do bem-estar social (MARQUES, 2005).

No Brasil, conforme já exposto acima, pode-se constatar o oposto da realidade vivenciada nos EUA quando o quesito envolve sistema de compras. Com um grande número de profissionais despreparados, em que cada órgão possui um setor responsável pelas licitações, com a alta incidência de erros nos projetos básicos e executivos, a expressiva paralisação de obras públicas no Brasil e a frequente descoberta de escândalos de corrupção envolvendo desvios de verbas destinados às obras públicas, é possível constatar que o país não possui uma cultura de maximizar o desenvolvimento das políticas públicas empregadas no país, por mais que garantir o desenvolvimento nacional seja uma garantia disposta constitucionalmente. O objetivo do sistema utilizado no Brasil é um sistema puro de “controle”, tendo em vista que o objetivo volta-se basicamente ao combate à corrupção, envolvendo procedimentos complexos e voltados apenas para aspectos legais, que acabam por desestimular as empresas privadas e a frustrar a sociedade (MARQUES, 2005).

Isto posto, percebe-se que são inúmeros os motivos pelos quais o Brasil apresenta essa enorme ineficiência em gerir e fiscalizar os contratos, bem como elaborar projetos básicos necessários a todo instrumento convocatório e, conseqüentemente, repartir eficientemente riscos e responsabilidades às contratadas, imputando, na maioria das vezes, uma matriz de riscos extremamente elevada e responsabilidades que estão além das obrigações atribuídas à contratada, ajudando a elevar mais ainda os níveis de ineficiência dos contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e o particular.

## Capítulo 3

### **Apontamentos sobre os limites de responsabilidades a serem assumidas pela empresa licitante em relação ao objeto contratado na perspectiva da matriz de risco alocada: estudo do caso do Edital 0179/2020-12/2020**

Após percorrida a forma como os riscos devem ser alocados em cada regime de empreitada e sobre a importância de se predefinir uma matriz de risco contratual, em razão da enorme influência que esta exerce sobre a manutenção da equação do equilíbrio econômico-financeiro, percebe-se que a alocação de riscos está intrinsecamente ligada à repartição de responsabilidades entre as partes contratantes, de modo que se mostra extremamente importante que se analise quais os limites da responsabilização da licitante sobre os objetos contratados com a Administração Pública.

Como forma de demonstrar a importância da discussão acima, analisar-se-á a matriz de risco alocada no TR do Edital nº 0179/2020-12/2020 (Processo SEI nº 50612.000228/2020-21), firmado entre o DNIT e uma empresa privada para o fornecimento de serviços referentes à supervisão ambiental, gerenciamento ambiental e execução de programas ambientais no âmbito das obras de implementação da ponte sobre o Rio Araguaia e seus respectivos acessos. O referido edital, conforme se verificará no presente capítulo, é a clássica demonstração do despreparo e da ineficiência que o Brasil apresenta ao repartir os riscos e as responsabilidades entre os licitantes, o que acaba por gerar uma enorme insegurança jurídica nas relações contratuais firmadas com a Administração Pública por meio dos processos licitatórios.

#### **3.1 Análise acerca da limitação de responsabilidades a serem assumidas pela licitante na matriz de risco previamente contratada**

Mesmo que os contratos contenham cláusulas que prevejam os riscos e promovam sua prévia alocação, repartindo, portanto, as responsabilidades entre as partes, é preciso atentar-se ao fato de que também é necessária a fixação de limites sobre tais responsabilidades a serem assumidas pela contratada na matriz de risco disposta no contrato, bem como

em relação as possíveis consequências que os eventos danosos supervenientes podem causar às partes (GOMES, 2020).

A discussão aqui não se volta sobre a alocação dos riscos propriamente dita, mas sim sobre a necessidade de se impor limites que devem ser levados em consideração na repartição das responsabilidades às partes, ou seja, até quando a parte é exclusivamente responsável por arcar com os riscos alocados contratualmente, é importante a definição de seus limites, tendo em vista fatores futuros que podem alterar as circunstâncias iniciais em que fora firmado o contrato (GOMES, 2020).

Como forma de exemplificar o exposto acima, imagine-se uma matriz de risco alocada sem limites em um contrato onde previu-se que as variações das taxas de câmbio seriam total e exclusivamente suportadas pela contratada, porém, na hipótese de um evento extraordinário, como é o caso da pandemia causada pelo COVID-19, em que as taxas de câmbio apresentaram uma alta expressiva no Brasil, com a consequente desvalorização da moeda nacional, e todos os materiais para execução do contrato são importados, é de se imaginar que a contratada não conseguirá suportar tamanha responsabilidade por jamais conseguir prever o risco extraordinário da ocorrência de uma pandemia, o que certamente causará incertezas e uma extrema rigidez contratual.

Corroborando a isso o entendimento de Milton Carvalho Gomez (2020), ao dispor que “a transferência de riscos sem limitação pode, em determinadas hipóteses, inserir no ambiente contratual um elevado grau de incerteza”<sup>86</sup>, além disso, “a exposição de uma das partes a riscos ilimitados – lembrando que tratamos de contratos públicos – pode resultar em excessiva rigidez, impedindo a absorção de eventuais impactos excepcionais causados por eventos de risco”<sup>87</sup>, sendo necessária a fixação de limites precisos acerca das responsabilidades das partes em relação aos riscos previstos, de modo a reduzir incertezas contratuais e a incentivar práticas eficientes na gestão desses riscos.

---

<sup>86</sup> GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6, n° 4, pp. 2179-2239, p. 2218.

<sup>87</sup> Idem.

Assim, se a matriz de risco foi alocada contratualmente sem limites, impondo às partes assunção de responsabilidades exorbitantes, entende-se que cada parte deverá arcar somente com aquilo que for considerado naturalmente decorrente das obrigações assumidas, é dizer, arcar com as responsabilidades previstas pelas partes como razão da contratação (GOMES, 2020). Por isso que se reitera pela busca da eficiência e objetividade até mesmo na hora de repartir as responsabilidades, porque não basta que os riscos sejam somente alocados no contrato. É importante impor limites na assunção de tais responsabilidades, de forma a alocá-las à parte que melhor vá administrá-la, sem onerar excessivamente uma das partes, possibilitando rediscutir os riscos alocados na hipótese de eventos supervenientes não previstos.

### **3.2 Análise sobre a distribuição de responsabilidades não alocadas contratualmente**

Conforme analisado no capítulo anterior, algumas leis não obrigam que a contratante estabeleça *a priori* uma matriz de risco e, conseqüentemente, reparta as responsabilidades entre as partes pelo acontecimento de eventos supervenientes não previstos contratualmente, de modo que o contrato não irá conter a repartição de todos os riscos envolvidos no projeto, é dizer, alguns riscos serão alocados e outros não, o que se verifica com grande frequência atualmente no âmbito dos contratos administrativos (GOMES, 2020).

Assim, a questão que merece destaque agora é sobre quais os limites das responsabilidades que poderão ser assumidos pelas partes na hipótese de ocorrência de eventos supervenientes não previstos, ou seja, não alocados previamente no contrato?

Para essa complexa pergunta, Milton Carvalho Gomes (2020) propõe uma análise a partir da doutrina da previsibilidade extraída do precedente *Hadley vs. Baxendale*<sup>88</sup>, que entende que “cada parte será

---

<sup>88</sup> É um dos mais importantes precedentes ingleses sobre a discussão acerca da lei contratual e que serve de referência até hoje em julgamentos que envolvem a discussão acerca da quebra de contrato. Em resumo, Hadley firmou um contrato com a empresa de Baxendale, a Pickford & Co., pois um dos eixos de transmissão de seu moinho havia quebrado e ele precisava transportá-lo até a empresa fabricante para que fosse fabricada uma nova peça.



responsável apenas pelos riscos considerados como decorrência natural das obrigações assumidas no contrato, e ainda por aqueles riscos que se possa supor terem as partes contemplado razoavelmente prováveis no momento da contratação”<sup>89</sup>. É dizer, no caso de não existir uma matriz de risco que preveja eventos futuros supervenientes extraordinários, “as partes assumem riscos considerados razoavelmente previsíveis no momento da contratação, excluídos aqueles de probabilidade marginal ou insignificante”<sup>90</sup>.

Os riscos excepcionais, quais sejam, os riscos extraordinários, de probabilidade marginal ou insignificantes, ficam excluídos da responsabilidade das partes em um primeiro momento, caso não sejam previamente alocados no contrato, com a necessidade de serem submetidos a um regime jurídico próprio de análise (GOMES, 2020), até porque “os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para alocar esses riscos”<sup>91</sup>.

É claro que, por conta disso, as partes contratantes não apresentam medidas eficientes de cautela conforme já visto no capítulo anterior, de modo que, sem a descrição da situação e de suas possíveis consequências, as partes se veem impedidas de repartirem eficientemente as responsabilidades inerentes ao objeto contratado e de adotarem medidas capazes de impedir o acontecimentos de tais eventos.

Na teoria, é imprescindível que os riscos sejam distribuídos *ex ante*. Assim, as partes contratantes entram no jogo sabendo quais responsabilidades serão assumidas e, portanto, buscam fixar procedimentos

---

Para isso, contratou a empresa de transporte de Baxendale. Ocorre que por negligência da empresa, a entrega do eixo atrasou, o que prolongou o tempo em que o moinho de Hadley ficou inoperante, ocasionando perda de lucros. Hadley, então, ajuizou uma ação contra Baxendale requerendo indenização por danos sofridos, incluídos os lucros cessantes, no entanto, a Corte acabou por inocentar o contratado, uma vez que este não poderia prever que o moinho ficaria inoperante por tanto tempo. Portanto, o caso emblemático tratou sobre a extensão dos danos decorrentes da quebra contratual e também sobre os limites da responsabilidade do transportador (GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6, n° 4, pp. 2179-2239).

<sup>89</sup> GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6, n° 4, pp. 2179-2239, p. 2213.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e economia. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223.

que visem conferir maior segurança e previsibilidade no cumprimento das obrigações atribuídas contratualmente às partes, de modo que a dúvida sobre quem deverá arcar com riscos futuros incremente os custos dos contratos e aumenta a chance de litígio entre as partes (GOMES, 2020).

No entanto, na prática, o que se vê é que os contratos administrativos quase nunca contêm previsões acerca dos mecanismos necessários à distribuição eficaz dos riscos e de eventuais perdas *ex post*, aumentando as inseguranças sobre de quem será a responsabilidade por arcar com eventos supervenientes, tidos como riscos excepcionais, que sequer foram previstos contratualmente, sendo necessário que se recorra às normas legais, que nem sempre apresentam soluções plausíveis (GOMES, 2020).

Antigamente, a LLC autorizava modificações no contrato nas hipóteses da álea econômica extracontratual, possibilitando que o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente fosse mantido, ou seja, a Lei nº 8.666/93 transferia automaticamente à Administração Pública as consequências negativas dos eventos supervenientes. Ocorre que conforme já estabelecido no capítulo anterior, a Teoria das Áleas contratuais é insuficiente e ineficiente para tratar sobre alocação dos riscos.

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), definiu-se a matriz de risco como a cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, devendo conter também informações sobre possíveis eventos supervenientes que impactarão o equilíbrio econômico-financeiro, bem como dispor acerca da necessidade de celebração de eventuais termos aditivos (art. 6º, XXVII, “a” da referida lei), confirmando, portanto, que a matriz de risco deverá de imediato repartir as responsabilidades entre as partes no que se refere a possíveis eventos danosos supervenientes, que poderão causar algum tipo de desequilíbrio no contrato.

É óbvio que mesmo assim a matriz de risco não será capaz de prever todo e qualquer evento futuro que possa causar algum tipo de desequilíbrio no contrato e com isso repartir previamente as responsabilidades de mitigação dos riscos, mas a previsão legislativa demonstra que o legislador

buscou atribuir maior eficiência e previsibilidade aos contratos administrativos. No entanto, cumpre destacar que a nova lei não retira o direito do contratado de requerer o reequilíbrio econômico-financeiro em caso de fatos superveniente extraordinários, que não foram previstos de antemão na matriz de risco alocada ao contrato, e até mesmo na hipótese de alterações unilaterais implementadas pela Administração Pública (NIEBUHR & et al, 2021).

É dizer, no caso de eventos futuros extraordinários que não foram previstos *ex ante* no contrato, as responsabilidades deixaram de ser distribuídas entre as partes, fazendo com que exista uma confusão sobre quem deverá assumir o ônus financeiro decorrente dos fatos supervenientes à assinatura do contrato.

Nessa linha, tanto a antiga LLC, quanto a Nova Lei de Licitações preveem ser possível o requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante a celebração de termos aditivos, desde que presente os requisitos para tal. Além do mais, importante frisar que o particular não deve arcar sozinho com responsabilidades e obrigações que sequer foram previstas no instrumento contratual (NIEBUHR & et al, 2021).

No caso de ser necessária a distribuição *ex post* das responsabilidades por riscos não previstos mas gerados no decorrer da execução contratual, o autor Milton Carvalho Gomes (2020), antes mesmo da entrada em vigor da nova lei, apresentou uma solução interessante para o problema, qual seja, a possibilidade de criação de um ambiente negocial dentro da estrutura administrativa e regulatória do Estado, mecanismo que recentemente foi recepcionado pela Lei nº 14.133/2021, os chamados comitês de resolução de disputas de conflitos, que poderão ser utilizados inclusive para resolver controvérsias envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro, conforme extrai-se do art. 151 da referida lei<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Lei nº 14.133/2021: Art. 151 — Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações

Além disso, o autor também se refere à utilização de outro mecanismo intitulado de cláusula de *hardship*, amplamente utilizada nos contratos privados, mas que é facilmente implementada no contratos públicos, cujo objetivo é possibilitar a renegociação do contrato, tendo em vista circunstâncias que possam alterar futuramente, de maneira fundamental, o equilíbrio do contrato, devendo ser deflagrada “para aquela parcela de riscos não contemplada pelas partes como razoavelmente prováveis, quando da contratação, sendo a sua distribuição *ex ante* demasiado custosa”<sup>93</sup>, objetivando a conservação do pactuado contratualmente, mas com readaptações necessárias, ou seja, utilizar-se-ia o referido mecanismo quando sobreviessem fatos imprevisíveis e extraordinários que alterassem fundamentalmente o equilíbrio do contrato, conferindo, assim, maior flexibilidade ao contrato, sem onerar demasiadamente uma das partes e impondo limites aos riscos, possibilitando a execução do objeto contratado (GOMES, 2020).

Portanto, percebe-se que a legislação vem se alinhando com a doutrina ao tentar promover melhores técnicas de resolução de conflitos que envolvam a análise de riscos e repartição de responsabilidades entre as partes acerca de eventos superveniente à formalização do contrato que não foram previstos, e que, de alguma forma, possam impactar negativamente a sua execução, buscando ferramentas para solucionar conflitos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro.

### **3.3 Análise da matriz de risco alocada no TR do Edital 0179/2020-12/2020**

Por todo o exposto acima, como forma de demonstrar a necessidade de estudar e debater o presente assunto, analisar-se-á o Edital 0179/2020-12/2020, firmado entre o DNIT e uma empresa privada para o fornecimento de serviços de supervisão ambiental e gerenciamento ambiental, bem como execução de programas ambientais, nas obras de implementação da ponte sobre o Rio Araguaia e seus respectivos acessos. Ocorre que da

---

<sup>93</sup> GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6, nº 4, p. 2179-2239, p. 2224.

análise do referido edital e de seus anexos, é possível observar que foram imputados riscos exorbitantes à contratada, estes presentes somente no TR e que tampouco foram quantificados nas planilhas orçamentárias, apesar de que o edital é claro ao dispor que o regime de execução do contrato será o regime de EPU.

Como forma de ilustrar melhor o que será debatido, colaciona-se o item 25 do TR do mencionado edital, em que se discutem os riscos consideráveis a serem assumidos durante a execução contratual:

Figura 2: Riscos consideráveis alocados no TR

<b>RISCOS CONSIDERÁVEIS</b>	
25.1.	O DNIT por meio da fiscalização do contrato tem inteira autonomia em reduzir a equipe de Gestão Ambiental, bem como, paralisar a execução da Gestão Ambiental caso ocorra redução do ritmo das obras ou paralização destas.
25.2.	O Programa de Prospecção, Resgate e Monitoramento Arqueológico - PPRMA e o Programa de Educação Patrimonial - PEP já foram aprovados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Brasil /IPHAN, já tendo sido apresentado ao IBAMA. O relatório de diagnóstico arqueológico já foi objeto de análise pelo IPHAN e recebeu sua aprovação, dando por encerrado a fase de pesquisa arqueológica. O IBAMA foi comunicado da aprovação. Durante a fase das obras, caso haja ocorrência de vestígios arqueológicos, fica a Gestão Ambiental responsável por todos os procedimentos referentes aos estudos e resgate arqueológico, como também, todas as tratativas junto ao órgão ambiental licenciador e junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, viabilizando assim a continuidade das obras.
25.3.	O risco de modificações das condicionantes da Licença de Instalação (LI) pelo Órgão Licenciador e das medidas de controle e adequação, podendo causar alteração no escopo dos programas ambientais. A Contratada deve prover a execução dos programas ambientais de sua competência, gerenciar e supervisionar a obra no que se refere ao Plano Básico Ambiental, garantir, no que for de sua competência, o atendimento das condicionantes da Licença de Instalação e da Autorização de Supressão da Vegetação e garantir a aprovação dos relatórios por parte do Órgão Ambiental, garantir o cumprimento do previsto no Plano Básico Ambiental e suas possíveis alterações no decorrer da vigência da Licença e suas prorrogação.
25.4.	Com relação à obsolescência tecnológica, falta de inovação técnica e deficiência de equipamentos a Contratada poderá não atingir os requisitos de qualidade findando em retrabalhos, aumento do prazo e aumento dos custos. Logo a Contratada deverá prover equipe técnica competente, materiais e equipamentos adequados à execução dos serviços contratados.
25.5.	Com relação à falha na execução dos programas ambientais, falta de técnica e deficiência de Gestão Ambiental a Contratada poderá não atingir os requisitos de qualidade da Gestão Ambiental ocasionando retrabalhos e aumento do prazo. Logo a Contratada deverá prover equipe técnica competente, materiais e equipamentos adequados à execução dos serviços contratados.

Fonte: Termo de Referência, do Edital 0179/2020 (Processo SEI nº 50612.000228/2020-21), p. 23.

Extraí-se, portanto, que além dos riscos inerentes à execução contratual do objeto contratado, qual seja, execução de programas ambientais, supervisão e gerenciamento ambiental, foi imputado à contratada a responsabilidade de resgatar e proceder aos estudos de possíveis vestígios arqueológicos que possam ser encontrados durante a execução da obra da ponte sobre o Rio Araguaia (tópico 25.2 do TR). Tais custos sequer foram previstos nas planilhas orçamentárias, tampouco quantificados. Veja-se:

Tabela 4: Recorte da Planilha de Custos e Formação de Preços – Planilha Orçamentária

<b>1 - CUSTOS DIRETOS - EQUIPE</b>			
	Coordenador Geral	HM	24,00
	Supervisão Ambiental - Engr. Agrônomo/Ambiental/Florestal	HM	24,00
	Agente Publicitário	HM	4,00
	Supervisão Ambiental e Monitoramento de Fauna - Biólogo	HM	24,00
	Auxiliar de escritório	HM	24,00
	Consultor Especial	HM	6,00
<b>2 - ENCARGOS SOCIAIS</b>			
	Encargos Sociais	%	84,04%
	Encargos Sociais Consultor Especial (pessoa jurídica)	%	20,00%
<b>3 - CUSTOS ADMINISTRATIVOS</b>			
	CUSTOS ADMINISTRATIVOS	%	
<b>4 - DIÁRIAS</b>			
	Diárias	UND	120,000
<b>5 - VEÍCULOS</b>			
	Caminhonete - 140 A 165 CV	VM	24,000
	Sedan - 71 a 115 CV	VM	24,000
<b>6 - DESPESAS GERAIS</b>			
	Escritório	MÊS	24,000
	Mobiliário de Escritório	MÊS	24,000
	Alojamento Para Pessoal	MÊS	24,000
	Mobiliário de Alojamento Para Pessoal	MÊS	24,000
<b>7 - ESTUDOS / PROGRAMAS / CUSTO EQUIPE</b>			
	2. PROGRAMA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL	UND	8,000
	3.a - PEA - Atividades nas escolas e instituições de ensino e Atividades para a comunidade em geral	UND	5,000
	3.b - PEA - Oficinas de Fauna: com a Comunidade, Escolas e Trabalhadores	UND	6,000
	4.a) PMQA - Coletas de Amostras e Análises laboratoriais de Água - 14 parametros	UND	7,000
	4.a) PMQA - Coletas de Amostras e Análises laboratoriais de Água - 32 parametros	UND	2,000
	5.a) SMF. ICTIOFAUNA	UND	8,000
	5.b) SMF. HERPETOFAUNA	UND	4,000
	5.c) SMF. MASTOFAUNA	UND	8,000
	6. PROGRAMA DE RESGATE, AFUGENTAMENTO E SALVAMENTO DE FAUNA	UND	2,000
	7. PROGRAMA DE MONITORAMENTO DE RUÍDOS E VIBRAÇÕES	UND	24,000
	8. PROGRAMA POTENCIAL MALARIGENO	UND	8,000
	9. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO E TRANSPLANTE DE GERMOPLASMA VEGETAL	UND	4,000

Fonte: Anexo III, do Edital 0179/2020 (Processo SEI nº 50612.000228/2020-21).

Observa-se do recorte colacionado acima que apenas foram previstos custos e encargos sociais relacionados à mão de obra necessária à execução do objeto contratado e despesas gerais, no entanto, em momento algum, previu-se a contratação de um profissional arqueólogo para acompanhar a obra ou até mesmo custos com o resgate e estudo de eventuais sítios arqueológicos descobertos no decorrer da execução das obras

Além disso, o TR, em seu tópico 25.3, também alocou à contratada a responsabilidade por eventuais modificações das condicionantes da Licença de Instalação, esta concedida pelo órgão licenciador, bem como o risco de possíveis alterações no escopo dos programas ambientais.

Vê-se, portanto, que os riscos imputados à contratada foram extremamente altos, desonerando o órgão licitante da assunção de riscos e responsabilidades. No entanto, a partir do exposto acima, a questão merece ser debatida com base em todos os aspectos que foram trazidos nos capítulos e tópicos anteriores.

O primeiro ponto a ser levantado é o regime de empreitada que fora escolhido pela própria administração para executar o objeto contratado, qual seja, o regime de empreitada por preço unitário. Pela lógica do regime, conforme visto no tópico 1.2.2 do Capítulo I e 2.4 do Capítulo II deste trabalho, descabe a assunção de riscos exorbitantes, sendo o regime que confere maior segurança à contratada, na medida em que tudo que será executado, deverá ser necessariamente previsto nas planilhas orçamentárias, até porque a remuneração da contratada se dará com base nos serviços que foram efetivamente executados, com os preços que foram previstos na planilha de custos, não comportando dessa forma variações nos quantitativos contratados, quanto menos de itens que sequer foram previstos, devendo a contratada se responsabilizar somente pela entrega daquilo que fora previsto como objeto do contrato, não podendo arcar com erros, imprecisões e omissões causados em decorrência de falha única e exclusiva da Administração Pública ao elaborar o projeto básico de determinada obra/serviço (Acórdão 1977, 2013).

De acordo com a jurisprudência do TCU, esse regime se difere totalmente dos regimes de empreitada por preço global e integral, na medida em que impede que a contratada assuma riscos relacionados ao escopo do serviço, já que as cláusulas contratuais presentes nos contratos regidos por este regime devem garantir ao contratado o pagamento proporcional às quantidades reais de bens e materiais aplicados na obra (Acórdão 667, 2020).

Nessa linha, o risco pelo resgate e estudo de eventuais sítios arqueológicos descobertos no decorrer das obras jamais poderia ter sido imputado à contratada, sendo que sequer fora previsto nas disposições editalícias ou no contrato administrativo referente ao Edital nº 0179/2020 tamanha responsabilidade. Outro ponto que demonstra o absurdo dessa matriz de risco, é o fato de que sequer fora previsto nas planilhas orçamentárias a necessidade de um profissional da área de arqueologia para supervisionar as obras e impedir o acontecimento de eventuais danos nos vestígios arqueológicos, o que demonstra a fragilidade e a incompletude com que fora elaborado o projeto de execução do serviço e a tamanha insegurança de se licitar com a Administração Pública.

Os vestígios arqueológicos são declarados bens patrimoniais da União pela CF<sup>94</sup>, constituem o patrimônio cultural brasileiro<sup>95</sup> e são protegidos tanto pela Lei Federal n° 3.924/61 quanto pela própria CF, sendo imposto ao Poder Público, em colaboração com a comunidade, a sua proteção<sup>96</sup>, ou seja, a Administração Pública, por força constitucional, jamais poderia ter declinado integralmente o dever de proteger o patrimônio cultural que lhe incumbe, como ocorreu no edital ora analisado, imputando somente à contratada a responsabilidade e o dever de resgatar e estudar eventuais vestígios arqueológicos.

Além disso, alocou todos os riscos com relação a possíveis alterações de escopo do serviço diretamente à contratada, sem respeitar o regime de empreitada que fora escolhido para nortear a execução do objeto contratado, uma vez que o regime de empreitada por preço unitário não admite que a contratada assumira tais responsabilidades, somente é possível que riscos relacionados às alterações nos preços dos insumos que já foram pré-definidos nas planilhas de custos. É dizer, mais uma vez o órgão licitante não respeitou o regime de empreitada escolhido e imputou à contratada uma série de responsabilidades que ultrapassam e muito os limites de uma matriz de risco pensada na lógica da eficiência e sob a perspectiva do regime de empreitada por preço unitário.

Toda a linha de pensamento existente sobre a melhor forma de se alocarem riscos claramente foi ignorada no presente edital, tendo em vista que que por óbvio o risco não foi distribuído a parte que melhor iria administrá-lo, bem como a supremacia do interesse público foi exacerbada pelo órgão licitante, na medida em que este imputou exclusivamente todos os riscos possíveis à contratada, inclusive aqueles que também deveriam ser de

---

<sup>94</sup> CF: Art. 20. São bens da União: X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos

<sup>95</sup> CF: Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

<sup>96</sup> CF: Art. 216 (...) § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.



responsabilidade da própria Administração Pública, como o dever de proteger o patrimônio cultural acerca dos possíveis vestígios arqueológicos. Assim, a partir da análise de um caso concreto, observa-se ainda mais a necessidade de se discutir os contratos administrativos sob a lógica do princípio da eficiência e da juridicidade e de se respeitar os preceitos constitucionais, de sorte a não lesar o particular que contrata com a administração pública e também buscar conferir maior segurança aos contratos firmados, preservando, assim, a equação do equilíbrio econômico-financeiro, que é outra garantia constitucional conferida ao contratado.

Por esse motivo, seria importantíssimo que o presente edital tivesse estabelecido limites para as responsabilidades de cada parte. É dizer, já que o risco fora alocado contratualmente sem limites, impondo à contratada uma assunção de responsabilidades exorbitantes sob a ótica do regime de empreitada por preço unitário, esta deveria arcar somente com as responsabilidades decorrentes como razão da contratação, nesse caso, a supervisão e gerenciamento ambiental, bem como execução de programas ambientais voltados para preservação da fauna, flora, entre outros.

Outro ponto que merece ser levantado, é a questão de que o referido edital é o exemplo clássico do despreparo e da ineficiência com que o Brasil atualmente gere e fiscaliza seus contratos administrativos, bem como elabora seus projetos básicos, repartindo, ineficientemente, riscos e responsabilidades entre as partes e, na maioria das vezes, imputando somente à contratada a assunção de riscos que deveriam ser administrados também ou exclusivamente pela Administração Pública a depender do regime de empreitada escolhido. Cita-se, como forma de ilustrar o alegado, que sequer foram previstos e precificados o fornecimento de barcos para realização do serviço contratado, isso porque se trata de um serviço a ser prestado durante a construção de uma ponte sobre o Rio Araguaia e que necessita da

supervisão da ictiofauna<sup>97</sup>, herpetofauna<sup>98</sup>, mastofauna<sup>99</sup> presente no local, bem como análises de água, etc.

Essa ineficiência e despreparo dos servidores que atuam na elaboração dos editais e na gestão dos contratos administrativos reflete diretamente no desenvolvimento do país, conforme analisado no tópico 2.6 do Capítulo II do presente trabalho, além de aumentar expressivamente o número de obras paralisadas/inacabadas, que servem apenas para desperdiçar dinheiro público, indo de encontro à proteção do interesse público que a Administração Pública tanto prega e deixa o Brasil vivenciar uma situação cada vez mais caótica, impedindo que a população tenha acesso a direitos básicos previstos constitucionalmente.

---

<sup>97</sup> Trata-se do ramo que estuda o conjunto de espécies de peixes que existem em determinada região.

<sup>98</sup> Trata-se do ramo que estuda o conjunto de répteis que existem em determinada região.

<sup>99</sup> Trata-se do ramo que estuda o conjunto de mamíferos que existem em determinada região, podendo estes serem aquáticos ou terrestres.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar aspectos ligados à repartição de riscos e responsabilidades dentro da lógica empregada nos regimes de empreitada dispostos na Lei n° 8.666/93, que também foram recepcionados pela Nova Lei de Licitações (Lei n° 14.133/2021) recém sancionada, sob o ponto de vista da relativização da supremacia do interesse público sobre o privado por meio do princípio da juridicidade.

Como já sabido, a Administração Pública, para executar indiretamente um serviço ou adquirir um bem, se vale de um processo licitatório, em que é necessária a escolha de um regime de empreitada que melhor vá atender o interesse público naquele contrato, no entanto, mesmo com a pacificação do tema pelo Acórdão Paradigma n° 1977/2013, exarado pelo Plenário do TCU, que buscou uniformizar o entendimento acerca das diferenças existentes entre os regimes de EPG e EPU, ainda é possível encontrar, na sua grande maioria, fiscais e gestores de contrato que não sabem diferenciar os regimes de empreitada sobre a forma de medição, pagamentos, repartição de riscos e responsabilidades, entre outros, o que acaba por acarretar sérios prejuízos aos particulares contratantes com o Poder Público.

Pelo fato de cada regime possuir suas especificidades e alocar diferentes matrizes de riscos e responsabilidades que cada integrante da relação contratual deverá suportar, a presente pesquisa se mostra de extrema importância, tendo em vista a falta de preparo e ineficiência com que os projetos básicos e contratos administrativos são elaborados e geridos, aumentando e muito a insegurança das relações contratuais no âmbito administrativo, na medida em que a Administração Pública, no gozo de suas prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, altera o escopo do trabalho ou modifica os quantitativos da obra/serviço, extrapolando o objeto previamente contratado, imputando aos licitantes a assunção de uma matriz de risco extremamente alta.

A diferença entre cada regime é clara e isso deve ser aplicado pela Administração Pública na hora de elaborar e gerir os contratos administrativos. Em uma linha crescente de assunção de riscos e responsabilidades

contratuais, restou comprovado que o regime de EPU apresenta mais vantagens ao contratado na medida em que este não assume riscos relacionados aos quantitativos e ao escopo de trabalho, apenas em relação às alterações nos preços de insumos dispostos na planilha de custos. Por sua vez, seguindo a lógica escalonária de assunção de riscos e responsabilidades, tem-se o regime de EPG, em que o contratado já assume riscos relacionados às variações de quantitativos, porém jamais em relação a eventuais falhas e imprevisões do projeto básico. Por fim, tem-se o regime de empreitada integral representando o ápice da assunção de riscos e responsabilidades a serem imputados à contratada. É evidente, portanto, que cada regime, em razão de suas peculiaridades e diferenças, deverá ser utilizado para diferentes tipos de obras/serviços.

A ideia de que a Administração Pública, no uso de suas prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado, pode alterar e modificar deliberadamente escopos e quantitativos de trabalho e, assim, imputar a contratada a assunção de riscos e responsabilidades exorbitantes, vem perdendo espaço, por isso, o princípio da juridicidade é extremamente importante quando se discute a alocação de riscos e responsabilidades das partes contratantes.

Diante da chamada “crise da lei” e, conseqüentemente, da crise da legalidade administrativa que se instaura atualmente perante diversas democracias pelas mais diversas razões, sendo a falta de prioridade em atender aos reais anseios da sociedade no momento de elaboração da lei e a constatação de que a letra da lei jamais será capaz de regulamentar todas as infinitas necessidades da sociedade, bem como da própria Administração Pública, cada vez mais é necessário que a atuação do poder público deixe de estar atrelada tanto à estrita legalidade, onde o administrador só pode atuar se houver lei que o permita, e passe a atuar conforme os princípios constitucionais, reconhecendo, de fato, que a Constituição Federal é o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, e, por isso, deve nortear toda a atuação e processo legislativo, servindo como base para o administrador independentemente se houverem leis que legislem determinada matéria e, principalmente, ante a ausência de norma infraconstitucional que regule a atividade. Não faz sentido, portanto, que em um ordenamento jurídico onde a

constituição ocupa a posição hierarquicamente mais alta, a Administração Pública se baseie somente na lógica disposta pela legalidade estrita.

É óbvio que a lei formal é essencial para a organização de uma sociedade, porém, isoladamente, esta não possui os requisitos necessários para atingir as necessidades e interesses de um Estado Democrático de Direito. Assim, é possível concluir que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não deve ser aplicado de imediato sobre as relações firmadas com o particular, podendo e devendo ser relativizado pelo princípio da juridicidade, cujo objetivo é vincular a atuação da Administração Pública à unicidade do ordenamento jurídico, tendo como seu ápice a Constituição Federal, buscando-se analisar as peculiaridades de cada caso, de modo que nenhum direito garantido constitucionalmente seja transgredido pela simples legalidade estrita administrativa.

Nessa linha, o trabalho buscou ainda aprofundar sobre a maneira de alocação e mitigação de riscos e responsabilidades nos contratos administrativos a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente pelas partes, dentro da ótica do princípio da juridicidade, em respeito as normas constitucionais. Resta claro que uma matriz de risco tem o objetivo de definir previamente, ou seja, *ex ante*, quais áreas poderão ser afetadas na hipótese de eventos supervenientes à assinatura do contrato acontecerem, evitando onerar demasiadamente uma das partes e, assim, identificar, prevenir e repartir responsabilidades entre os licitantes.

É evidente que a temática ligada à alocação da matriz de risco evoluiu legislativamente, deixando de ser algo simplista definido apenas pela tradicional Teoria das Áleas, como disposto na Lei n° 8.666/93, passando a adotar o sentido de que os riscos e as responsabilidades precisam ser necessariamente alocados à parte que possua melhores condições de mitigar e administrar a matriz de risco alocada, como forma de buscar maior eficiência nos contratos administrativos, mas ainda é preciso que tais institutos sejam aplicados na prática.

A repartição de risco nos contratos administrativos sob a perspectiva do princípio da eficiência, no sentido de buscar satisfação tanto para o Estado quanto para a sociedade e devendo ser obedecido por todos os

entes federados e agentes públicos, deve nortear a atuação da Administração. Portanto, essa busca pela máxima eficiência dos contratos, está intimamente ligada à prévia repartição objetiva, precisa e clara dos riscos existentes no contrato e, conseqüentemente, ao buscar o estabelecimento de uma matriz eficiente, consagra-se o entendimento exarado pelo princípio da juridicidade, priorizando uma atuação administrativa voltada a atender os interesses públicos discutidos perante os pilares constitucionais e democráticos, porém, conferindo maior segurança ao particular que porventura celebre contratos com o Poder Público.

É dizer, não há mais espaço atualmente para a presença de um sistema ineficiente, cujo a única base legal seria a rígida legislação infraconstitucional, sendo extremamente necessário que as relações no âmbito administrativo sejam pensadas sob a perspectiva dos princípios fundamentais, expressos e implícitos constitucionalmente, incompatível, portanto, com a lógica simplista aplicada pela Teoria das Áleas, que não serve mais e nem encontra espaço nas discussões atuais sobre alocação de risco. Corrobora a isso, a chamada ruptura da rigidez da Teoria das Áleas existente na antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), tendo em vista que referida teoria é totalmente incapaz e ineficiente em repartir riscos e alocar responsabilidades entre as partes, até porque, como já dito, é impossível que a letra da lei abarque todas as possibilidades de riscos que poderão ocorrer durante da execução do contrato.

A alocação eficiente e objetiva de riscos e responsabilidades, por óbvio, proporcionará a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previamente definido no momento da assinatura do contrato, isso porque com uma matriz de risco que contemple de antemão os possíveis riscos inerentes à execução do objeto contratado, bem como aloque-os às partes que possuam capacidade para melhor administrá-los, menores serão os eventos que poderão modificar ou desequilibrar essa equação, proporcionando maior segurança para ambas as partes contratantes e diminuindo, assim, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Logo, a matriz de risco predefinida sob a lógica da eficiência e da objetividade é um fator de extrema importância na busca pela preservação da equação do

equilíbrio econômico-financeiro, possibilitando que as partes cumpram com seus deveres e obrigações.

Seguindo nessa linha, pelo fato de a alocação de riscos estar intrinsicamente ligada à repartição de responsabilidades, analisou-se os limites que poderiam ser impostos perante as responsabilidades repartidas *ex ante* ou *ex post* à assinatura do contrato. Restou claro que a rigidez da matriz de risco alocada a um contrato administrativo não tem mais sentido e se mostra totalmente ineficiente sob o ponto de vista do princípio da eficiência e dos interesses reais de uma sociedade democrática. Exatamente por isso é que se demonstrou sobre a necessidade de que o contrato imponha limites às responsabilidades, sejam elas repartidas de antemão ou posteriormente.

Com relação as responsabilidades repartidas *ex ante*, mesmo que determinada parte seja exclusivamente responsável por administrar determinado risco, é importantíssima a imposição de limites perante tais responsabilidades, na medida em que poderão ocorrer fatores futuros não previstos que alterem totalmente as circunstâncias iniciais em que fora firmado o contrato. Um exemplo claro disso é a pandemia causada pelo COVID-19 vivenciada atualmente, já que ninguém poderia prever o seu acontecimento e que certamente impactou diversos contratos e suas respectivas matrizes de risco previamente estabelecidas. É dizer, mesmo com a repartição prévia de responsabilidades contratuais, jamais poderá se impor tamanha rigidez em respectivas cláusulas, caso contrário, a matriz de risco funcionaria com a função oposta, qual seja, também gerará incertezas e inseguranças para as partes.

Já com relação às responsabilidades não alocadas contratualmente, até porque é muito raro que se preveja todos os acontecimentos superveniente que poderão impactar a execução de determinado objeto contratado e, na prática, é sabido que os contratos administrativos quase nunca contemplam uma distribuição eficaz de riscos e responsabilidades, conclui-se que estas não poderão ser imputadas de imediato ao particular, que não deverá arcar com responsabilidade e obrigações que sequer foram previstas pelo Poder Público, sendo de direito o requerimento do reequilíbrio econômico-financeiro, a utilização de novos mecanismo instituído pela Nova Lei de Licitações, como, por exemplo, os

chamados comitês de resolução de disputas de conflitos, ou até mesmo a previsão da cláusula de *hardship*.

No entanto, não basta que a doutrina, a jurisprudência e a legislação disponham de medidas mais eficientes e objetivas de alocação de riscos e responsabilidades, ou até mesmo de entendimentos acerca das particularidades de cada regime de empreitada e quando utilizá-los, se a Administração Pública, por meio de seus administradores, não aplicar de forma eficaz e objetiva as medidas e mecanismos existentes no momento de elaborar projetos básicos e gerir e fiscalizar os contratos administrativos. Com base no analisado do Acórdão nº 1.079/2019 do TCU, a raiz do problema relacionada com a paralisação/inacabamento de obras por todo o país está atrelada principalmente as causas técnicas, como, por exemplo, o despreparo e a má gestão dos servidores responsáveis em gerir e fiscalizar os contratos, bem como elaborar projetos básicos e executivos, porém, o cerne da problemática vai mais fundo, além do enorme prejuízo causado ao erário, na verdade, o que se verifica é o comprometimento de todo o desenvolvimento nacional, privando a sociedade de garantias e direitos estabelecidos constitucionalmente, como saúde, educação, etc.

Assim, constata-se que no Brasil, com a expressiva paralisação de obras públicas e a frequente descoberta de escândalos de corrupção, não se verifica a busca pela cultura de maximizar o desenvolvimento de políticas públicas e, conseqüentemente, atender aos interesses da sociedade, mesmo isso sendo um preceito constitucional. O sistema utilizado pelo Brasil é um sistema complexo e puramente voltado ao controle das compras públicas, com vistas a impedir basicamente a ocorrências de atos corruptivos.

Exemplo clássico disso é constatado com a análise realizada no presente trabalho acerca do TR do Edital nº 0179/2020-12/2020, em que foram imputados riscos e responsabilidades altíssimos e totalmente exorbitantes somente à contratada, que sequer foram previstos pelo edital ou pelas planilhas orçamentárias, em desrespeito ao próprio regime que fora escolhido pela Administração Pública para executar o serviço contratado, bem como aos próprios preceitos constitucionais. Pode-se imaginar que o fornecimento do serviço contratado será paralisado a qualquer momento pela total ineficiência com que fora elaborado o projeto básico, bem como alocada a matriz de risco,



fazendo com que referido edital entre para as estatísticas relacionadas a paralisação/inacabamento de obras/serviços já que da maneira com que fora elaborado, a contratada não irá conseguir arcar com as responsabilidades imputadas.

Conclui-se, por fim, que caso não haja uma mobilização da Administração Pública em implementar e buscar, de fato, a especialização/profissionalização de seus servidores, bem como o aprimoramento nos processos licitatórios e contratuais, esse panorama caótico com o qual o Brasil lida atualmente jamais será superado. A legislação, somada a doutrina e jurisprudência vem avançando de modo a possibilitar a alocação de matriz de riscos e repartição de responsabilidade de forma eficiente e objetiva, porém, em nada vai adiantar se os responsáveis pela elaboração, fiscalização e gerenciamento dos contratos não aplicarem os mecanismos e medidas fornecidas, indo de encontro ao interesse público amplamente defendido pelo Poder Público, bem como as preceitos constitucionais, que devem servir para nortear toda a atuação da Administração Pública e do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATOUNIAN, C. S. (2012). *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.
- ÁVILA, H. B. (2005). Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Em D. Sarmiento, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público* (pp. 171-215). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- BARBOSA PINTO, Marcos. (2006). Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista do BNDES*, v. 13, n. 25. 2006. 2006.
- BARROSO, L. R. (2021). A constitucionalização do direito e suas repercussões. Em A. S. ARAGÃO, & F. d. MARQUES NETO, *Direito administrativo e seus novos paradigmas* (pp. 31-63). Belo Horizonte: Fórum. 2021.
- BINENBOJM, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *R. Dir. Adm., Rio de Janeiro*, 239, 1-31. 2005.
- BINENBOJM, G. (2014). *Uma teoria do direito administrativo: direito fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 de jan. 2021.
- BRASIL, Lei nº 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. Brasília, DF, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 08 de jan. 2021.
- BRASIL, Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35,

de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112462.htm). Acesso em: 27 de janeiro de 2021.

BRASIL, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídica da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 2016. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2021.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8987cons.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2021.

BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 25 de março de 2021.

BRASIL, Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110192.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm). Acesso em: 27 de março de 2021.

BRASIL, Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.133%2C%20DE%201%C2%BA,DE%202021%20%2D%20DOU%20%2D%20Imprensa%20Nacional>> Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL, Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42013574/do1-2018-09-24-decreto-n-9-507-de-21-de-setembro-de-2018-42013422](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42013574/do1-2018-09-24-decreto-n-9-507-de-21-de-setembro-de-2018-42013422)>. Acesso em: 29 de março de 2021.

ATOUNIAN, C. S. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

ÁVILA, H. B. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Em D. Sarmiento, *Interesses públicos versus*

- interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público* (pp. 171-215). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- BARBOSA PINTO, M. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista do BNDES*, v. 13, n. 25, 2006.
- BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões. Em A. S. ARAGÃO, & F. d. MARQUES NETO, *Direito administrativo e seus novos paradigmas* (pp. 31-63). Belo Horizonte: Fórum. 2021.
- BINENBOJM, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *R. Dir. Adm., Rio de Janeiro*, 239, 1-31, 2005.
- BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direito fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMPELO, V., & CAVALCANTE, R. J. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2014.
- CAMPOS, R. R., & RANGEL, T. L.. *O interesse público como instrumento de atuação da administração pública*. Fonte: Boletim Jurídico: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/3905/o-interesse-publico-como-instrumento-atuacao-administracao-publica>, 2018.
- CASTRO, R. P., & MENEGAT, F. O estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: breve ensaio sobre o rompimento da "teoria das áleas" no direito administrativo. *Coluna Jurídica JML*. n 50, 1-8, 2017.
- CHEVALLIER, J. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010
- CRUZ, J. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*. n° 43, 2003.
- DI PIETRO, M. S. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- DIAS, M. T., & SILVA, S. S. A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. *Rev. Brasileira de Filosofia do Direito*, 36-55, 2017.
- DIAZ, E. *Estado de Direito e Sociedade Democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

- DOS SANTOS, M. P. Redefinindo a alocação dos riscos nas contratações públicas. *Revista Em tempo UNIVEM*. v. 13, 179-199, 2014.
- DUTRA, R. M. Parcerias Público-Privadas: alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro. Dissertação de mestrado em direito e ciência jurídica: especialidade direito administrativo. Lisboa, Portugal, 2017.
- ENGLER, M. P. Contratação Integrada para a drenagem do Porto de Santos - Estudo de Caso. Em C. D. Coutinho, J.-P. V. Rocha, & M. G. Schapiro, *Direito Econômico Atual* (pp. 41-64). Rio de Janeiro: Método, 2015.
- FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FISCHGOLD, B. *Direito Administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FRANCO, V. G., & PAMPLONA, J. B. Alocação de riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil. *Revista Econômica Nordeste*. Fortaleza, v. 39, n. 1, 2008.
- FURTADO, L. R. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GABARDO, E., & REZENDE, M. C. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileiro de Estudos Políticos*. n 115, 267-318, 2017.
- GOMES RIBEIRO, D. A. *Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços*. Fonte: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, n. 58: <https://www.justen.com.br/>, 2011.
- GOMES, M. C. RISCOS E INCERTEZAS EM CONTRATOS PÚBLICOS DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA REPARTIÇÃO DE RESPONSABILIDADES. *Revista Jurídica Luso Brasileiro*, nº 4, 2179-2239, 2020.
- GRAEFF, F. (2011). Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros de ônibus. *Especialização em controle de regulação*. Brasília: Tribunal de Contas União, 2011.
- GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUIMARÃES, F. V. *Alocação de Riscos na PPP. Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GUIMARÃES, F. V., & MOREIRA, E. B. *O equilíbrio econômico financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição; Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de execução e contratos administrativos*. 18 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LOPES DE TORRES, R. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podvim, 2018.
- MÂNICA, F. B., & LAHOZ, R. A. Contratos de obra: critérios de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. *Revista de Contratos Públicos - RCP*. ano 4, n. 6, p. 85-97, 2014-2015.
- MÂNICA, F. B., & LOURES, G. M. Colaboração Privada na estruturação de obras públicas: a evolução dos regimes de empreitada e a matriz de risco. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 14, n. 2, 1-20, 2019.
- MARINS, V., & OLIVEIRA, R. R. A parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio "Mineirão" para a copa do mundo de 2014. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 10, n. 111, 2011.
- MARQUES, F. S. *Compras Públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2005.
- MEDAUAR, O. *Direito Administrativo moderno*. 17 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de "interesse público". In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009
- MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MENEGAT, F., & MIRANDA, G. *Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada*. Fonte: Consultor Jurídico : <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opinio-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>, 2019.
- MOREIRA, E. B. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA, E. B., & GUIMARÃES, F. V. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- NESTER, A. W. *A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. Fonte: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini: [https://www.justen.com.br/?s=a+tutela+ao+equil%C3%ADbrio+econ%C3%B4mico-financeiro+do+contrato+administrativo&post\\_type=post](https://www.justen.com.br/?s=a+tutela+ao+equil%C3%ADbrio+econ%C3%B4mico-financeiro+do+contrato+administrativo&post_type=post), 2008.
- NIEBUHR, J. d. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- NIEBUHR, J. d., & al, e. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª Ed. Curitiba: Zenite, 2021.
- NÓBREGA, M. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- PEREIRA, A. C. *Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil*. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) - programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2020.
- RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- RIBEIRO, M. P; PRADO, L.N. *Comentários à lei PPP – parceria público-privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SANTOS DE ARAGÃO, A. O princípio da eficiência . *Revista de Direito Administrativo*. n. 237. Rio de Janeiro, 2004.
- SÃO MIGUEL DO ARAGUAIA (GO); COCALINHO (MT). Edital de licitação nº 0179/2020-12/2020. Contratação de empresa de gestão ambiental e execução de programas ambientais das obras de implementação da ponte sobre o Rio Araguaia. DNIT, 2020. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=7935>. Acesso em: 08 de jan. 2021

- SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. Em G. S. LEITE, & I. W. SCARLET, *Direitos Fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, F. R. A Relatividade da Supremacia do Interesse Público: um estudo comparado. *DPU n° 43 - seção especial - Doutrina Estrangeira*, pp. 195-230, 2012.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas. *PORTARIA-SEGECEX N° 33, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2012*. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2012.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2005. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. 2005.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1516/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo. 2013
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1194/2018. Plenário. Relator: Augusto Sherman. 2018.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo, 2013.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1079/2019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo, 2019.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1348/2017. Plenário. Relator: Bruno Dantas, 2017.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1510/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo, 2013.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1846/2006. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer, 2006.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1997/2013. Plenário. Relator: Ana Arraes, 2013.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1977/2013. Plenário. Relator: Valmir Campelo, 2013.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2061/2016. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro, 2016.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2005. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer.



- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 667/2020. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 2020.
- TCU, Tribunal de Contas da União. Acórdão 711/2016. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes, 2016.
- TCU, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1194/2018. Plenário. Relator: Augusto Sherman, 2018.
- TCU, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2881/2018. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. 2018.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1079/2019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 2019.
- TCU, Tribunal de Contas da União. Ministério Público do Tribunal de Contas da União. Parecer no processo TC-011.775/2011-4. Gabinete do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado. Brasília, 2017.
- TCU. Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. 2010.
- ZANCHIM, K. L. (2012). *Contratos de Parcerias Público-Privadas - Riscos e Incertezas*. São Paulo: Quartier Latin.