

REDEFININDO A ALOCAÇÃO DOS RISCOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

REDEFINING THE ALLOCATION OF RISKS IN PUBLIC CONTRACTS

Marcelo Pereira dos Santos *

Data de recebimento: 02/03/2014

Data da aprovação: 15/05/2014

RESUMO

O presente trabalho retrata o cenário aquoso em que os contratos públicos estão inseridos, destacando aspectos relacionados à eficiência, assim como ao regime de repartição de riscos. Esta investigação se justifica pela necessidade de readequar às práticas negociais da Administração Pública, levando em conta as ambivalências, incertezas e instabilidades que incidem sobre a sociedade pós-moderna. Isso requer um processo contínuo de aperfeiçoamento dos métodos, exigindo também certa flexibilidade da rigidez normativa destinada à regulação dos pactos administrativos, especialmente no que tange aos empreendimentos de grande vulto. Além de identificar as incongruências do regime de repartição de áleas, consagrado pela Lei nº 8.666/93, este artigo tem por escopo revelar uma sistemática de distribuição de riscos fundada nos ideais de sustentabilidade e boa governança. Para atingir tal propósito foi empregada a metodologia dialético-descritiva, partindo de um diálogo entre autores da Ciência do Direito e especialistas em modelagem de projetos. Como resultado final da pesquisa ficou evidenciado que a acomodação dos riscos em conformidade à capacidade das partes contratantes e a dinâmica eficiente da Administração Pública se revelam pressupostos para aplicabilidade prática do termo sustentabilidade.

* Mestrado em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Pós-graduação em Direito Público pela Universidade Gama Filho (UGF), é também Professor do Curso de Bacharelato em Direito da UNESA.

E-mail: marcelo.santos.direitopublico@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE

Contrato administrativo; eficiência; risco; pós-modernidade; sustentabilidade.

ABSTRACT

This work depicts the aqueous scenario in which public contracts are entered, highlighting aspects of efficiency, as well as the risk-sharing scheme. This investigation is justified by the need to readjust to negotiating practice of public administration, taking into account the ambivalence, uncertainty and instability which affect the postmodern society. This requires a continuous process of improvement of methods, requiring flexibility too prescriptive rigidity for the regulation of administrative agreements, especially with regard to major projects. In addition to identifying the incongruities of the scheme of distribution of decorative, enshrined by law number 8,666/93, this article aims to reveal a systematic risk distribution founded on ideals of sustainability and good governance. To achieve this purpose was employed the dialectical methodology – descriptive, starting from a dialogue between authors of science and law experts in modeling projects. As a final result of the research, was evidenced that the accommodation of the risks in accordance with the capacity of Contracting Parties and the efficient dynamics of public administration are prerequisites for practical applicability of the sustainability.

KEYWORDS

Administrative contract; efficiency; risk; post modernity; sustainability.

1 INTRODUÇÃO

O estudo aqui desenvolvido expõe as justificativas para que a Administração Pública reformule seus métodos e processos, no tocante à contratação de bens e serviços, com intuito de adequar a gestão dos contratos administrativos às perspectivas e referências da sociedade pós-moderna, que se mostra cercada por riscos e incertezas.

O trabalho tem por escopo encontrar repostas para a problematização que assim se coloca: que mudanças devem ser feitas para que os contratos públicos se tornem mais sustentáveis? Como conduzir o procedimento de elaboração de editais e projetos de empreendimentos para que os impactos ambientais, econômicos e sociais sejam minimizados? O que fazer para que as concessões públicas se tornem mais eficiente e menos onerosa?

Durante o percurso da pesquisa, enfrentamos um debate sobre a extensão dos termos “sustentabilidade” e “eficiência”, no qual ficou assentado que os conceitos podem ser formulados por ângulos diversos, tendo em vista as múltiplas facetas que cada vocábulo se enquadra. Para isso, levamos em conta os vetores constitucionais e os valores concebidos pela ética e pela moral.

Evidenciamos ao logo da investigação que o déficit de legitimidade das escolhas estatais, muitas vezes, conduzidas sem qualquer consulta à coletividade e aos potenciais interessados, geram efeitos perniciosos à sociedade. Apesar do esforço para estabelecer novos paradigmas à postura estatal, ficou constatado que há ainda uma série de ações que são definidas em cúpula fechada, comprometendo os pilares de sustentação do Estado democrático de direito.

Ao final, compreendemos o quanto se tornou indispensável o agir administrativo fundado no compartilhamento de informações, na repartição de responsabilidades, na primazia da pela eficiência, na mitigação dos riscos, na formação de parcerias, na ampliação dos canais de consulta pública e na otimização dos recursos. Preliminarmente, concluímos que essas seriam as medidas que facilitaríamos o atingimento de um ambiente contratual sustentável.

2 LEGITIMANDO UMA OPÇÃO CONTRATUAL OTIMIZADA, SOB A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez superada a fase industrial e propagada a onda tecnológica, vazios se estenderam quanto à pretensão de onipotência e onisciência do regulador. Ao mesmo tempo, a complexidade da sociedade pós-moderna ampliara as hipóteses do atuar administrativo impulsionado pelos riscos, assim com o emprego de recursos

técnicos e jurídicos destinado a mitigá-los. Cada vez mais a Administração Pública tem diante de si alternativas variadas de concretização de seu agir. Isso instaurou em contrapartida, um profundo debate em torno da legitimidade.

Merece salientar que o termo legitimidade consiste no consentimento dado pela comunidade em relação ao exercício do poder de autoridade do Estado. Durante o iluminismo sua essência era extraída da correlação entre Direito e moral, ficando consignado na lei aquilo que se revelara expressão da vontade geral¹. Na prática, essa compreensão fora eivada de sofismas, pois, aquilo que o ordenamento jurídico exprimira não passara de meros interesses da burguesia. Em contrapartida, com o erguimento do “Estado Social”, abnegado da divisão entre classes, o conceito foi reformado para integrar-se aos valores consubstanciados na dignidade de pessoa humana, onde a base fundamental do governo estaria assentada no consenso da massa cidadã. Nessa perspectiva, cada indivíduo seria dotado de uma fatia do poder e capaz de dissentir das escolhas públicas por meio de seus contra-argumentos².

Seguindo essa lógica, a legitimidade assumira uma posição relevante para a Administração Pública, já que seu conteúdo ditaria a qualificação das instituições políticas para a “estabilização das tensões no convívio social”. A ação estatal autorizada não mais se revestiria de uma legitimação fundada numa presunção absoluta, conforme sua ancoragem na lei. Mais do que isso, a postura administrativa direcionada aos fins do Estado se faria legítima, desde que manifestada com base na harmonia dos múltiplos ideais comunitários (VALLE, 2013).

A legitimação preconizada na pós-modernidade se arvorou na otimização da *performance* do aparato estatal tendo em conta as finalidades perseguidas pela própria Constituição para essa mesma estrutura organizada de poder político. O resultado ganhou posição de destaque, servindo como referencial para constatação dos níveis de satisfação dos cidadãos. Em síntese, a eficiência normativa deixara de ser indispensável aos fins da Administração Pública, visto que o utilitarismo econômico assumira proeminência diante dos novos paradigmas (GABARDO, 2003, p. 80-81). Cabe salientar que numa sociedade imersa em contingências e incertezas, não mais

¹ Segundo Gabardo (2003, p. 71-72), no despontar da “modernidade legal” a adesão do cidadão se dera por força do “formalismo positivista”, característico da época. O autor, apoiado no pensamento de Goyard-Fabre (1999, p. 280), afirma que, diante dessa realidade, o resultado era um dado irrelevante para configuração da ação estatal, pois o poder era “racionalmente legitimado pelas regras que definiam as competências dos órgãos do Estado”.

² Traçando um paralelo concernente à matéria, Moreira Neto (2008, p. 41) ensina que se de um lado se tinha uma acepção de legitimidade cunhada em “valores próprios da organização política”, por outro, a nova clivagem absorveria os “valores próprios da pessoa humana”.

poderia se centrar num olhar sobre fatos hodiernos, mas focalizar suas lentes para circunstâncias prospectivas. Dessa forma, os métodos e procedimentos articulados pela Administração teriam que ser pensados sob a consciência do risco, com intuito de afastar consequências indesejáveis (VALLE, 2013). Significa dizer que o produto do agir do Estado exigiria prévio diagnóstico das questões a serem enfrentadas, bem como a avaliação dos desdobramentos daí decorrentes. Cumprida essa fase, com esteio nos dados deduzidos desse processo, se estabeleceriam os meios para equacionamento das demandas.

O universo fluido inviabilizara a predefinição das estratégias de governo para dirigir os anseios incorporados ao interesse público redimensionado. As regras atinentes aos contratos administrativos sofreram forte influência do ambiente líquido circunscrito sobre as relações públicas e privadas. Isto posto, se as normas perderam eficácia frente à realidade volúvel, a motivação das decisões governamentais ganharam prestígio³.

A superação da Administração imperialista, burocrática e vertical pela horizontalidade deflagrada com a ascendência do consenso, oportunizou o florescimento do diálogo nas relações público-privadas. Assim, a parcerias ganharam força e o Estado intensificou a função reguladora, reduzindo, em contrapartida, o papel de fornecimento de bens e serviços. Para conseguir realizar essa manobra com rapidez e menor esforço financeiro, o Poder Público precisava elevar as garantias e diminuir os riscos das contratações estatais, a fim de promover maior atração de empresas nacionais e internacionais. Dessa forma, caberia ao Estado reformular as incoerências legislativas, bem como proporcionar um ambiente contratual confiável e seguro à iniciativa.

3 RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL ENTRE REPARTIÇÃO DE RISCOS E GARANTIA DA EFICIÊNCIA

O império das leis foi parcialmente corroído por obra de frenética mutação social, fato que impedira o legislador de prever a turbulência daquilo que ainda estava por vir (GUERRA, 2008, p. 50). A pura legalidade, vazia de intervalos reflexivos, além de revelar-se contraproducente, passou a ser um risco a própria existência do

³ Vale destacar o apontamento de Moreira Neto (2008, p. 47) no que toca ao tema: “O direito, como a Ciência da convivência valiosa, não poderia deixar de refletir essas mudanças, a começar por seu próprio conceito, retemperando e redivivo pelo valor da legitimidade, e em sua aplicação, pelo advento de uma nova hermenêutica, temperada e humanizada pela transigência, pela flexibilidade e, sobretudo, pela possibilidade de ponderação justificada de valores, desenvolvida nas sociedades culturalmente plurais que se difundem planetariamente”.

Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000, p. 23).

As barreiras normativas e a tradicional dogmática perderam potência coercitiva (e referencial) com o advento da globalização e o romper da pós-modernidade. Concomitantemente, o espaço destinado às escolhas imparciais, ancoradas exclusivamente na conveniência e oportunidade - seara onde a opção política tinha caráter complementar ao conteúdo prescritivo - ficou retraído e, em contrapartida, as zonas cinzentas de incerteza foram dilatadas. A composição da ordem jurídica passou a depender muito mais de diagnósticos fundados em dados, por vezes imponderáveis à autonomia vinculada do gestor público, do que do genuíno mérito administrativo⁴. O enquadramento do processo decisório na moldura das regras técnico-científicas abrandou o subjetivismo residente na discricionariedade propriamente dita⁵ (MOREIRA NETO, 1995, p. 142).

Sob a lógica da eficiência administrativa, o gestor público teria agora que agir de modo diligente, primando pela defesa do bem comum. Portanto, a escolha por determinada espécie contratual deveria ser motivada de acordo com objeto e a dinâmica de cada negócio (ZANCHIM, 2012, p. 78). Desse modo, seria fundamental apurar, antecipadamente, os influxos de natureza técnica, econômica, operacional, financeira, mercadológica, ambiental, regulatória, fiscal, política, jurídica e tecnológica, capazes de incidir sobre o projeto delineado para formulação de um contrato⁶. Assim, estaria resguardada a continuidade do ajuste e a conclusão do escopo, proporcionando um recorte enquadrado nos fins perseguidos pelo Estado (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 53).

A modelagem cunhada pela repartição ordinária de riscos e incertezas se mostravam inadequadas às concessões públicas de longa vigência, voltadas para empreendimentos de grande volume e serviços de caráter peculiar (incomum à vivência da Administração). Por outro lado, era evidente a colisão entre a já mencionada

⁴ As novas designações dependiam de juízos intrincados, de difícil decisão, muitas vezes, obscuros aos olhos do governante.

⁵ Krell (2004, p. 23) ensina que a discricionariedade é fruto da intenção do legislador, o qual percebe as suas insuficiências em descrever determinado plano de ação na sua inteireza. Entretanto, a doutrina tem variado quanto ao referido conceito. Assim, para Engisch trata-se de uma das formas mais plurissignificativas e difíceis da teoria do Direito (2001, p. 214). Sob o juízo de Queiró, o termo enquadra-se na ideia de faculdade para escolha entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativos às condições de fato do agir administrativo, escolha feita sempre dentro dos limites da lei (1946, p.77-78).

⁶ Nesse sentido, dispõe o art. 21, da Lei 8.987/95: "Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital".

“teoria das áleas” e as perspectivas traçadas pela ordem constitucional tocante ao desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 3º, II). As instabilidades, complexidades, vulnerabilidades e o alto custo dos contratos dessa natureza eram bastante para justificar a adoção de um novo paradigma para divisão das contingências. A persistência na aplicação daquele regimento rígido para retomada do equilíbrio econômico-financeiro só ratificaria a disparidade entre direitos e obrigações, adicionada à iminente ameaça de ruptura da avença. Ainda sim, se revelaria um tipo de negócio de retorno duvidoso, desestimulando investimentos privados e renúncia à formação de parcerias (ZANCHIM, 2012, p. 79).

Partindo desse ponto, as partes firmariam um contrato regido por disposições objetivas, nas quais ficariam previamente delineadas as responsabilidades, as condições, os objetivos, as metas, assim como outras matérias relacionadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Levando em considerações tais anotações, a consagração das metas e resultados dependeria da clareza do objeto, da nitidez dos objetivos, da prévia análise quanto ao conjunto de regras vigentes durante a execução do acordo (impacto regulatório – legislação aplicada e interpretada), da transparência no tocante ao processo licitatório, da estruturação realista do orçamento, da permeabilidade regulamentar pelas respectivas entidades reguladoras, da capacitação do Poder Público para conhecer da matéria (tornando viável a fiscalização efetiva) e da submissão dos expedientes de reequilíbrio e repactuação às consultas públicas. Nesse panorama, Sampaio (2013) ensina que três preliminares perguntas deveriam ser feitas para tonificar esse entrelaçamento voltado para garantida da eficiência: a) “O que se quer contratar?” b) “Aonde se quer chegar?” e c) “Quais os objetivos pretendidos com aquele contrato?” Com isso, variações de cunho tecnológico, mercadológico, científico, economicista, político e social atingiriam a base do negócio com menor intensidade (HILL, 2006, p. 39).

Essa ordenação daria azo à concretização da eficiência, em razão da otimização das perdas e do adequado, razoável e proporcional gerenciamento das oscilações⁷. Conseqüentemente, haveria redução no custo global, o Estado se exoneraria da álea distante do seu domínio, a sobrecarga fiscal seria aliviada e a modicidade de tarifas viabilizaria o acesso universal aos bens e serviços delegados à iniciativa privada⁸. Desse

⁷ Assim se torna mais fácil minimizar os custos e maximizar o valor agregado (*value for money*), oportunizando a consagração da eficiência contratual. (ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 292).

⁸ Nóbrega (2010, p. 13) enfatiza que aqui não restam dúvidas, pois a melhor forma de aproximar os princípios constitucionais da realidade fática é fazer com que as eventualidades circundantes aos negócios jurídicos do Estado sejam distribuídas, conforme a aptidão dos envolvidos.

modo, a reconfiguração do rígido regime (estatuído na Lei nº 8.666/93) se alinharia melhor ao direito fundamental à boa Administração (ROCHA, 2012, p. 119).

As colocações alinhavadas até então encontrariam apoio nas orientações de Sampaio (2013) ao asseverar que a partilha das áleas deveria se dar conforme a possibilidade das partes em melhor geri-las ou, de outro modo, de acordo com a disponibilidade de avençar com seguradoras a menor custo. Esse entrelace, adicionado à clareza das cláusulas contratuais, seria uma das principais elementares para harmonizar o pacto administrativo aos princípios da eficiência administrativa⁹ e da sustentabilidade.

Defronte desse panorama, temos por certo que nos contratos públicos asentados sobre circunstâncias facilmente administradas pelo Estado não expressaria motivo para confecção de arranjos embasados por pareceres técnicos ou distantes do regime comumente aplicado. Assim, a divisão de riscos deveria se manter conforme a *praxe* utilizada no campo das contratações estatais.

Ilustrando a afirmativa supramencionada, poderíamos destacar as concessões de transporte municipal, onde em nada agregaria o compartilhamento das probabilidades indesejáveis, uma vez que as condições do serviço já estariam maturadas, tal como a rentabilidade e as alternâncias. Todavia, em se tratando de uma PPP, cujo objeto ganharia realce pela vultuosidade do capital a ser investido e pela complexidade do empreendimento, motivação não faltaria para sustentar uma matriz de repartição de riscos e incertezas¹⁰.

⁹ No Acórdão do TCU nº 1465/2013 – nº interno do documento: AC-1465-21/13-P. Colegiado: Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº 045.461/2012-0. Sumário: AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA AS OBRAS DE RESTAURAÇÃO E DUPLICAÇÃO DA BR-163/364/MT. CONTRATAÇÃO PELO RDC. OFERTAMENTO DE PREÇOS ACIMA DO PREVISTO. REVOGAÇÃO DO EDITAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO CLARA SOBRE A DIVISÃO DOS RISCOS NA EXECUÇÃO DO PROJETO. CIÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO. Publicado no DOU na ATA 21 - Plenário, de 12/06/2013. - ficou asseverada a indispensabilidade de uma matriz de riscos no instrumento convocatório e na minuta contratual “de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo principalmente a isonomia da licitação e a segurança do contrato”.

¹⁰ Alguns exemplos que merecem destaque são: As Usinas Hidrelétricas de Santo Antonio e de Jirau que são PPP e orçam, respectivamente, 13,5 e 9,3 bilhões de reais, a Hidrelétrica de Belo Monte com 19 bilhões de reais, Metrô de São Paulo (em PPP) com 23 bilhões de reais, Trem-Bala com 34 bilhões de reais, Plataformas de Petróleo (em PPP) com 12,6 bilhões de reais, Usina Nuclear de Angra 3 (em PPP) com 8,5 bilhões de reais, dentre outras, tais como: Ferrovia Norte-Sul, BR-101 (trechos nordeste e sul), Porto de Santos (em PPP) com 6,5 bilhões de reais, Gasodutos, Ferrovia Nova Transnordestina, Ferrovia Leste-Oeste, Transposição do Rio São Francisco, o Complexo Petroquímico da Petrobrás do Rio de Janeiro, com 19,2 bilhões de reais (PIMENTEL, 2010) Ainda sim, vale mencionar a licitação para a implantação do sistema de Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) da Região Portuária e do Centro do Rio de Janeiro. “A previsão é de que as seis linhas estejam em operação até 2016. A implantação do novo meio de transporte tem custo avaliado em R\$ 1,167 bilhão, sendo R\$ 535 milhões financiados por recursos federais, do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) da Mobilidade, e R\$ 632 milhões viabilizados por meio de uma Parceria Público-Privada (PPP)” (CEDURP-RIO, 2013).

Na hipótese de concessões patrocinadas, tanto com fulcro da Lei nº 8.987/95 como com apoio na normatização das parcerias público-privadas e do regime diferenciado de contratação não seria possível vislumbrar a incidência da regra de retomada do equilíbrio econômico-financeiro, conformada no art. 65, §1º, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a subjetividade dos termos legais poderia levar a dissensos predispostos a se converterem em *lides*, as quais seriam submetidas ao crivo judicial (SOUSA, 2012, p. 63). A inconsistência desse desdobramento estaria relacionada com a falta de *expertise* do magistrado para solução mais justa do conflito, pois, apesar da cooperação de auxiliares, consultores técnicos e de audiências públicas¹¹, os propósitos do contrato se mostrariam abalados e a *affectio* entre as partes se desvelaria enfraquecida. Assim, com intuito de salientar o problema, nos valem dos apontamentos de Fiuza (2009, p. 241-242) que, através de uma análise economicista, demonstrara que do total de contratos de obras civis, manutenção e reforma dos entes públicos assinados entre 2002 e 2007 (registrados no ComprasNet), 33,6% sofreram aditamentos. Ademais, aqueles não abarcados neste percentual – os quais tiveram seus cronogramas físico-financeiros preenchidos -, 61,2% foram considerados não finalizados.

Corroborando com esse pensamento, diante da certeza de que a eficiência do procedimento licitatório não se traduziria numa mera perspectiva econômica, o legislador ajustou um ponto sensível na Lei das Licitações, incluindo assim o princípio da sustentabilidade¹² no seu art. 3º, conforme disposição da Lei nº 12.349/2010. Vale ressaltar que, no fundo, a expressão “sustentabilidade” já ecoava entre nós, fruto da correlação entre os artigos 37, 170, inciso VI e 225 da CRFB/1988.

Em linhas gerais, o constituinte já havia traçado as balizas das contratações públicas, tomando por escopo a preservação do ecossistema, da vida e dos direitos

¹¹ Essa questão é bem elucidada por Garapon (2001, p. 162-163) ao afirmar que “diferentemente do médico ou do empresário, o juiz não pode exercer seu poder senão em circunstâncias bem definidas, as da audiência, e ao final de uma troca de argumentos regulada pelo direito processual. Seu contato com a realidade é sempre intermediado pelo direito, pelo processo ou pelo quadro ritual da sala de audiência. Não existe julgamento ‘puro’, livre das condições físicas de sua realização. O jurista considera os problemas do direito livre de sua dimensão humana. É preciso desconfiar das representações ideais que concebem o julgamento ao final de um debate completo e bem argumentado. A realidade é outra: mais do que um processo, trata-se de uma evolução; mais do que um sentido sobre uma norma aplicada a uma situação, trata-se de uma construção comum do sentido de um caso”.

¹² Esse contorno é ensinado por Ferreira (2012, p. 24) que afirma que licitações sustentáveis (também chamadas “compras públicas sustentáveis”, “ecoaquisição”, “compras verdes”, “compra ambientalmente amigável” ou “licitação positiva”) consistem naquelas em que há uma “preferência a ser dada em processos licitatórios aos produtos socioambientalmente corretos, com menor impacto ambiental, cujo processo de produção incorpore padrões socioambientalmente sustentáveis. Trata-se da aquisição de bens e materiais que geram em seu ciclo de vida menor impacto ambiental”.

assegurados pelo Estado naquilo que considerara como patrimônio cultura, paisagístico, ambiental, arquitetônico e histórico da humanidade. Nessa ótica, ali estariam definido os pilares para a salvaguarda do exercício pleno dos direitos fundamentais pelas gerações prospectivas¹³.

Numa acepção prática, o princípio da sustentabilidade exprimiria a determinação de prévia apuração dos impactos decorrentes dos contratos firmados pelo Estado, englobando a análise de riscos destinada à quantificação e qualificação das contingências. Outrossim, além servir como diretriz para o equilíbrio ecológico do meio ambiente, é considerado um paradigma pós-moderno direcionado à saúde pública, às condições de trabalho e governabilidade inteligente (FERREIRA, 2012, p. 24).

Essa demarcação é incorporada pela leitura que se tem eficiência sob uma perspectiva contemporânea - ancorada no prisma constitucional – erigindo a ideia de “eco-eficiência”. Em suma, tal conceito consiste em “criar mais valor com menos impacto” ou “fazer mais com menos”¹⁴ (WBCSD, 2001, p. 9).

4 ASPECTOS TEÓRICOS PARA UM REGIME JURÍDICO DE RISCOS FUNDADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A eficiência se revelara o vetor de orientação à distribuição de riscos a ser empreendida pela Administração em seus contratos – e, portanto, elemento chave na legitimidade das escolhas correspondentes, resta examinar como poderá concretamente a Administração revestir-se desse signo legitimador, quando se está a cogitar de um conceito (eficiência) que não tem um significado ou conteúdo único.

O vertiginoso avanço tecnológico e as complexidades pujantes exigiram sistemas mandamentais abreviados e pragmáticos. Da mesma forma, a eficiência administrativa sujeitou-se à observância de metodologias de natureza tecnicista, diante da obsolescência dos mecanismos clássicos de gestão (BRUNETTI, 2012, p. 4).

¹³ Dentro dessa linha de intelecção, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento dispôs, por intermédio de termo produzido pela Conferência das Nações Unidas sobre a matéria (princípio 8º), que “os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo” (ONU, 1992).

¹⁴ No documento editado pelo o organismo internacional *World Business Council for Sustainable Development* – WBCSD - (2001, p. 9) foi mencionado que a OCDE designou a “eco-eficiência” como “a eficiência com a qual os recursos ecológicos são utilizados ao serviço das necessidades humanas” e define-a como um *rácio* de uma ‘saída’ (o valor dos produtos e serviços produzidos por uma empresa, sector ou economia, como um todo), dividido pela ‘entrada’ (a soma das pressões ambientais geradas pela empresa, sector ou economia)”. No mesmo trabalho foi feita a descrição sobre o conceito elaborado pela *European Environment Agency* (Agência Europeia para o Ambiente), que define a “eco-eficiência” como “mais bem-estar a partir de menos natureza” e afirma que isso é possível através da separação da utilização de recursos e descargas poluentes do desenvolvimento económico”.

Os conceitos jurídicos indeterminados¹⁵ seguiram numa crescente equidistante à discricionariedade do administrador¹⁶. Esta liberalidade voltada para integralização normativa, condicionada ao ato administrativo orientado pela lei, não se desprendera dos princípios, valores e finalidades constitucionais, porém sofrera forte interferência do pluralismo e da fragmentação dos poderes do Estado¹⁷. Os conflitos se tornaram ainda mais ambivalentes e as opções políticas insuficientes à satisfação do bem comum (DI PIETRO, 2007, p. 75).

No curso evolutivo da Administração Pública, a despolitização das decisões acresceu rigor técnico-científico à propriedade das escolhas para adequá-las aos parâmetros de eficácia, efetividade e eficiência. A relevância desse deslocamento estaria no afastamento dos aspectos partidários, ideológicos e emocionais, favorecendo assim a observância do princípio da impessoalidade (MOREIRA NETO, 1995, p. 143).

A terminologia discricionariedade técnica foi empregada por Bernatzik, em 1864, para indicar as decisões escapáveis ao controle judicial, devido às exorbitâncias de cunho científico. Na sua ótica, os melhores veredictos estariam nas mãos das autoridades administrativas, pois seriam estas pessoas capacitadas e habitualmente ligadas aos casos reais e concretos da Administração¹⁸ (SOUSA, 1994, p. 105-106). Entretanto, o excesso de atribuição do Estado somada à falta de informação não mais comportaria análise de mérito apoiada em leituras individualizadas. O administrador, outrora eleito senhor das decisões, revelou-se indivíduo desprovido de previsibilidade, carecendo na contemporaneidade, de pareceres minuciosos por

¹⁵ Assevera Bacigalupo (1997, p. 195) que dentro da concepção de conceito jurídico indeterminado é possível realizar juízos seguros, mas entre juízo positivo (a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe) e negativo (a Administração só pode fazer o que a lei determina) existe um terreno limítrofe de mera possibilidade escolhida pelo Administrador Público.

¹⁶ O termo discricionariedade gera certa ojeriza nos administrativista porque durante o Estado de Polícia ele era reconhecido coma poder político evivado de arbitrariedades inerentes às monarquias absolutistas, sem qualquer controle de natureza legal ou judicial (DI PIETRO, 2007 p. 76). Porém para confortar os mais desconfiados, o surgimento do Estado de direito promoveu um giro de cento e oitenta graus, fato que o tornara um poder jurídico sujeito a intervenções.

¹⁷ Para García de Enterría e Tomás-Ramon (2006, p. 463-469), o conceito jurídico indeterminado estaria num quadrante bastante distinto da discricionariedade, já que não restaria alternativa ao decisor, mas apenas uma escolha estabelecida pela lei.

¹⁸ Vale salientar a explicação de Guido e Potenza (1978, p. 12): "a discricionariedade administrativa se contrapõe à discricionariedade técnica. A primeira se explica pela escolha dos meios e modos mais eficazes e oportunos para realizar o interesse público. A segunda se consuma pelo emprego das noções e dos métodos próprios das várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental relacionada ao exercício da ação administrativa".

ato de verdadeiros especialistas (peritos)¹⁹.

Empenhado na proposta de redefinir os aspectos procedimentais das contratações públicas, Moreira Neto (2008, p. 142) acentua que a expansão do controle, “tanto em sede política, quanto em sede jurídica”, fariam ascender a “eficiência”, a “economicidade” e, sobretudo, a “legitimidade” dos resultados.

5 CONCEPÇÃO PRÁTICA PARA FORMATAÇÃO DE UM REGIME COMPARTILHADO DE RISCOS, ANCORADO NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

O percurso feito até aqui demonstrou que a Administração Pública não está adstrita à teoria da álea enrijecida pelas tradições e pela doutrina clássica do Direito Administrativo, pois o processo decisório destinado à definição das ancoras das transações estatais depende do diálogo entre fontes de caráter normativo, econômico, político, gerencial, técnico e social, surgindo dessa interligação a demarcação do aquinhoamento dos eventos abomináveis, a fim de servir às diversas vontades encaidadas pela tratativa²⁰. Essa percepção baseada na dialética, especialmente para os negócios de grande vulto, exige amplo cuidado e aguda análise assentada na ciência (VIEHWEG, 1979, p. 5).

Partindo dessa observação, em primeiro lugar, é imprescindível que o Estado e seus contratantes conheçam o perfil do negócio que pretendem realizar, pois só assim serão capazes de alocar adequadamente os riscos inerentes ao contrato. Além disso, ambos devem compreender as disposições clausulares para que não sofram dissabores tocantes a abrupta ruptura da base do acordo. Conforme apontado no item 3, o entendimento entre as partes (incluindo a sociedade civil e os potenciais interessados) numa fase pré-contratual (*estágio de puntuação*, edital e proposta) demonstrará maior grau de transparência e certeza quanto conclusão da execução pacto definitivo. Consequentemente, a confiança se estabelecerá por todo período de vigência

¹⁹ Para Levita (2008, p. 142), a escolha técnica não seria em si exercício da discricionariedade, mas uma decisão completamente vinculada. Ainda sim, estaria sujeita a controle jurisdicional em caso de erro notório, arbitrariedades ou atitudes desconformadas com a onisciência regrada. Nessa trilha, Puigpelat (2004, p.188-189) sustenta que o juiz não pode se valer de critérios extrajurídicos para anular tais decisões discricionárias, ficando estritamente preso as delineações da regra.

²⁰ Em inteligente passagem García-Pelayo (2005, p. 206) descreve que decidir consiste em eleger entre duas ou mais opções, com um mínimo de margem de possível de incerteza. Assim, segundo o autor, em termos gerais, para controlar os fatores de instabilidades é preciso que haja formulação e organização das decisões estatais apoiadas na discussão entre organizações empresarias, sindicatos e organizações de interesse público.

da convenção, satisfazendo assim, as balizas constitucionais alusivas aos contratos administrativos, bem como favorecendo um *accountability* mais acurado.

Em segundo lugar, é preciso que se saiba qualificar as alternativas postas no mercado para minimizar as perdas. Aqui é primordial entrelaçar adequação, proporcionalidade, razoabilidade e necessidade, em conformidade com os aspectos de natureza técnica. Dessa maneira, contratos correlatos de seguro devem ser apurados com certo rigor, de modo que a garantia seja alinhada ao objeto primário do acerto e a capacidade financeira das partes permita a reversão de eventuais prejuízos não assegurados. Contudo, é imperioso ponderar que a quantificação do risco afeta o custo da contratação das garantias, pois quanto maior a álea, mais elevado será o valor do prêmio a ser pago pela apólice. Diante disso, deve-se mensurar se o caso concreto demanda efetivamente salvaguarda, bem como o quanto do empreendimento requer essa proteção. Esse esforço tem por propósito de sanear os riscos, otimizar os recursos e propiciar a modicidade de tarifas.

Conjugando esses dois pontos iniciais, é conveniente que se remeta a elaboração do projeto básico e executivo do empreendimento ao parceiro privado²¹, pois deste modo será mais factível diminuir as despesas dos contratos de concessão e PPP patrocinadas. A razão de ser dessa afirmação é fundada no fato de residirem na modelagem do plano (por ser mal estruturados ou pela realização extemporânea) as falhas que emperram a execução do negócio. Essa ideia é assentada nos ensinamentos de Garcia (2013) que, em seus argumentos, assevera que o “principal” infortúnio para execução dos acordos de parceria não se situa na escassez de crédito, mas sim na arquitetura dos seus planos.

Um dos instrumentos de relevante magnitude para os contratos de natureza prolixa é o “Procedimento de Manifestação de Interesse” – PMI (ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP) já adotado pela Comunidade Europeia como “Diálogo Concorrencial”, pois tem a finalidade de oferecer estudos, projetos, levantamentos e investigações capazes de auxiliar o Poder Público na tarefa de delimitar adequadamente o objeto da concessão ou da parceria público-privada (GARCIA, 2013). Dependendo dos critérios estabelecidos para condução desse expediente e definição do conteúdo, por intermédio desse mecanismo, é possível obter pareceres

²¹ Segundo Garcia (2013), conforme a complexidade empresarial do empreendimento (técnica e econômica) é conveniente deixar a cargo do *expert* tanto a confecção do projeto quanto a sua execução. Esse perfil configuraria a modalidade típica contratação “*turn-key*” Em contrapartida, Zanchim (2012, p. 143) traz o pensamento de Trujillo *et al.* (1997, p. 4) que rebate essa tese, sustentado que a fragmentação do contrato prestigia o melhor desempenho em cada uma das etapas do empreendimento (só assim “seria possível contratar o melhor projetista, o melhor construtor e o melhor operador...”).

cunhados por olhares variados²² (ambiental, engenharia, financeiro, regulatório, entre outros). Segundo Belem (2013, p. 26), as principais vantagens do PMI seriam: a) agilidade do processo de produção dos estudos; b) não comprometimento imediato de recursos orçamentários; c) possibilidade de acessar modelos inovadores de provisão de serviços públicos e de novas soluções tecnológicas; d) economia na elaboração de projetos; e e) possibilidade de testar o interesse do mercado em determinados tipos de empreendimentos de interesse público. Este mesmo autor ainda expõe as utilidades do procedimento ao setor privado: a) maior aproximação com agentes públicos, direta ou indiretamente, envolvidos com o empreendimento, o que pode ser um fator relevante na obtenção de informações que geralmente poderiam ser acessadas pelos demais competidores; b) possibilidade de influir nas decisões que o Poder Público necessariamente deverá tomar ao longo do processo de estruturação da parceria; c) possibilidade de adquirir e dominar o conhecimento acerca de informações técnicas e financeiras envolvidas; e d) mais tempo para preparar suas propostas econômicas e/ou técnicas, se for o caso (BELEM, 2013, p. 27).

Lembra-nos Zanchim (2012, p. 122) que a prática mais usada comumente é o *brainstorming*, método, através do qual, especialistas descrevem possíveis ocorrências em cada projeto. Daí se deduz os riscos, e ainda, suas avaliações e respectivas classificações. O autor também faz menção aos questionários e pesquisas feitas por *experts*. Ambos os procedimentos, apesar da sua utilidade prática, são reconhecidos como demais delongados para serem aplicados à nossa proposição.

A lógica *fuzzy* (*fuzzy logic*) é mais um recurso adotado para identificação dos riscos, por meio do qual é possível chegar às áleas “administráveis, médias”, “severas” e “muito severas”, em face da ocorrência do impacto (ZANCHIM, 2012, p. 124). Na concepção de Ribas (2012, p. 592), a metodologia *Fuzzy Analytic Hierarchy Process* (FAHP), espécie de análise do gênero *fuzzy logic* que melhor delinea o mapa para a mitigação das perdas, uma vez que os resultados são extraídos de uma apuração “multicriterial”²³. Todavia, Zanchim (2012, p. 130-131) aponta

²² Vale mencionar os art. 21, da Lei nº 8987/95, art. 31, da Lei nº 9.074/952º, art. 2, §1º e art. 3º, do Decreto Federal nº 5.977/2006, Decreto nº 43.277/2011 do Estado do Rio de Janeiro, art. 2º da Lei nº 11.922/2009 e art. 9º, §1º, da Lei nº 12.642/2011.

²³ O metodologia é explicada por Ribas (2012, p. 592) que o descreve, em síntese, da seguinte maneira: “O método FAHP é baseado na definição de critérios e alternativas de escolha. Os critérios surgem a partir da decomposição do processo decisório em diferentes aspectos e são representados pelo vetor $C = (C_1, C_2, C_3, \dots, C_n)$. As alternativas de escolha, por seu lado, constituem as diferentes alternativas que serão analisadas e hierarquizadas pelo método FAHP no processo de tomada de decisão. Essas são representadas pelo vetor $A = (A_1, A_2, A_3, \dots, A_n)$...”

suas críticas a esses formatos matemáticos, levando em conta a indisponibilidade de “dados na mesma quantidade e com a mesma qualidade para os contratantes”, questão que resvala em inúmeras variáveis que podem acabar gerando desajustes na equação dos riscos.

Dentre aqueles métodos, nos parece que o PMI é a mais eficiente ferramenta para coleta de informações e para estruturação de projetos cujo objeto se enquadra no conceito de grande empreendimento e suas peculiaridades fazem do contrato um negócio jurídico de natureza complexa e arriscada. Isso porque a participação de potenciais interessados na definição de uma tipologia contratual e na eleição das cláusulas, atinentes aos deveres e obrigações, permite que ajuste seja mais próximo da realidade da dinâmica social, política e econômica, além dar maior legitimidade à escolha.

Em terceiro lugar, a questão que deve ser considerada é a publicidade das pretensões governamentais e dos termos nos quais o Estado se compromete em arcar com os riscos. Nessa conjuntura, se faria indispensável confeccionar um glossário destinado a traduzir o vocábulo técnico para locução de fácil entendimento. Assim, se estaria prestigiando o princípio da acessibilidade à informação, consubstanciado na Lei nº 12.527/2011, viabilizando a efetiva fiscalização da sociedade civil e demais interessados²⁴.

Diante do exposto, o préstimo da discricionariedade técnica para o regime de distribuição da álea consiste na adequada gestão das consequências negativas decorrentes dos riscos do contrato, a fim de torna-las minimamente prejudiciais ao negócio jurídico. Os reflexos desse procedimento remeterá a atenuação das perdas para as partes contratantes, bem como para os contribuintes e demais envolvidos (ex. investidores, financiadores, seguradoras etc.) (RIBEIRO, 2011, p. 81). Não há como deixar de lado a inteligência de que os negócios jurídicos da Administração, com relevo empresarial, devem se adequar a dinâmica do mercado e, ao mesmo tempo, seguir os contornos normativos tocantes a sua estabilidade, pois as transações variam de perfil para perfil devido o tempo de vigência, a complexidade do objeto, o tamanho do projeto, o local, as pessoas abrangidas, as ferramentas empregadas, as consequências jurídicas etc. Alinhado a esse pensamento, Yuan (2011, p. 25) afirma que os planos de grande escala demandam apuração minuciosa relacionada à quan-

²⁴ Não é demais frisar que a Administração Pública tem o dever constitucional de manter seus cidadãos informados quanto aos atos praticados por qualquer órgão ou entidade a ela vinculados. Conjugando os artigos 3º, inciso II e 8º, ambos da Lei nº 12.257/2011 conclui-se que tal atribuição independe de solicitações. A inobservância dessas disposições poderá ensejar responsabilidade civil e administrativa.

tidade e qualidade dos riscos, onde, muitas vezes, são utilizados métodos orientados por técnica de abordagem e simulação probabilística. Aqui devem ficar constatadas ameaças de natureza genérica e específica e os seus graus de ocorrência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise desse diálogo entre administrativista e especialista em modelagem de projetos, pode-se concluir que diante das ambivalências, incerteza e instabilidades da pós-modernidade não há como garantir contratações sustentáveis sem levar em conta flexibilidade do regime de repartição de riscos, empregado no âmbito dos contratos administrativos, especialmente no que tange as concessões de serviço público de natureza complexa.

A rigidez da teoria da álea discriminada na Lei de Licitações e Contratos é descabida às contratações públicas que tenham por objeto empreendimentos de grande vulto e cuja especificidade técnica exija conhecimento apurado sobre determinadas contingências. A regra definida no art. 65 do referido diploma legal, na hipótese aqui salientada, colide com o preceito estatuído no seu art. 3º (alterado pela Lei nº 12.349/2010), ocasionando antinomia dentro da própria norma.

A efetividade dos valores tutelados pela ordem jurídica brasileira depende da formulação de práticas contratuais eficientes e, em razão disso, os pactos firmados pelo Estado demandam prudência e planejamento. A descrição dos editais e das cláusulas delimitadoras do negócio devem ser claras, objetivas e passíveis de alteração, uma vez que a grandes obras e serviços que carecem de prazo extenso e elevado volume de alocação de recursos sofrem influxos da instabilidade econômica, política, regulatória, climática, ambiental, tecnológica, social entre outras que são capazes gerar a quebra da base do contrato.

O emprego do Procedimento Manifestação de Interesse (PMI), a metodologia *Fuzzy*, os estudos de impacto, as audiências e consultas públicas, o mapeamento de riscos, a definição de estratégias para minimização das perdas e as demais mecanismo de contenção de danos são indispensáveis à Administração contemporânea para que se possa atingir a eficiência, sob uma perspectiva constitucional. É preciso refletir não só quanto aos meios, mas também sobre aquilo que se pretende como resultado em uma sociedade que preza pela dignidade da pessoal humana, em sua dimensão presente e futura.

Em resposta à problematização que destacamos na parte introdutória deste trabalho, constatamos que para se atingir uma gestão sustentável, a Administração precisa acomodar os riscos do modo adequado e proporcional à capacidade de seus

contratantes, além se fazer eficiente perante os anseios de seu corpo social, a fim de permitir o pleno exercício da cidadania, a concretização da democracia e a materialização dos direitos fundamentais. Esses são os pressupostos para que o termo sustentabilidade tenha aplicabilidade prática e possa afastar o signo desconfiança, dando origem a um novo ciclo de legitimidade.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BELEM, Bruno M. F. M. O Procedimento de Manifestação de Interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. **Fórum de Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, mar. 2013, p. 23-32.

BRUNETTI, Martino. Discrezionalità tecnica e sindacato del g.a. tra tradizione e innovazione. **Rivista Giuridica Telematica Diritto e Scienza**, n. 3, marzo, anno 2012, p. 4-16. Disponível em: <<http://www.dirittoscienza.it/2012-marzo.pdf>> Acesso em 20 ago. 2013.

CEDURP-RIO, Prefeitura do Rio. **Porto Maravilha**. Veículos Leves sobre Trilhos. Disponível em: <<http://portomaravilha.com.br/web/esq/projEspVLT.aspx>> Acesso em 16 jan. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 5, n.17, p. 75-96, abr./jun. 2007.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Tradução J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA). **Making sustainability accountable: Eco-efficiency, resource productivity and innovation**. Topic report No 11, Copenhagen, 1999. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/publications/Topic_report_No_111999> Acesso em 13 jan. 2014.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente: fundamentos jurídicos para a sua efetividade. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio, 2012, p. 23-34.

FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e Governança de Contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; _____ (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

FREITAS, Rafael Vêras de. A repartição de riscos nos contratos administrativos regulados – Os contratos de partilha de produção e de concessão da infraestrutura aeroportuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set., 2012, p. 139-157.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARBADO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. A Participação do Mercado na Definição do Objeto das Parcerias Público-Privadas – O Procedimento de Manifestação de Interesse. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr. / jun. 2013,

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo;. **Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas, 2000.

_____, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 13 ed. t. I. Madrid: Thompson Civitas, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Undécima reimp. Madrid: Alianza Universidad, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUIDO, Landi; POTENZA, Giuseppe. **Manuale de Diritto Amministrativo**. 6ª ed. Milão: Guiffé Edit, 1978.

HILL, Stephen. Guia sobre gestão de riscos no serviço público. **Caderno ENAP (Escola Nacional de Administração Pública)**, nº 30, Brasília, 2006, p. 36-50.

KRELL, Adreas J. A recepção das teorias alemãs sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle de discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 23, p. 21-49, 2004.

LEVITA, Luigi. **L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione: forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo**. Matelica: Halley Editrice S.r.l., 2008.

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

_____. **Sociedade, Estado e Administração Pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em Projetos de Infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público**, nº 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Focus on Citizens Public Engagement for Better Policy and Services**. Paris, OCDE, 2008. Disponível em: <<http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC%282008%298/REV2&docLanguage=En>> Acesso em 17 dez. 2013.

_____. Integrity risk management. In: **OECD Integrity Review of Italy: Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth**. OECD Publishing, 2013, p. 107-126. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-integrity-review-of-italy/integrity-risk-management_9789264193819-9-en> Acesso em 13 dez. 2013.

Organização das Nações Unidas – ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 20 jan. 2014.

PIMENTEL, Nilson. Investir em Infraestrutura para Desenvolvimento Econômico Sustentável. Artigo publicado no **Jornal do Commercio do Amazonas (JCAM)**, em 15 e 16 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.seplan.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/Investir_em_Infraestrutura_para_Desenvolvimento_Economico_Sustentavel.pdf> Acesso em 16 jan. 2014.

PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo**. Madrid: Thomson Civitas, 2004

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out., 1946.

RIBAS, José Roberto (et al.). O Método Fuzzy AHP aplicado à análise de riscos de Usinas Hidrelétricas em fase de construção. **Congresso Latino-Iberoamericano de Investigación Operativa – Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional**. Realizado entre 24 e 28 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://www.din.uem.br/sbpo/sbpo2012/pdf/arq0185.pdf>> Acesso em 18 jan. 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP - **Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de Serviço Público e Parceria. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson. **Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-133.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Gestão de Riscos nos Contratos de Concessão e PPP's. **Conferência proferida no IV Congresso de Direito Administrativo, organizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, em 24 de outubro de 2013.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Análise de equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. Fórum de Contratação Pública e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, jul. 2012, p. 59-65.

TCU (Tribunal de Contas da União). **Acórdão nº 1465/2013 – nº interno do documento: AC-1465-21/13-P**. Colegiado: Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº 045.461/2012-0. Sumário: AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA AS OBRAS DE RESTAURAÇÃO E DUPLICAÇÃO DA BR-163/364/MT. CONTRATAÇÃO PELO RDC. OFERECIMENTO DE PREÇOS ACIMA DO PREVISTO. REVOGAÇÃO DO EDITAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO CLARA SOBRE A DIVISÃO DOS RISCOS NA EXECUÇÃO DO PROJETO. CIÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO. Publicado no DOU na ATA 21 - Plenário, de

12/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-114800&texto=50524f43253341343534363132303132302a&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0>> Acesso em 20 jan. 2014.

TRUJILLO, José A. (et al.). **Infrastructure financing with unbundled mechanisms**. International Monetary Fund Paper n. 109, Washington, D.C, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sociedade de Risco e Legitimidade da Ação Estatal: por uma leitura procedimental do imperativo da precaução. **Conferência proferida no IV Congresso de Direito Administrativo, organizado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, em 24 de outubro de 2013. Notas da autora: mimeografado

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Título original: Topik und Rechtsphilosophie. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

World Business Council for Sustainable Development – WBCSD. **Eco-efficiency: creating more value with less impact**. Disponível em: <http://www.wbcsd.org/web/publications/eco_efficiency_creating_more_value.pdf> Acesso em 20 jan. 2014.

YUAN, Xinyi. Research on the Private-side Project Selection Decision Making for Public-Private Partnership Projects. **Master These. Construction Management and Engineering, TU Delft University of Technology**, September 15, 2011. Disponível em: <<http://repository.tudelft.nl/view/ir/uuid%3Aa8a7a463-907a-4431-8b01-abed69f4531c/>> Acesso em 21 ago. 2013.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada: risco e incerteza**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Rocque. **O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.