

REDEFININDO O REGIME DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA UMA GESTÃO SUSTENTÁVEL

REDEFINING THE RISK ALLOCATION SCHEME IN PUBLIC CONTRACTS FOR SUSTAINABLE MANAGEMENT

Marcelo Pereira dos Santos¹

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. A atmosfera obscura que envolve o ambiente contratual do Estado exige máximo esforço dos gestores públicos e da sociedade civil, voltado para mitigação dos impactos que abalam o conjunto de direitos individuais e coletivos, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana no contexto social contemporâneo e prospectivo. 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.

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 the better Business Bureau of public administration, taking into account the ambivalence, uncertainty and instability which affect the postmodern society. The dark atmosphere that involves the State contractual environment requires maximum effort of public managers and civil society, aimed at mitigating the impacts affecting the set of individual and collective rights, in order to ensure the dignity of the human person in contemporary social context and prospective. 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

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho (UGF). É também Professor auxiliar do Curso Superior de Bacharelato em Direito da UNESA

scheme of distribution of decorative, enshrined by law 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 term 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 longo da investigação que o déficit de legitimidade das escolhas estatais, muitas vezes, conduzidas sem qualquer consulta à coletividade e aos potenciais interessados. Apesar do esforço para estabelecer novos paradigmas à máquina administrativa, há ainda uma série ações que são definidas em cúpula fechada, comprometendo os pilares de sustentação do Estado democrático de direito.

Ao final, concluímos que para se atingir uma gestão sustentável é necessário compartilhar informações, repartir responsabilidades, primar pela eficiência, mitigar os riscos, formar parcerias, ampliar os canais de consulta pública, tornar a fiscalização mais ostensiva, otimizar a alocação de recursos dentre outras questões que leitor será capaz de identificar.

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 geral². 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-argumentos³.

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

² 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”.

³ 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”.

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 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 prestígio⁴.

A evolução do princípio da eficiência em paralelo a extensão das complexidades e das incertezas trouxeram à tona a desconexão entre a tradicional teoria da álea (introduzida pela Lei nº 8.666/93) e as reais circunstâncias da execução dos contratos administrativos, mais especificamente, no que tange às concessões de médio e longo prazo, caracterizadas pela imprescindibilidade de vultosos investimentos.

A técnica se tornara um requisito indispensável aos negócios dessa natureza, exigindo assim, acúmulo de informações, reformulação dos processos, qualificação dos agentes, mapeamento das contingências, avaliação das variáveis entre outros aspectos inerentes ao avanço da ciência e da tecnologia. À medida que riscos se ampliavam em torno de uma atividade, mais extensos eram os graus de complexidade para definição do adequado formato contratual as elas aplicável.

A superação da Administração imperialista, burocrática e vertical pela horizontalidade deflagrada com a ascendência do consenso, oportunizou o florescimento do

⁴ 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”.

diálogo nas relações público-privadas. Assim, as 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. Com isso, se tornaria mais factível o aprimoramento do setor de infraestrutura e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social.

2 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 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 administrativo⁵. O enquadramento do processo decisório na moldura das regras técnico-científicas abrandou o subjetivismo residente na discricionariedade propriamente dita⁶ (MOREIRA NETO, 1995, p. 142).

⁵ As novas designações dependiam de juízos intrincados, de difícil decisão, muitas vezes, obscuros aos olhares do governante.

⁶ 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).

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 contrato⁷. 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 “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).

Já não restavam dúvidas quanto à necessidade de mitigação dos riscos para que o escopo dos projetos estatais fosse concretizado de modo eficiente e sustentável. Vale salientar que a tomada de decisão para definição dos formatos contratuais dependeria de prévia motivação, demandando um ônus argumentativo capaz de demonstrar a legitimidade da escolha feita pelo gestor público. Haveria de se ter um mínimo de conectividade entre o modelo adotado e o histórico de contratações da Administração. A opção feita fora dos referenciais até então utilizados, exigiria não só justificação de ordem técnica, mas também vinculação aos parâmetros constitucionais, assim como a publicidade da medida a ser adotada⁸.

⁷ 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”.

⁸ Nesse ponto, merece destaque a disposição expressa nos artigos 5º, da Lei nº 8987/95 e 10, inciso VI, da Lei nº

Tornar público as intenções do governo não se enquadraria no conceito de mero capricho, mas sim seria uma obrigação compulsória intrínseca à atividade administrativa, cuja finalidade estaria voltada para a interferência de diversos atores sociais *ex ante* a ação estatal. A razão dessa imposição se assentaria princípio da pluralidade, da publicidade, da moralidade, da eficiência e da sustentabilidade, visando estender a arena do agir comunicativo e alcançar maior previsibilidade no tocante aos riscos e incertezas.

Considerando tais aspectos, a ampliação do diálogo e a extensão das relações consensuais oportunizariam escolhas mais adequadas às expectativas da sociedade, além de possibilitar a redução dos *gaps* residentes na gestão estatal. Em síntese, a participação dos múltiplos atores sociais (economistas, advogados, ambientalistas, técnicos, engenheiros, biólogos, representantes comunitários etc.) na tomada de decisão do Poder Público se afinaria aos ideais do Estado democrático de direito, tal como às múltiplas facetas da eficiência.

Dentro desse horizonte, a concepção de gestão eficiente se amoldaria à dimensão plurissignificativa dos princípios fundamentais, expressos e implícitos na Constituição da República de 1988, erguendo um sistema de direitos e garantias muito mais eficaz às expectativas dos cidadãos⁹.

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,

11.079/04.

⁹ Levando em consideração as interferências da sociedade sobre os contratos administrativos, arriscaríamos em afirmar que o princípio da eficiência não passaria daquilo que o cidadão entende por mínimo necessário à garantia da sua dignidade.

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 oscilações¹⁰. 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 privada¹¹. Desse 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).

Diante dessas anotações, estaríamos aqui propondo uma maior blindagem da base objetiva e subjetiva do negócio e propugnando por modelagens de alocação de riscos aptas a evitar conseqüências que possam impedir a execução do objeto ou trazer substancial decréscimo para os coobrigados.

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 administrativa¹² e da sustentabilidade.

Defronte desse panorama, temos por certo que nos contratos públicos assentados 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. Significa afirmar que não haveria espaço para repassar à Administração, contingências de natureza distinta daquelas habitualmente impostas ao Poder

¹⁰ 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).

¹¹ Nóbrega (2010, p. 13) enfatiza que aqui não restam dubiedades, 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.

¹² 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. 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. - 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”.

Público (tais como fato do príncipe e fato da administração), pois do contrário estaríamos diante de um desvirtuamento da ordem constitucional, fato que ensejaria nulidade do negócio jurídico.

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 incertezas¹³.

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 públicas¹⁴, 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 os apontamentos de Fiuza (2009, p. 241-242) que, através de uma análise economicista, demonstrara que do total de contratos de obras civis,

¹³ 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).

¹⁴ 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”.

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 sustentabilidade¹⁵ 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 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 prospectivas¹⁶.

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”¹⁷ (WBCSD, 2001, p. 9).

¹⁵ 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 sociambientalmente sustentáveis. Trata-se da aquisição de bens e materiais que geram em seu ciclo de vida menor impacto ambiental”.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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

Fixadas essas proposições, é possível retomar o tema concernente aos riscos administrativos, em conjunto à diversidade de modelos contratuais postos à Administração Pública e ao critério de que se pode valer o administrador para formular sua escolha. Há de se colocar em pauta discussão as distintas fórmulas para constituição de uma relação contratual, levando-se em conta os meios possíveis para o alcance do resultado ótimo na perspectiva do interesse público presente e futuro.

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

A eficiência se revelará 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).

Os conceitos jurídicos indeterminados¹⁸ seguiram numa crescente equidistante à discricionariedade do administrador¹⁹. 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

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 econômico”.

¹⁸ 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.

¹⁹ O termo discricionariedade gera certa ojeriza nos administrativistas porque durante o Estado de Polícia ele era reconhecido como poder político eivado 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 tornou um poder jurídico sujeito a intervenções.

pluralismo e da fragmentação dos poderes do Estado²⁰. 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 cresceu 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 vereditos estariam nas mãos das autoridades administrativas, pois seriam estas pessoas capacitadas e habitualmente ligadas aos casos reais e concretos da Administração²¹ (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 ato de verdadeiros especialistas (peritos)²².

Hiatos legislativos incomuns foram entregues à ciência e alocados no âmbito das agências reguladoras, organismos especializados, responsáveis pelo controle das atividades consideradas de alta complexidade e delegadas à iniciativa privada. Uma das prerrogativas dessas entidades se voltara para edição de atos normativos, dotados de caráter auto-executório e não sindicável pelo Judiciário (TORRES, p. 74, 2010).

Nessa trilha, os contratos administrativos (tecnicamente complexos) teriam que ser permeados por partilhas de risco cunhadas sobre critérios objetivos, visto que, a inobservância desse arranjo, provavelmente, resultaria em embaraços capazes de obstruir a efetivação do interesse público (CAVALLI, 2009, p. 74).

²⁰ 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.

²¹ 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”.

²² 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 delimitações da regra.

Sob uma perspectiva teórica, portanto, o juízo discricionário reconhecido ao administrador haveria de encontrar na justificativa técnica, o seu principal elemento fundante. Se na prática se faria necessário apurar as minutas dos editais, assim como os termos contratuais, conforme resultados extraídos do mapeamento de riscos - descrição quantitativa e qualitativa/ prováveis eventualidades *versus* impacto financeiro - e incertezas - apontamento meramente qualitativo-, concluiríamos que as informações dali extraídas, assim como pareceres periciais e assentamentos de consultas públicas vinculariam a escolha do gestor da máquina estatal. Seguindo essa lógica, quanto mais detalhada e clara a exposição das motivações, maior seria a nitidez e transparência da escolha, proporcionando assim um controle mais protuberância.

A objetividade e a translucidez dos negócios firmados pelo Estado junto à iniciativa privada, na verdade, renderiam menor onerosidade e maior facilidade para solução de futuros conflitos, eximindo as partes de se submeterem à demanda judicial, da qual poderia o magistrado expedir sentença descompassada com as perspectivas da comunidade e em relação ao escopo do contrato.

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. Por fim, vale mencionar as orientações de Valle (2013), naquilo que tange as “escolhas públicas num cenário de sociedade de risco”, no sentido de atribuir às ações do Estado três predicções fundamentais:

- a) Abertura cognitiva aos vários agentes que possam contribuir à eleição da estratégia mais adequada;
- b) abertura democrática no exercício da prognose de identificação e mitigação de riscos, e na ponderação que os riscos indicados possam reclamar;
- e c) clareza procedimental no mecanismo de formulação das escolhas públicas, reforçando a presunção de legalidade que tradicionalmente favorece à Administração (VALLE, 2013).

4 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 encadeadas pela tratativa²³. 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 pontuação*, 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 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

²³ 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.

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 privado²⁴, 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 cunhados por olhares variados²⁵ (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

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...”).

²⁵ 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.

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”²⁶. Todavia, Zanchim (2012, p. 130-131) aponta 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

²⁶ 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 $C_n = (C_1, C_2, C_3, \dots, C_n)$. 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 $A_n = (A_1, A_2, A_3, \dots, A_n)$...”

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 interessados²⁷.

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 quantidade 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. O autor ainda destaca que, para fins de quantificação, é certo encontrar uma variação padrão (alteração nos preços unitários, quantidades e dias praticáveis), sob a qual se incorpora os custo do projeto e a estimativa de duração, e outras consideradas específicas, ligadas a eventos incertos não calculados.

Dentro dessa consciência, Richer (2008, p. 669-673) reforça a importância da dilatação do ambiente público negocial para alcance da materialização do bem comum, fato que reclama uma aproximação entre as complexas modificações da pós-modernidade e a vontade universal. Dessa forma, o autor salienta a imprescindibilidade da adoção de meios que viabilizem o enfrentamento do desequilíbrio contratual, amparados sobre pilares científicos e financeiros por intermédio de uma real ponderação entre interesse público e privado sitiados pelos riscos. Fica claro aos olhos de qualquer cidadão que o gestor estatal é incapaz de definir, por is só e antecipadamente, aspectos tecnicistas de projetos inseridos em setores que exigem construção e manutenção das infraestruturas do Estado. Há de se adicionar

²⁷ 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.

a isso *gaps* tocante à escassez de recursos para implementação de grandes empreendimentos e de serviços tecnologicamente avançados.

Não é ocioso sublinhar o debate se deu em torno do compartilhamento dos riscos na exploração de petróleo, onde ficou demonstrado que o regime eleito pelo legislador se mostrara inadequado, uma vez que, nas áreas localizadas no pré-sal, se teria a certeza da existência de vastas jazidas. Com isso, se tornara razoável ampliar o controle da produção pela União, tendo em conta a diminuição da *àlea* exploratória atribuída ao concessionário. A inovação normativa, por meio da Lei nº 12.351/2010, não dissolveu o problema, pois a equação estabelecida pelos parlamentares não representava (exatamente) aquilo que se vivenciaria na prática. Ficou assentado que, diante daquele cenário, as inconveniências da contratada seriam mínimas e a probabilidade de lucro certo. Essa lógica desconsiderou as contingências de natureza distinta, tais como: a) existência de tecnologia hábil à realização das perfurações na profundidade necessária para extração de petróleo; e b) quantidade de petróleo capaz de ser extraída nas novas jazidas (FREITAS, 2012, p. 146-150). Essa conclusão é emblemática porque ratifica a ideia de que a divisão das instabilidades contratuais merece detalhamento conforme as especificidades de cada negócio, dependendo estudos técnicos e especializados em torno da eficiência e da sustentabilidade.

5 UMA DIMENSÃO APLICATIVA DO EXPOSTO: ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À LEGITIMAÇÃO DA OPÇÃO PELA MODALIDADE CONTRATUAL CONCESSÃO PATROCINADA

A Administração Pública é, sob um viés constitucional, provedora de direitos e garantias, assim como fornecedora de bens e serviços. Se a sociedade contribui para que máquina administrativa funcione a seu favor, nada mais coerente do que a estrutura organizacional do Estado ser modelada para atender aquilo que se propôs por intermédio do pacto social. A burocracia gerencial, a má empregabilidade dos recursos financeiros, a crise fiscal, o disparate da inflação e os atos de apropriação da coisa pública poderiam ser citados como eventos ensejadora da ineficiência estatal.

A perda da autossuficiência do governo resultara na transferência de parte das suas atribuições à iniciativa privada, como forma de redefinir as competências, reorganizar as finanças e retomar a eficiência. Nessa direção, os contratos de concessão ganharam tamanho relevo, já que por meio deles se tornara possível delegar aquilo que antes recaía sobre o eixo

do Poder Público. O movimento centrífugo aliviaria a sobrecarga da Administração e elevaria, em tese, a *performance* governamental.

A perplexidade dessa virada estaria no aumento da carga tributária, em paralelo ao custeio de determinados serviços por meio de tarifas cobradas aos usuários. Apesar de parecer paradoxal, esse desenho foi concretizado num cenário real. A opção do governo por contratos de concessão patrocinada só se justificaria uma vez comprovado que o objeto do acerto traria incremento no tocante à satisfação das necessidades individuais e coletivas da sociedade, de maneira efetiva, eficiente e eficaz. Não haveria lógica para um pensamento distinto.

As concessões patrocinadas foram idealizadas como objetivo de elevar a eficiência dos serviços prestados à população e de reduzir o tamanho do Estado, já que não era financeiramente viável às instituições pública arcarem o custeio dos contratos. Além disso, se buscava erguer uma infraestrutura estatal capaz de garantir o desenvolvimento econômico e social. A proposta foi pensada sobre um formato capaz de promover o encontro dos *gaps* estatais e o *know-how* dos parceiros privados. Essa conexão se encaixaria na perspectiva de Administração ampliada, convertida em um aparato triunfante para suprimimento das vicissitudes da pós-modernidade. Pliscoff e O. Araya (2012, p. 175-176) chegaram a descrever sobre a inabilidade dos organismos públicos para lidar com demandas específicas, as quais dependiam de suporte especializado. Esses autores ainda salientaram que a pobreza regionalizada e disparidade na condução das práticas para atendimento do interesse geral, influenciaram a criação das concessões patrocinadas. As ambivalências inseridas no ambiente desses negócios tornara inevitável o caminho para as parcerias que logo tomariam forma de técnicas de gestão para melhor administrar os exíguos recursos governamentais²⁸.

Segundo Fernandez e Carraro (2011, p. 2), devido o insucesso dos regimes gerenciais em atingir razoáveis patamares dentro de uma concepção pautada no referencial de bem estar social, coube à comunidade inclinar-se sobre experimentos destinados a solução de embaraços e obstáculos para concretude das balizas fundantes do *welfare state*. O passo inicial se dera no começo da década de 1980 com as privatizações cuja finalidade era a transformação dos serviços ineficientes em prestações de alta qualidade para o corpo coletivo. Em seguida, a contratação de pessoas jurídicas particulares, figurada nos pactos de concessão, ocupara a

²⁸ Aproximando o desenvolvimento da ideia transposta para o texto, merece analisar o elenco exposto pelos autores chilenos ao fazerem menção às motivações que fomentaram o acordo político público-privado, acionando um plano de parcerias: a) “insuficiência de recursos públicos para enfrentar a escassez de infraestrutura pública”; b) “o estabelecimento de parcerias no financiamento e gerenciamento de infraestrutura reduziria este déficit”; c) “a experiência internacional apoiou a eficácia destas disposições institucionais; d) Para resolver os déficits em infraestrutura”; e e) “O estabelecimento de parcerias tornaria possível liberar recursos do estado para outros investimentos de alto impacto social” (V. PLISCOFF E O. ARAYA, 2012, p. 188).

agenda social-democrática como proposta de reestruturação dos bens públicos e transferência de responsabilidades.

A consagração e o êxito dos ajustes dessa natureza, compostos pela interlocução de vontades mixadas, estariam submersos na adequada alocação de riscos, correspondente à capacidade de gerenciamento dos contratantes, bem como na objetiva fixação das respectivas obrigações. Desse modo, o propósito ali delineado estaria elevado a um grau de probabilidade soberana de adimplemento. Este arranjo permitiria uma flexível governança sobre o planejamento dos recursos, o monitoramento dos serviços e a avaliação dos resultados, desonerando também a parcela de ônus carregada exclusivamente pelo Estado. (DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, HERITAGE AND LOCAL GOVERNMENT, 2004, p. 9).

Os acordos jurídicos mais ambiciosos demandariam aplicação de expressivos valores, tecnologia avançada e prazo extenso, se colocariam numa cavidade fluida sob a qual plurais flutuações influenciariam a base do trato realizado, características que demonstrariam a incompletude dessas transações, ensejando a inserção de cláusulas mutáveis a serem sacadas, caso necessário, no decorrer da execução. (E. BOARDMAN e R. VINING, 2012, p. 123).

Assim, a opção pela contratação da iniciativa privada para prestação de serviços de utilidade pública dependeria de uma escolha motivada, não só quando a justificativa pelos ajustes (tais como a necessidade do serviço, a inadequação/incapacidade do Estado provê-lo, por si só, e a aquisição de eficiência), mas também quanto ao arranjo de repartição de riscos a ser adotado. Trazendo para cá a metódica e o pragmatismo examinados no item 3, a legitimação da decisão se ancoraria nos seguintes quesitos: 1º) o que justificaria a partilha objetiva dos riscos de uma maneira ou de outra? 2º) quais riscos deveriam recair efetivamente sobre a Administração? 3º) quais seriam as alternativas para desonera a máquina administrativa? 4º) como controlar os eventos indesejáveis, assumidos pelo Poder Público? 5º) quais resultados se buscaria com o formato selecionado? 6º) qual técnica se mostraria mais adequada para atender o regime eleito?

Na primeira inquirição, haveria que se aferir se objeto da concessão reclamaria a alocação de determinados riscos ao governo. A importância de referencial estaria no refinamento dos editais e propostas contratuais para evitar licitações desertas ou, quando eficazes, inibir a procrastinação do empreendimento e minimizar a probabilidade de inexecução.

A segunda indagação estaria a precaver os impactos de toda ordem que poderiam atingir o orçamento público e os direitos fundamentais. Isso permitiria a articulação de medidas de precaução e prevenção para mitigar os desdobramentos prejudiciais ao corpo social. Essa engenharia harmonizaria o apelo da sociedade de risco aos valores traçados pela Carta de 1988, numa lógica garantista²⁹ tanto na acepção positiva quanto negativa (política integral de proteção dos direitos). Na terceira questão se buscaria desvelar potenciais interessados em assumir parcelas de responsabilidades no que tange as áleas, como seguradoras e empresas especializadas em gerir parte dos riscos. Isso, de certa forma, aliviaria as inconveniências e possíveis perdas durante a execução do contrato. Dependendo do escopo e do objeto do pactuado não se teria por necessário esse expediente, uma vez que a experiência e a *expertise* já adquirida pela Administração dariam conta do gerenciamento das prováveis eventualidades.

O quarto quesito teria por finalidade estabelecer os procedimentos, processos e mecanismo de controles alusivos ao andamento da empreitada, em observância ao devido processo legal e obrigatoriedade da prestação das contas públicas. Aqui o termo “transparência” ganharia maior amplitude, em consonância com a máxima entonação do princípio da publicidade. Ferramentas de divulgação do desenvolvimento das atividades (cronograma, etapas das obras, desempenho da construtora, metas por estágios, valor estimado, capital já empregado, partes envolvidas, custo global, balanço, entre outras matérias indispensáveis de serem conhecidas pela coletividade) e canais de interação com o Poder Público, tais como ouvidorias, audiências, fóruns, sítios virtuais (*websites*) abertos à comunidade e demais meios de participação popular. Ademais, entrariam nessa lista os regimentos regulatórios, jurisprudência do TCU, normas técnicas, centrais especializada no monitoramento das ações governamentais, relatórios de entidades (de organismos estatal e não-estatal), órgão responsáveis pela fiscalização do contrato etc.

²⁹ O termo é um neologismo do Séc. XIX que, segundo Ippolito (2011, p. 35) ganhara significado expressivo com Fourier (*garantisme*), autor que afirmara que a denominação consistiria num “sistema de segurança social que procurava salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada”. Ippolito (2011, p. 35) ainda revela que De Ruggiero entendera por garantismo a concepção “da liberdade política [...] como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado” (De Ruggiero, 1984, p. 63), ou seja, a “concepção das garantias da liberdade” (De Ruggiero, 1984, p. 57) que começara a tomar forma com Montesquieu, em torno da análise da constituição inglesa e da correlativa teorização sobre as técnicas de limitação dos poderes públicos face à tutela dos indivíduos. A maior influência sobre a interpretação da palavra foi de Ferrajoli (1989) que a consagrou como teoria do Direito Penal, voltada para proteção dos direitos fundamentais. A fim de dar um novo contorno à expressão nos valemos desse título para afirmar que o conceito seria uma inflexão do direito fundamental à boa administração, conforme exposto no art. 41 da Carta de Nice.

No quinto questionamento, se acomodaria a uma espécie de balança sob a qual seriam ponderadas as perspectivas de maximização e de minimização. Assim, determinada modelagem poderia ter por objetivo (no toca aos interesses da Administração) mitigar o risco ambiental. Já em outra, o escopo estaria voltado para diminuição dos riscos geológico, hidrológico e financeiro. Numa terceira hipótese, seria possível estabelecer como objetivo a maximização o abastecimento à região específica, ou potencializar a tecnologia em um setor particular, intensificar a segurança e assim por diante.

Por fim, restaria eleger, dentre vários artifícios, aquele que melhor afastasse a incidência de riscos, sob o ponto de vista técnico. Poderíamos citar como exemplo a circunstância em que se encontram as obras da Linha 4 do Metrô, em andamento na cidade do Rio de Janeiro. Esse tipo de empreendimento exigiria um apurado corpo de especialistas para evitar consequências de enormes proporções. Isto posto, os métodos empregados foram pensados de acordo com situações que seriam enfrentadas durante a execução. Dessa forma, o procedimento convencional de “detonação” com dinamites fora utilizada ao longo do cronograma para escavação de túneis. Entretanto, devido à densidade populacional da área submetida à perfuração subterrânea, houvera a necessidade de se adotar um moderno procedimento: o “Tatuzão”. Esta máquina teria sido idealizada para minorar os impactos alusivos à construção e adequar as ações implementadas ao tempo do contrato. Entre todos os mecanismos, aquele se mostrara mais eficiente. Outro apetrecho menos impactante fora o “Fio Diamantado”, ferramenta que ajudara no corte das rochas de modo a evitar perturbações à comunidade do entorno (CCRB, 2013, p. 4).

Em relação a esse último tópico, é bem verdade que muitos dos planos de caráter técnico se aperfeiçoariam à medida que os empecilhos fossem evidenciados. Todavia, os aspectos ínsitos à previsibilidade deveriam compor todo delineamento concebido na fase preliminar do negócio.

Em síntese, essa plataforma serviria como matriz para legitimação da transferência de riscos à Administração Pública nos contratos administrativos tipo concessão patrocinada, a fim de garantir a adequada prestação dos serviços, a modicidade das tarifas e a eficiência fundada na dimensão constitucional. Isso nos remeteria às observações de Pereira Junior e Dotti (2010, p. 316) que enunciam “a busca do consenso prévio à definição de prioridades, objetivos e metas, bem como a adoção de técnicas adequadas de planejamento, execução e controle” em alusão aos princípios e vetores inscritos na Constituição.

6 CONCLUSÃO

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 de 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 BIBLIOGRÁFICAS

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.

CAVALLI, Cássio. O Controle da Discricionariedade Administrativa e a Discricionariedade Técnica. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, vol. 251, 2009, p. 61-76. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>> Acesso em 30 dez. 2013.

CCRB, Concessionária Rio-Barra S/A. *Informe da Linha 4 do Metrô*. Edição 7, ano 2. Disponível em: <<http://www.metrolinha4.com.br/wp-content/uploads/2013/05/informe-7edicao.pdf>> Acesso em 18 jan. 2014.

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.

DE RUGGIERO, G. *Storia del liberalismo in Europa*. Roma-Bari, Laterza, 1984.

DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, HERITAGE AND LOCAL GOVERNMENT. *Local Authorities and Renewable Energy: A Framework for Public Private Partnerships*. First published February, 2003. Revised May, 2004. Disponível em: <<http://www.environ.ie/en/Publications/DevelopmentandHousing/PPP/FileDownload,1750,en.pdf>> Acesso em 04 ago. 2013.

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.

E. BOARDMAN, Anthony; R. VINING, Aidan. The Political Economy of Public-Private Partnerships and Analysis of their Social Value. *Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 83, n. 2, Published by Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford OX4 2DQ, UK and 350 Main Street, Malden, MA, MA 02148, USA, 2012, pp. 117–141.

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.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; CARRARO, André. A Teoria Econômica das Parcerias Público-Privadas: uma análise microeconômica. In: *XIV Encontro de Economia da Região Sul*, ANPEC-SUL, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.anpecsul2011.ufsc.br/?go=download&path=2&arquivo=4_974973041.pdf>. Acesso em 31 jul. 2013.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 1989.

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 contemporáneo*. 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.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Trad.: Hermes Zaneti Júnior. Luigi Ferrajoli's garantism. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.3 (1): p. 34-41 jan./jun. 2011.

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, Luigui. *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 Publishig, 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.

PEREIRA JR, Jesse Torres; DOTTI, Marinês Restellato. *Limitações Constitucionais da Atividade Contratual da Administração Pública*. Sapucaia do Sul: Notadez/Datadez, 2010.

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](http://www.seplan.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/Investir_em_Infraestrutura_para_Developimento_Economico_Sustentavel.pdf)> Acesso em 16 jan. 2014.

PLISCOFF, Cristián; ARAYA, Juan Pablo. Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena. *Revista Chilena de Administración Pública*, nº19 (2012) pp. 173-198.

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.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª édition. Paris:L.G.D.J, 2008.

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.

TORRES, Edgar Marcelo Rocha. O Controle dos Atos Administrativos pelos Tribunais diante da Nova Dimensão dos Conceitos de Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 76, n. 3, julho/agosto/setembro, ano XXVIII, 2010, pp. 69-76. Disponível em:<<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1019.pdf>> Acesso em 24 mai. 2013.

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-abad69f4531c/>> 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.