

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GUILLERMO GLASSMAN

REGULAÇÃO DO MERCADO DE INFRAESTRUTURA:

**O equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a
economia**

São Paulo, SP

Mar/2016

Guillermo Glassman

REGULAÇÃO DO MERCADO DE INFRAESTRUTURA:

O equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Marcial Ferreira Jardim

São Paulo, SP

Mar/2016

G549r Glassman, Guillermo Santana Andrade

Regulação do mercado de infraestrutura: o equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia. / Guillermo Santana Andrade Glassman. – 2015.

130 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

Orientador: Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Bibliografia: f. 117-130

1. Contratos de obra pública. 2. Equilíbrio econômico. 3. Financeiro. 4. Alocação de riscos. 5. Gestão de contratos. I. Título

GUILLERMO GLASSMAN

REGULAÇÃO DO MERCADO DE INFRAESTRUTURA:

**O equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a
economia**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Profa. Dra. Thaís Cíntia Cárnio

Prof. Dr. Roberto Baungartner

A Tânia e Maria.

AGRADECIMENTOS

A Tânia, Maria e Maisa pela dedicação incondicional que sempre me devotaram.

A Paulo Tadeu Mendes que me apresentou a gestão de contratos e tornou essa pesquisa possível.

Aos professores Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Gianpaolo Poggio Smanio pelo acolhimento e orientações.

A professora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka pelas orientações que engrandeceram este trabalho.

A todos aqueles que deram sugestões a este trabalho, sempre construtivas.

(...) o ponto de retorno do conceito ao campo da doxa é que inicia a discussão sobre o poder do conhecimento jurídico na sociedade. Um poder que se encontra baseado na reivindicação do caráter inocente da linguagem do direito. Mas, a história deste conhecimento não é tão pura. Ela revela uma violência estrutural da dita linguagem, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos do poder.

Afirmamos então, que para compreendermos o poder das significações, a análise epistemológica deverá ser realizada, da seguinte forma: a) através de uma reflexão sobre a relação do sistema de conotação com a prática jurídica e, b) através de uma leitura preocupada com a explicitação das funções sociais do saber jurídico.

Para se realizar a reflexão acima mencionada, precisar-se-á ressaltar o papel desempenhado pelo senso comum teórico, como condição de produção dos diversos discursos jurídicos, substituindo, então, o princípio do egocentrismo textual (as normas jurídicas como determinantes plenas do sentido normativo) pelo princípio da heteronímia significativa. E, após tal reflexão, far-se-á uma leitura, a qual, em lugar de preocupar-se com uma denúncia metalinguística das incoerências e incertezas de um discurso, aparentemente, à procura de uma enunciação lógica mais consistente, ainda que, encoberta por uma visão aproximada da verdade, deverá explicitar as funções sociais do saber jurídico.

RESUMO

GLASSMAN, Guillermo S. A. *REGULAÇÃO DO MERCADO DE INFRAESTRUTURA*: O equilíbrio econômico-financeiro e seus reflexos sobre a política e a economia. 2015. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2015.

A presente pesquisa, numa abordagem interdisciplinar, relaciona os aspectos jurídicos do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de obra pública a seus reflexos na economia e na política brasileiras. Avalia-se não apenas as disposições legais sobre a matéria, mas os parâmetros usualmente adotados pela doutrina para o delineamento da equação contratual nesses casos. Uma interpretação simplificada do conceito, identificando-o genericamente a uma relação entre encargos do contratado e retribuições do contratante público, tem consequências marcantes nas práticas de reequilíbrio. Nesse sentido, identificamos que a ampla discricionariedade conferida pelo regime jurídico para a avaliação dos pleitos de reequilíbrio contratual contribui significativamente para a interrupção de empreendimentos de infraestrutura e para soluções de reequilíbrio fora da legalidade, o que é uma questão estrutural nesse mercado. Propondo uma nova abordagem para o conceito, destacando a importância dos riscos e seu contingenciamento para a dinâmica de contratos complexos, o trabalho delinea possibilidades de objetivação da apreciação do equilíbrio dos contratos de obra pública. Esse processo tem início com uma avaliação prévia dos riscos genericamente relacionados a empreendimentos dessa espécie, cuja alocação poderia ser definida ainda no nível legal. Num segundo momento, uma modelagem contratual adequada explicitará o regime de alocação de riscos específico da obra. Por último, o acompanhamento dos empreendimentos pela atividade de gestão contratual permitirá uma delimitação definitiva desse regime e formará o lastro material probatório que permitirá uma avaliação objetiva da pertinência e dimensão dos reequilíbrios contratuais. Sustentamos a hipótese de que esta perspectiva teria um efeito dissuasivo sobre o abandono de obras pelas empresas contratadas para sua execução e sobre as práticas de corrupção que têm lugar no processo de reequilíbrio contratual.

Palavras-chave: Contratos de Obra Pública – Equilíbrio Econômico-Financeiro – Alocação de riscos – Gestão de Contratos

ABSTRACT

GLASSMAN, Guillermo S.A. *INFRASTRUCTURE MARKET REGULATION: The economic and financial balance and its reflex on politics and economy*. 2015. 130f. Dissertation. Law School, Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, 2015.

The present research, in an interdisciplinary approach, relates legal aspects involved in economic and financial balance on public infrastructure contracts to its reflex in Brazilian economy and politics. Besides legal dispositions on the matter, the analysis also covers parameters that are usually adopted by the legal doctrine to delineate the contractual equation in these circumstances. A simplified interpretation of the concept, viewed generically as a relation between charges incurred in the contract and retributions by the public contractor has imposing consequences to achieve rebalancing. In this sense, we have found that the wide discretion used to evaluate rebalancing contractual claims has significantly contributed to abandonment of infrastructure enterprises and adoption of illegal rebalancing solutions, which is a structural problem in this market. Proposing a new approach to the concept, in which risk and contingency have a crucial importance to complex contracts, this work delineates possible objective elements to appreciate public infrastructure contracts. This proposed process begins with prior assessment and provision, in the legal sphere, of the risks commonly related to this type of enterprise. Secondly, a proper contract modeling will bring specific allocation of risks regime for this type work. Finally, project contract management monitoring activity will enable a definitive delimitation of the scheme and will form the material ballast evidentiary that will allow an objective assessment of the relevance and size of contractual rebalancing. We sustain the hypothesis that this approach would have a deterrent effect on the abandonment of infrastructure projects by contractors for their implementation and on corrupt practices taking place in the contractual rebalancing process.

Keywords: Public Infrastructure contracts - Economic and Financial Balance - Risk Allocation - Contract Management

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

BDI – Bônus (ou benefícios) e despesas indiretas

CPU – Composição de preços unitários

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

DMT – Distância média de transporte

EPC – Engineering, procurement and construction

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

PPP – Parceria Público Privada

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

RDO – Registro diário de obra

SAP – Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo

SICRO – Sistema de Custos Rodoviários

SINAPI – Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E SUAS INTERFACES NA POLÍTICA E NA ECONOMIA: Bases filosóficas, metodológicas e históricas da pesquisa.....	15
1.1. Pensamento jurídico crítico e senso comum teórico dos juristas.....	15
1.2. Panorama histórico do mercado de infraestrutura pública brasileiro.....	21
1.3. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública, mercado de infraestrutura e corrupção.....	29
1.4. Negociações de reequilíbrio e o <i>hold up problem</i>	39
2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E OS RISCOS NOS EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA.....	42
2.1. O regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro e os contratos complexos.....	42
2.2. A equação econômico-financeira dos contratos de obra pública: custos diretos e indiretos e precificação de riscos.....	48
2.3. A limitação dos preços no mercado de infraestrutura pública e o contingenciamento de riscos.....	51
2.4. Álea ordinária, álea extraordinária.....	55
2.5. Riscos nos contratos de obra pública.....	58
2.5.1. Aspectos informadores dos riscos em contratos de obra pública.....	58
2.5.2. Aspectos específicos dos riscos nos contratos de obra pública.....	68
2.6. Dever de objetivação do regime de alocação de riscos nos contratos administrativos complexos.....	72
3. EXPERIÊNCIAS DE OBJETIVAÇÃO NA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA E POSSIBILIDADES DE AVANÇO NO REGIME BRASILEIRO.....	75
3.1. A experiência internacional na alocação de riscos em contratos de infraestrutura.....	75
3.2. Avanços no regime jurídico dos empreendimentos de infraestrutura pública: a contratação integrada e as parcerias público privadas.....	80
3.3. A gestão de contratos de infraestrutura e a alocação contratual de riscos.....	86
3.4. Casos usuais de desequilíbrio contratual em obras públicas e seus desdobramentos.....	92
3.4.1. Desequilíbrios por atraso no cronograma e por perda de produtividade.....	92

3.4.2. A prova e a quantificação nos <i>disruption claims</i>	96
3.4.2.1. Casos típicos.....	98
3.4.2.2. Metodologia de cálculo nos <i>disruption claims</i> e seu efeito sobre a objetivação da análise dos pleitos de reequilíbrio.....	101
3.5. Obstáculos à adoção de um regime transparente de alocação de riscos em obras públicas e possibilidades de avanço.....	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende investigar, sob uma perspectiva interdisciplinar, os efeitos da forma usualmente adotada para a caracterização da equação econômico-financeira dos contratos de obra pública sobre os campos da política e da economia. Delineado esse horizonte, pretende-se propor uma nova abordagem sobre a questão, em especial no que diz respeito à inclusão dos riscos como fator do equilíbrio contratual, e avaliar os efeitos que a sua adoção poderia ter sobre as práticas de reequilíbrio dos contratos de infraestrutura. Nesse sentido, ao analisar as relações entre o fenômeno jurídico e o mercado esta pesquisa se coloca no quadro mais amplo do estudo do poder econômico e seus limites jurídicos.

O objeto de pesquisa terá por base os contratos regidos pela Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), com vistas à melhor caracterização do estudo. Por ser norma de caráter geral, aplica-se subsidiariamente aos regimes especiais de contratação, motivo pelo qual tem relevância destacada. Serão analisadas, também, outras modalidades de contratos administrativos, mas especificamente naquilo que parece indicar uma tendência legislativa compatível com as diretrizes apontadas nesta pesquisa. Neste trabalho buscamos responder às questões principais: quais os efeitos da forma usualmente empregada para a definição do equilíbrio econômico financeiro de contratos de obra pública sobre as práticas de reequilíbrio contratual e quais as possibilidades de alteração do quadro atualmente apresentado?

Estas questões principais pressupõem outras, que lhes são anteriores: Qual a amplitude da discricionariedade administrativa na avaliação dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública? É possível estabelecer parâmetros *objetivados*¹ para sua avaliação e identificar seus elementos mais relevantes? De que forma? Qual o papel da alocação contratual de

¹ Utiliza-se o termo *objetivados* e não *objetivos* uma vez que o problema de pesquisa tem a pretensão de referir-se a diretrizes *relativamente* objetivas para a aplicação do reequilíbrio contratual e não de arguir a possibilidade de previsão de critérios *absolutamente* objetivos para tanto, isto é, que independam das circunstâncias do caso concreto.

riscos nessa questão e quais parâmetros devem ser considerados em seu delineamento no caso de contratos de obra pública?

Os recortes metodológicos da pesquisa são múltiplos. O seu fio condutor é o próprio objeto, analisado sob diferentes perspectivas. Utiliza-se, portanto, a *técnica de triangulação*, na forma descrita por Marconi e Lakatos². Segundo a abordagem do problema, trata-se de pesquisa *qualitativa*³.

Segundo o procedimento técnico adotado, a pesquisa tem como enfoque principal o viés *bibliográfico*, com aprofundamento de questões teórico-conceituais, com aporte *documental* selecionado a partir de sua relevância (jurisprudência, decisões dos órgãos de controle, contratos etc.). Assim, a pesquisa se fundamentará no estudo do regime jurídico aplicável aos contratos de obra pública, doutrina e jurisprudência dos órgãos judiciários e dos órgãos de controle, bem como das práticas nacionais e internacionais nos contratos de infraestrutura.

Esta pesquisa se fundamenta em três momentos marcadamente distintos. Apesar de cada uma dessas perspectivas perpassar todo o texto, podem ser identificados, por uma lado, a fundamentação teórico-metodológica e histórica; por outro, um recorte que trata da lateralidade e dos reflexos sociais do regime jurídico aplicável à equação econômico-financeira dos contratos de obra pública, configurando o que pretendemos identificar como uma forma social específica de desenvolvimento da infraestrutura nacional; e ainda um terceiro, com a avaliação das possibilidades de alteração do quadro delineado.

Cada um desses momentos, identificáveis com certa facilidade no sumário deste trabalho, pode ser lido separadamente, sem grandes prejuízos. Assim, aqueles que tiverem interesses específicos em algum ou alguns desses enfoques poderão proceder a uma leitura direta.

² Que pode ser resumida como a "combinação de metodologias diversas no estudo de um fenômeno. Tem por objetivo abranger a máxima amplitude da descrição, explicação e compreensão do fato estudado" (2009, p. 283).

³ No sentido adotado por DIEHL et al., 2004, pp. 51-53.

1. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E SUAS INTERFACES NA POLÍTICA E NA ECONOMIA: Bases filosóficas, metodológicas e históricas da pesquisa

1.1. Pensamento jurídico crítico e senso comum teórico dos juristas

O paradigma dogmático tradicional do direito⁴ costuma limitar-se a estudar a existência dos aspectos estritamente judiciais dos fenômenos sociais. Outros aspectos, como o econômico e o político, estariam afastados do campo jurídico⁵. Com o avanço histórico da disciplina, contudo, outras perspectivas ganham força.

Após a Segunda Guerra Mundial, por exemplo, é colocada em destaque a busca da jurisdição de "padrões construídos histórica e socialmente em benefício de determinados acordos sociais mínimos" (MASCARO [b], 2013, p. 59). São as teorias dos princípios, com a emergência de um caráter jusnaturalista na teoria jurídica, no que se destacam Rawls, Dworking e Alexy.

A introdução desses elementos metapositivistas, contudo, não alterou a configuração geral do discurso da dogmática, permanecendo seus pressupostos principais, especialmente o destaque e o primado da norma estatal⁶, sem dar destaque, na análise do fenômeno jurídico, à relação do direito com outros campos e à sua capacidade de reproduzir ou transformar as relações de poder na sociedade.

⁴ Sobre o positivismo jurídico, Norberto Bobbio (BOBBIO, 2006, p. 133) escreve que seriam sete suas principais características: 1) o estudo e aplicação do direito enquanto fato, sem considerações morais de valor, aplicando a mesma postura de um cientista natural, avaliando a validade de uma norma apenas segundo sua estrutura formal; 2) o reconhecimento de que o direito vige pela força, pela coação; 3) o protagonismo indiscutível da lei como fonte maior do direito e exclusão das fontes que se choquem diretamente com ela, como é o caso do costume *contra legem*; 4); o direito, aqui entendido apenas o legalista-estatal, visto como uma relação de subordinação, de fundo hobbesiano, excluindo do mundo jurídico tudo que não se aplique imperativamente (BOBBIO, 2006, pp. 181-183); 5) a existência de um ordenamento jurídico coerente (inexistência de contradição entre as normas) e completo (sem lacunas); 6) o jurista como a 'boca' da lei, minimizando (quando não, negando) sua atividade criativa; 7) e, por fim, o fetiche da obediência à lei. (BOBBIO, 2006, pp. 223-224).

⁵ Nesse sentido, ver WARAT, 1995, p. 16.

⁶ Nesse sentido, Leonel Severo Rocha afirma que "a dogmática jurídica transformou-se em um normativismo, que, mesmo sem recusar os aspectos éticos do direito, não alterou profundamente suas concepções epistemológicas tradicionais" (ROCHA, 1983, p. 14).

Num contexto mais amplo de transformação do paradigma científico⁷, especialmente no campo das ciências humanas e sociais, o campo jurídico avança, superando, aos poucos, as barreiras que qualquer campo do conhecimento opõe a mudanças consistentes em seus pressupostos.

Esses movimentos da epistemologia, além de outras coisas, indicam a direção de um conhecimento que não seja estanque e compartimentado, questionando a especialização levada ao extremo. No direito, soma-se a essa mudança geral do pensamento científico-acadêmico a diminuição da capacidade de resposta dessa ciência social aplicada diante das novas demandas que surgem, distintas em natureza das anteriores⁸.

Dentre os novos movimentos que tem lugar no direito está a chamada teoria crítica ou pensamento jurídico crítico⁹ que, apesar de sua heterogeneidade¹⁰, é

⁷ Sobre essa transição do paradigma científico e seus reflexos sobre as Ciências Sociais, ver SANTOS, 2000, p. 63-69 e 72. Sobre o contexto histórico dessa transição, ver HOBBSAWM, 2008, pp. 519-525 e HAWKING, 2012, pp. 38 e 94. Luis Alberto Warat, indicando outros aspectos da questão, afirma que a queda do paradigma moderno de ciência, com o reconhecimento da fragilidade de alguns de seus pressupostos básicos como o da neutralidade científica, põe em destaque elementos antes refutados, com a recuperação de um papel central para a subjetividade humana, através da autonomia, da criatividade, da singularidade, da descontinuidade, da fragmentação, da não-linearidade, da diferença, dos desejos, das ambivalências, das incertezas, dos contrastes, dos devires, do pensamento complexo e indisciplinado, do reconhecimento dos conflitos e das cumplicidades, "Intensidades que se cruzam organizando espaços de trânsito livre entre as tradicionais distinções da ciência e arte, a objetividade e a subjetividade, o mundo da cientificidade e o da filosofia" (WARAT, 2004, p. 529).

⁸ A dogmática jurídica tradicional mostrava eficiência na resposta às demandas individuais a que se habituou a resolver durante os séculos posteriores à Revolução Francesa sustentada em um processo intelectual introspectivo, que deliberadamente desconsidera contextos histórico-sociais específicos. Teve dificuldade, contudo, de lidar satisfatoriamente com as demandas transindividuais que vêm surgindo contemporaneamente, num movimento que agrega, constantemente, complexidade à sociedade, e que vai de questões ambientais a crimes de colarinho branco, da função social dos meios de comunicação eletrônicos a ocupações coletivas de propriedades privadas (STRECK, 2009, pp. 31 a 36). É o caso, também, da dificuldade do direito em lidar com questões que ultrapassam as fronteiras nacionais e que são bons exemplos das novas demandas surgidas na era da globalização, para as quais o direito ainda não encontra respostas adequadas (BAUMAN, 2005, p. 83).

⁹ Quanto ao surgimento e desenvolvimento inicial da teoria crítica do direito ver WOLKMER, 2006, pp. 17-18.

¹⁰ Isto posto, e reconhecido um sentido comum a todas essas correntes meta-dogmáticas, Luiz Fernando Coelho (COELHO, 1995, pp. 9-10), elenca os seguintes enunciados como características que uniformizam as correntes do pensamento jurídico crítico: a) o Direito não é uno (o Direito produzido pelo Estado não é o único possível, nem o único vigente); b) o Estado é uma abstração (é uma realidade histórica e não pode ser naturalizado); c) o Direito não é racional (é influenciado pelas emoções, preconceitos, etc.); d) não há cientificidade na produção das normas (mas sim consenso); e) o Direito tem muitas fontes (inclusive as que são contrárias à lei); f) "a ordem jurídica contém lacunas, inclusive intencionais"; g) o significado da lei não é autônomo (mas seu significado é determinado pelo intérprete); h) não existe um significado único para uma norma: "a função do intérprete não é descobrir um significado, mas criar o sentido que mais convém a seu interesse"; i)

caracterizada por trazer à tona aspectos econômicos e sociais determinantes para a explicação de um determinado fenômeno, rompendo o ciclo de naturalização da realidade social, passando a tratá-la numa perspectiva histórica¹¹, fundamentada principalmente na semiologia e sociologia jurídica, de fundo interdisciplinar, com a aplicação de conceitos e categorias de outras áreas das ciências sociais.

Nesse sentido, dentre outras coisas, nega-se a pretensa neutralidade da ciência e expõe-se à produção de um 'conhecimento honesto', no sentido de deixar claro o ponto que se estabelece como de partida para a pesquisa¹². Ao invés da neutralidade, busca-se identificar no discurso jurídico as relações sociais e de poder subjacentes. (WARAT, 1982, *passim*)¹³.

Dentro deste contexto, na perspectiva proposta por L. A. Warat, deve-se reconhecer um 'senso comum teórico dos juristas' por trás das práticas e construções doutrinárias no direito. Esse senso comum serve para alterar o conteúdo do direito positivo de forma subreptícia, através de intertextualidades anônimas e difusas, as 'vozes incógnitas das verdades jurídicas', fabricando "sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem da história" (WARAT, p. 50, 1982). Nessa perspectiva, um saber crítico vem para colocar destaque sobre a questão, podendo ser definido "como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica" (WARAT, p. 52, 1982).

A perspectiva crítica, contudo, não contempla apenas um conteúdo negativo. Encontramos uma função construtiva do direito, por exemplo, em Gramsci, autor que serve de base para algumas das construções do pensamento jurídico crítico.

"a lei não tem vontade, nem o legislador que já morreu e nem o estado, que é uma abstração"; j) e, por fim e em síntese, não existe neutralidade nas decisões judiciais.

¹¹ Uma das contribuições mais interessantes do pensamento jurídico crítico é a consciência de que o direito é um fenômeno que não pode ser adequadamente apreciado sem que lhe seja dada a devida contextualização.

¹² Nesse sentido, acompanhamos a posição exposta, por exemplo, em Pedro Demo (2007, *passim*), para quem o importante é que se saiba a partir de que perspectiva se produz o conhecimento, num sentido de honestidade metodológica.

¹³ O processo de silenciamento a que nos referimos é produzido não apenas nas construções teóricas de doutrinadores do direito, mas também na prática das faculdades, dos tribunais e dos órgãos legislativos e no imaginário dos profissionais da área, que alegam construir um conhecimento puro, apolitizado, formando o que Luis Alberto Warat chama de senso comum teórico dos juristas, que implicaria na reificação de relações sociais arbitrariamente construídas (WARAT, 2009, p. 8).

O fenômeno jurídico, em Gramsci, enquadra-se no panorama geral da hegemonia¹⁴. Num quadro mais amplo dos instrumentos que conformam as estruturas e relações sociais¹⁵, apoiados não apenas no Estado, mas também na sociedade civil¹⁶, Gramsci vê no direito um caráter pedagógico de formação de um tipo específico de indivíduo, historicamente demarcado, eliminando determinados costumes e incentivando outros, indo, destarte, para além da concepção esquemática do direito enquanto dever ser e sanção¹⁷, adequando a sociedade a um fim próprio das forças sociais que respaldam o aparato jurídico¹⁸.

Numa perspectiva marxista contemporânea¹⁹, avançando a partir do pensamento de autores clássicos como Gramsci, torna-se fundamental a ideia de

¹⁴ Em linhas gerais, OCTAVIANI assim identifica os elementos da hegemonia em Gramsci: "hegemonia é a capacidade de liderar os grupos subordinados, dentro de um quadro no qual (i) estejam assegurados os interesses fundamentais dos dirigentes, (ii) os dirigidos englobem, em suas pretensões, as pretensões fundamentais dos grupos dominantes e (iii) os dirigidos tenham condições de também desenvolver algumas de suas pretensões" (OCTAVIANI, 2005, p. 19).

¹⁵ Esse quadro é composto pela "religião, os valores morais, a cultura, as artes, os meios de comunicação e a opinião pública, uma certa diretriz política e também o direito, seja como instituição política concreta seja como ideologia do justo, da igualdade, da liberdade contratual" (MASCARO [a], 2013, p. 483).

¹⁶ Como nos informa OCTAVIANI: "no 'Ocidente' os garantes da ordem não localizam-se somente no aparato estatal, mas também na sociedade civil; os fundamentos do ordenamento jurídico são defendidos não somente pelo Estado coercitivo, mas também por amplos setores da sociedade civil" (OCTAVIANI, 2005, p. 23).

¹⁷ "Este caráter educativo, criador, formador do direito foi pouco destacado por algumas correntes intelectuais: se trata de um resíduo da espontaneidade, do racionalismo abstrato que se baseia num conceito da 'natureza humana' abstratamente otimista e simplista" (GRAMSCI, 2012, p. 219, tradução nossa).

¹⁸ Neste sentido, "Se todo Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadão (e, por conseguinte, de convivência e de relações individuais), se tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outras, o direito será o instrumento para este fim (junto à escola e outras instituições e atividades) e deve elaborar-se de modo que resulte conforme ao fim, e seja maximamente eficaz e produtor de resultados positivos. [...] Na realidade o Estado deve conceber-se como 'educador', por quanto tende precisamente a criar um novo tipo ou nível de civilização. [...] O direito é o aspecto repressivo e negativo de toda a atividade positiva da civilização levada a cabo pelo Estado. À concepção do direito deveriam incorporar-se também as atividades 'premiadoras' de indivíduos, de grupos etc. Premia-se a atividade louvável e meritória do mesmo modo que se castiga a atividade criminosa (e se castiga com formas originais, fazendo intervir a 'opinião pública' como sancionadora)" (GRAMSCI, 2012, pp. 191-192, tradução nossa).

¹⁹ É importante mencionar que Marx não escreveu nenhuma obra específica sobre teoria do Estado, conforme nos informam BOBBIO (2001, pp.132-133) e HIRSCH (2010, p. 19). Contudo, Marx interpreta toda a vida social a partir das relações sociais de existência e, portanto, o Estado, as relações jurídicas e demais personagens da superestrutura social não poderiam ser entendidos separadamente (BOBBIO, 2001, p. 133). Neste sentido, a interpretação social marxista deve ser entendida, em linhas gerais, a partir das categorias de estrutura e superestrutura, sua transformação dialética ao longo da história, com o advento dos modos de produção (escravismo, feudalismo e capitalismo). Assim resumiu Marx as suas conclusões em *Uma Contribuição para a Crítica da Economia Política*: "na produção social da sua vida, os homens contraem determinadas relações necessárias e independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada fase de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se

forma social²⁰. Essas formas são os parâmetros de reprodução da vida social em suas distintas esferas e que condicionam a manutenção do modo de produção capitalista²¹.

A vida dos indivíduos é condicionada por essas formas sociais, mas o fenômeno não se dá de forma unidirecional. As formas sociais surgem e são determinadas pelas relações sociais concretas, sendo reificadas e passando posteriormente a, também, determinar a vida prática dos indivíduos²². Nesse sentido, afirma MASCARO que a forma social "representa uma objetivação de determinadas operações, mensurações, talhes e valores dentro das estruturas históricas do todo social" (MASCARO [c], 2013, p. 22).

As formas sociais são introjetadas pelos indivíduos e, desta maneira, "operam no nível da constituição das próprias individualidades" (MASCARO [c], 2013, p. 24)²³. Esta característica de opacidade dos fundamentos reais das relações sociais é um dos pontos centrais para a caracterização de uma teoria social crítica²⁴.

levanta a superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral. Não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social é que determina a sua consciência" (MARX, 1859, sem paginação).

²⁰ MASCARO assim descreve as formas sociais: "As interações entre os indivíduos não mais se estabelecem por meio de junções imediatas aleatórias ou mandos diretos ocasionais ou desconexos, mas por intermédio de formas sociais que possibilitam a própria estipulação e inteligibilidade das relações e que permitem a reiteração dos vínculos assumidos" (MASCARO [c], 2013, p. 20).

²¹ Para Marx: "cada forma de produção gera suas próprias relações jurídicas, a sua própria forma de governo, etc. Muita ignorância e muita incompreensão se revelam no fato de se relacionar apenas fortuitamente fenômenos que constituem um todo orgânico, de se apresentar as suas ligações como nexos puramente reflexivos. Aos economistas burgueses parece-lhes que a produção funciona melhor com a política moderna do que, por exemplo, com a aplicação da lei do mais forte. Esquecem-se apenas de que a 'lei do mais forte' também constitui um direito e que é este direito que sobrevive, com outra forma, naquilo a que chamam 'Estado de Direito'" (MARX, 1859, sem paginação).

²² Nas palavras de MASCARO: "As formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias. [...] As interações entre indivíduos, grupos e classes [então] não se fazem de modo ocasional ou desqualificado" (MASCARO [c], 2013, p. 21)²².

²³ Com efeito, "As práticas materiais, pelo contrário, operam a partir delas por meio da inconsciência de seus agentes. É justamente por isso que as formas jungem uma coerção para além dos interesses imediatos e individuais" (MASCARO [c], 2013, p. 24).

²⁴ Conforme nos informa HIRSCH, nesse sentido, o ponto decisivo do marxismo enquanto teoria social "é mais o fato de que elas [as bases e condições materiais de vida, fundadas nas estruturas da produção social] não são diretamente observáveis pelos homens – na terminologia de Marx, elas são 'fetichizadas'. Trata-se, portanto, de entender as instituições e os processos políticos como expressão de relações de domínio e exploração, bem como os conflitos delas resultantes, e que lhe são opacas. Esse é o entendimento marxiano da ciência como *crítica*" (HIRSCH, 2010, p. 20).

Interpretações contemporâneas da teoria marxista destacam a interrelação dos distintos campos da vida social²⁵, sem a exclusividade da determinação da economia no desenvolvimento dos modos de produção. Nesta perspectiva, o Estado é fruto das relações sociais num sentido amplo e não meramente das relações econômicas, apesar de seu destaque nesse contexto²⁶.

Nas distintas fases do capitalismo, as alterações nas formas sociais que lhe são próprias influenciam-se mutuamente, exercendo forças de ajuste umas sobre as outras. Num contexto de economia globalizante, esses movimentos vão para além das economias nacionais, com influência marcante dos núcleos de capitalismo mais assentados. Essas fases do capitalismo são suas formas de regulação que servem à conformação de momentos de estabilidade na intrínseca dinâmica de crises do modo de produção capitalista. Suas bases principais, contudo, permanecem e, por isso, permanece a dinâmica de crises²⁷.

No período que vai do fim da Segunda Guerra Mundial até as crises da década de 1970 as peculiaridades do modo de produção capitalista levaram o nome de fordismo. A experiência do fordismo esteve principalmente assentada na economia norte americana, espalhando-se sobre as demais. Em cada uma delas, contudo, o modelo fordista tomou características próprias, decorrentes da correlação de forças sociais em cada uma dessas economias e da maneira com que a forma econômica que se estabelecia ajustou-se às outras formas sociais em cada ambiente.

²⁵ Nesse sentido, ver HIRSCH, 2010, pp. 21-22. SCHUMPETER resume a questão: “Muitas outras dificuldades que surgem no decorrer das tentativas de interpretação histórica, empregando esquemas marxistas, podem ser resolvidas, admitindo-se, em certa medida, a existência de uma dependência recíproca entre a esfera de produção e outras esferas da vida social. [...] Mas o encanto da verdade fundamental que envolve aquele esquema depende, precisamente, do rigor e *simplicidade* da relação unilateral que proclama. Caso contrário, a interpretação econômica da História deverá tomar lugar entre outras proposições similares — como uma das muitas verdades parciais — ou, então, dar lugar a outra, que represente verdade mais fundamental. Nem por isso, entretanto, ficam diminuídas sua categoria e sua utilidade como hipótese de trabalho” (1961, p. 33).

²⁶ Os campos da vida social seriam, em si, totalidades e não meramente sistemas. Cada campo da vida social tem sua linguagem própria, seus referenciais próprios. Esses campos englobam diversos sistemas. Por exemplo, no campo político podem coexistir sistemas democrático e monárquico; no campo econômico os sistemas liberal e intervencionista, por exemplo. Assim, conforme nos informa HIRSCH “O Estado ou o político não são considerados aqui simples reflexo das estruturas econômicas, ou ‘superestrutura’, mas um campo de ação que possui condições e dinâmicas próprias” (HIRSCH, 2010, p. 22).

²⁷ Neste sentido, “No seio da dinâmica capitalista, os períodos de estabilidade se revelam apenas como consolidações parciais da reprodução social. Os variados regimes de acumulação capitalistas não logram, por motor próprio, uma reprodução infinita nos seus próprios termos” (MASCARO [c], 2013, p. 126).

No caso brasileiro, encontra-se neste período a primeira tentativa de planejamento estratégico da economia nacional, chamado Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia), que incluía a atuação sobre a infraestrutura. Apesar dos percalços na implementação do Plano, dele resultaram algumas rodovias e o início da construção da usina hidrelétrica de Paulo Afonso, com capacidade de 180 MW, que começaria a gerar em 1954.

A crise do modelo fordista, intensificada a partir da década de 1970 nos países do centro capitalista e espalhando-se em seguida para os países periféricos ainda em maior intensidade²⁸, apenas pode ser explicada por um complexo de fatores. Dentre eles, contudo, têm destaque a queda da rentabilidade do capital nas economias capitalistas desenvolvidas e a desestruturação do Estado intervencionista, elementos relacionados entre si. Com efeito, as dificuldades do Estado em manter o financiamento das políticas de bem-estar pressionou intensamente as taxas de lucro do capital²⁹.

Sucedendo esse período, um novo modelo tem lugar, chegando aos dias atuais, denominado pós-fordismo pela teoria materialista do Estado, caracterizado pelo retrocesso em avanços sociais do fordismo, como a precarização das relações de trabalho, condicionada pela fragmentação da classe trabalhadora e enfraquecimento dos sindicatos, pelo desemprego estrutural, subemprego de imigrantes, terceirização; abertura e desregulamentação dos mercados, em especial do mercado financeiro; perda do controle dos Estados sobre o valor da moeda; entre outros fatores (HIRSCH, 2010, pp. 161-168).

1.2. Panorama histórico do mercado de infraestrutura pública brasileiro

²⁸ Neste sentido, "a crise do fordismo, que começou nos anos setenta nos centros capitalistas, chegou aos países da periferia com certo atraso, mas com efeitos ainda mais graves" (HIRSCH, 2010, p. 155).

²⁹ Neste ponto, "Quebrou-se a estreita relação entre consumo de massa, estado de bem-estar e acumulação que havia caracterizado a 'era dourada' do fordismo" (HIRSCH, 2010, pp. 151).

Numa perspectiva histórica, podemos observar que no período da mais recente ditadura brasileira³⁰, a intervenção do Estado sobre a infraestrutura nacional se deu de forma intensiva³¹. Nesse período, surgiram e consolidaram-se as grandes empresas e os grandes conglomerados³² econômicos com atuação na área³³. No campo da infraestrutura, como em outros, a ligação entre capital e Estado tomou uma forma específica, muito aprofundada e mesmo direta³⁴.

Essa aproximação entre o capital e o Estado no Brasil parece ter uma relação recíproca com a centralização do mercado de infraestrutura. Com a estabilização dos recursos disponíveis para investimento em decorrência da crise que teve início na década de 1970, foram priorizados os grandes empreendimentos, beneficiando as grandes empreiteiras. Entre a década de 1970 e 1980 houve uma importante avanço do faturamento das cinco maiores empreiteiras à época, muitos processos de combinação de capital e processos de

³⁰ Numa análise dos momentos de desenvolvimento do modo de produção capitalista, isto é, dos momentos de estabilização de sua mutação, este período enquadra-se no contexto fordista mundial, em que o Estado assume "proeminências ainda maiores que aquelas havidas nas fases anteriores do capitalismo" (MASCARO [c], 2013, p. 121).

³¹ Este contexto mundial é caracterizado, dentre muitas outras questões, pelo "empreendedorismo do Estado para a construção de infraestrutura à atividade econômica" (MASCARO [c], 2013, p. 121). É certo que os investimentos em infraestrutura apresentaram tendência decrescente no período da ditadura militar, mas, ainda assim, se encontravam num patamar médio bastante superior àquele que vimos na década de 1990 (MUSSOLINI e TELES, 2010, p. 650).

³² "As empresas de construção brasileiras realizaram um vigoroso e extenso processo de ramificação de suas atividades ao longo da ditadura, deixando de ser empresas especializadas na atuação do mercado de obras públicas para se tornar grandiosos conglomerados econômicos, com diversas frentes de atividades" (CAMPOS, 2011, p. 80).

³³ Essa foi uma característica do período considerado em perspectiva. CAMPOS (2011, p.73) nos informa da heterogeneidade do processo: "Em um primeiro momento, de 1964 a 1967, houve uma estabilização e até queda das atividades do setor, com tendência à centralização de capitais, através da fusão de empresas, incorporações e aquisições, o que era incentivado pelas políticas estatais do período. Entre 1968 e 1974/77, vê-se um ciclo virtuoso de crescimento da demanda, com acúmulo de capital constante por parte das empresas do setor, através de compra de máquinas, tratores, equipamentos, instalações etc., além da contratação de uma equipe permanente de engenheiros e especialistas, sem contar os operários temporários empregados para cada obra. Foi um período altamente favorável para as empresas do setor e não se notam processos de falências ou concordatas até 1973, percebendo-se, no entanto, a permanência de alguns casos de incorporação de empresas, fusões e compra, tratando-se de um período marcado tanto pela concentração como pela centralização de capitais. Em um terceiro momento, a partir de meados da década de 70 e, de maneira mais pronunciada, a partir de 1978, é verificada uma estagnação do setor até 1985, havendo alguns anos de retração nas atividades gerais do mercado de obras públicas. Concomitante a esse processo, é verificado um violento ciclo de centralização de capitais, com diversas fusões, falências e concordatas, tornando esse mercado cada vez mais oligopolizado em torno de poucas empresas, marcadamente quatro ou cinco".

³⁴ Neste sentido, seguindo a tendência geral do período "Se nas fases anteriores ao fordismo a concorrência entre particulares se estabelecia como padrão, anelando-se à forma estatal como corolário necessário mas mantendo diferenças entre si, no fordismo há um entrelaçamento do capital e do Estado, esparramando-se ambos no todo social" (MASCARO [c], 2013, p. 121).

falência e concordata de empresas de menor porte no setor (CAMPOS, 2011, 74-76).

Os problemas relacionados à contratação de obras públicas tinham, naquele contexto, uma forma peculiar de resolução, que não se dava no campo jurídico, mas para além dele, na política e em outros terrenos, conforme parecem atestar os depoimentos daqueles que atuaram no setor de engenharia à época. Encontramos indícios da veracidade dessa assertiva no deliberado enfraquecimento dos instrumentos de controle dos atos da Administração Pública no período³⁵.

No campo da infraestrutura, esse período se destaca por uma estruturação relativamente simples dos negócios, com pouca subcontratação de terceiros³⁶. Os arranjos negociais e os contratos de obra vieram ganhando complexidade desde então, o que fica plasmado na evolução dos modelos contratuais nesta matéria, alcançando atualmente as empresas de engenharia um formato voltado para o gerenciamento de subcontratos e gestão de interfaces.

A partir da década de 1970 o modelo de capitalismo em operação e sua forma política correlata começam a sofrer alteração. A superação do fordismo joga o mundo capitalista numa nova fase, o que ocorre de maneira relativamente distinta e com velocidades específicas em cada uma de suas regiões.

³⁵ Quanto aos contratos administrativos, constatadas irregularidades pelo Tribunal de Contas, deveria ser estabelecido prazo para a correção das irregularidades. Caso não corrigidas as irregularidades, a questão deveria ser encaminhada ao Legislativo, que, como sabemos, no período era instituição aliciada pelo Executivo (nesse sentido, v. CARVALHO, 2001, pp. 85-218). Se em trinta dias não houvesse deliberação do Legislativo a respeito da matéria, o ato ou contrato impugnado passaria a ser considerado regular. Nesse sentido: " Nesse período foram realizadas modificações de caráter constitucional e infraconstitucional responsáveis pelo que denominei, em outra oportunidade, de 'fuga à fiscalização', que se caracterizou pela eliminação do controle de boa parte dos detentores de recursos públicos. O caso mais importante foi a legislação contida nos dois textos constitucionais a respeito dos contratos, principal instrumento de compra do setor público ao setor privado. Além de extinguir o registro prévio, inverteu-se o controle sobre os contratos, ao introduzir na sua fiscalização o dispositivo de decurso de prazo, tão utilizado para a aprovação de leis e decretos-leis. De acordo com o texto constitucional, na eventualidade da ilegalidade de qualquer despesa, caberia ao Tribunal 'sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos'. Neste caso, o Tribunal solicitaria ao Legislativo as medidas necessárias 'ao resguardo dos objetivos legais' e no caso de não deliberação do Congresso Nacional, no prazo de 30 dias, a impugnação seria considerada insubsistente, 'regular'; ou seja, o errado ficaria certo pelo decurso de prazo! " (PESSANHA, 2010, pp. 9-10).

³⁶ MARINELLI, 2014, p. 3.

No Brasil, a mudança se acentua, na imbricação entre economia e política, com a superação do modelo ditatorial e o estabelecimento da democracia brasileira. Neste novo período, como parte da formação de seu amálgama hegemônico próprio, a relação direta e mais ou menos escancarada entre capital e Estado dá lugar a um período de relativo fortalecimento das instituições de controle que atuam dentro do próprio Estado, mas com certa autonomia, isto é, no plano da *accountability horizontal*, com destaque para a atuação dos Tribunais de Contas³⁷.

A alteração no panorama institucional brasileiro não parece ser meramente circunstancial. É possível observar na história institucional brasileira o paralelismo entre os avanços e retrocessos da democracia e o fortalecimento e enfraquecimento das instituições de controle da atividade estatal³⁸. Ao estar normalmente associada ao Poder Legislativo, a função de controle costuma dividir a sorte daquele Poder da República, que encontra momentos obscuros nos períodos não democráticos³⁹.

³⁷ Segundo divisão proposta por Guillermo O'Donnell (O'DONNELL, 1997, *passim*), o controle sobre a atividade estatal nas democracias modernas divide-se em *accountability vertical* e *accountability horizontal*. No primeiro, o controle dos governantes é exercido precipuamente de forma direta através dos representados por meio das eleições periódicas, reivindicações sociais não reprimidas e cobertura regular da mídia relativamente livre; no segundo, o controle sobre os governantes é exercido por órgãos estatais, como o Legislativo, o Judiciário, Ministério Público etc. Neste caso, refiro-me aqui, ao tratar do fortalecimento de instituições, ao *accountability horizontal*.

³⁸ A questão fica bem ilustrada no seguinte trecho de Pessanha: "No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 limitou-se a atribuir ao Poder Legislativo 'fixar anualmente as despesas públicas, e repartir a contribuição direta'. Com o advento da República, a Constituição de 1891 instituiu o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Seu desenho institucional variou ao longo do período republicano de acordo com o papel exercido pelo Poder Legislativo. Fraco na Constituição de 1891, ampliou sua competência em 1934, foi anulado pela Carta de 1937, e reabilitado em 1946, no bojo da ampliação do processo democrático, que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. O Golpe de 1964 e o regime autoritário que se estendeu por mais de duas décadas promoveram retrocessos marcados pela Constituição de 1967 e a Emenda n° 1, de 1969. Com a queda do regime autoritário, o Poder Legislativo e, conseqüentemente, o Tribunal, tiveram novas atribuições" (PESSANHA, 2010, p. 9).

³⁹ A fragilidade do Poder Legislativo tem sido uma constante histórica nos países latino americanos, como observa PESSANHA (2010, p. 17): "Já se tornou lugar comum falar da fragilidade dos parlamentos nos países da América do Sul, ao longo do século XX. As descontinuidades políticas frequentes sempre fortaleceram os executivos que, quando não usurpavam as funções legislativas inteiramente, prejudicavam sua atuação". Marcus André Melo (MELO, 2007, p. 2), referindo-se a esse paralelismo, dirá: "Historicamente a América Latina tem se caracterizado pela debilidade de suas instituições de *check and balances* – ou de *accountability horizontal* como O'Donnell as denominou. Os débeis controles exercidos pelo Legislativo e Judiciário refletem um padrão histórico caracterizado pelo autoritarismo e governos militares na região. A transição para a democracia nas últimas décadas tem sido acompanhada por intenso reformismo institucional que se estendeu amplamente para a área do controle externo. Por outro lado, a retomada pelos legislativos da região do poder de aprovar, emendar e fiscalizar o gasto público também levou a uma redefinição do papel passivo do Legislativo durante os governos autoritários".

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 o papel exercido pela Entidade Fiscalizadora Superior brasileira toma destaque⁴⁰. O controle exercido pelos Tribunais de Contas é ampliado, deixando de ser meramente financeiro e orçamentário e passando a considerar os critérios de economicidade e seus corolários eficiência e eficácia, aproximando-se da chamada auditoria de desempenho ou de resultados⁴¹, na forma inscrita no artigo 70 da Constituição atual.

Foi reestabelecida, também, a possibilidade de suspensão dos contratos administrativos que, contudo, deve ser adotada diretamente pelo Congresso, havendo recurso sem efeito suspensivo, mas, ao contrário do regime anterior, o silêncio devolverá ao Tribunal a prerrogativa de decisão a respeito da matéria, conforme depreendemos do artigo 71 da Constituição brasileira⁴². Ademais, como

⁴⁰ O novo protagonismo assumido pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores parece ser nota característica do período de redemocratização nos países da América do Sul, bem como sua crescente autonomia e independência. PESSANHA, referindo-se aos casos argentino e brasileiro, dirá: "As novas oportunidades que se abriram aos dois países com a transição para a democracia aumentaram, como vimos, as atribuições dos respectivos legislativos. Com relação ao controle externo, os novos desenhos institucionais equiparam, de uma maneira geral, o Poder legislativo e seus respectivos órgãos auxiliares de mecanismos importantes para o exercício da missão constitucional, de forma coerente com a modalidade *accountability*. [...] Além disso, os legislativos aumentaram seu papel na fiscalização do Poder Executivo e romperam o monopólio do recrutamento do Corpo Deliberativo das instituições auxiliares pelo Poder Executivo, de forma parcial no Brasil, onde dois terços dos membros passaram a ser indicados pelo Congresso Nacional e um terço pelo presidente da República, e de forma total na Argentina, onde as duas Casas legislativas passaram a dividir igualmente a indicação de seis auditores-gerais e o sétimo, a maior inovação, indicado pelo maior partido de oposição que, dessa forma, adquire protagonismo no controle externo. Desse modo, tanto no Brasil como na Argentina, essas instituições ganharam alento com o processo de redemocratização traduzido em princípios que, de certa forma, atendem aos requisitos prescritos pelo bom desenho institucional de *accountability* [...]". (PESSANHA, 2010, p. 18).

⁴¹ "A partir de 1988, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal, é ampliado de forma considerável pela Constituição Federal ao dispor que '[...] a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder' (art. 70). Os textos anteriores se restringiam à fiscalização financeira e orçamentária. Um aspecto interessante é a inclusão do critério economicidade que, em outras palavras, representa a regra dos três *Es*, à qual aludi na primeira parte desse trabalho. Trata-se de uma importante prerrogativa atribuída ao controle externo que, doravante, não se limitará ao controle formal, mas à chamada auditoria de desempenho ou, como querem outros, auditoria de resultados" (PESSANHA, 2010, p. 10).

⁴² "Com relação aos contratos, observa-se uma recuperação do espaço de atuação do Tribunal, anteriormente subtraído pelo regime autoritário, mesmo não retornando inteiramente com o registro *ex ante*. Em caso de irregularidade, o ato de sustação deverá ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis; 'a parte que se considerar prejudicada poderá interpor recurso, mas sem efeito suspensivo, ao Congresso Nacional'. Na hipótese de o Congresso Nacional não se pronunciar sobre o recurso dentro de 90 dias 'o tribunal decidirá a respeito'" (PESSANHA, 2010, p. 12).

símbolo da nova expressão de autonomia da função de controle, consagrada em sede constitucional, tem destaque o fato de que pela primeira vez desde a Constituição de 1891 o Executivo perdeu o monopólio na indicação dos ministros do Tribunal de Contas⁴³.

Apesar da análise de desempenho dos Tribunais de Contas demonstrar que as promessas contidas em seu novo regramento e posição institucional no período democrático não foram plenamente atendidas, a transformação na função de controle dos atos da Administração é clara⁴⁴.

Ao que parece, esta virada mais recente pode ser enquadrada no contexto geral do abalo na ideologia que dava sustentação ao modelo fordista, cuja crise não pode ser explicada apenas por fatores econômicos e políticos, mas também culturais⁴⁵.

Com efeito, o que se vê é que o aparelho estatal em si é complexo, apresentando contradições internas⁴⁶. É esta heterogeneidade que permite que, em suas mutações, o Estado se perpetue, como no caso brasileiro a que fizemos referência. Nesses casos, a composição de forças sociais no seio do Estado se altera formando novos pontos de tensão e contradição⁴⁷.

O novo modelo brasileiro refletiu na forma jurídica que condicionava a contratação de obras públicas. Foi o que se viu, de forma mais destacada, com o advento da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, de 1993. Este diploma regulatório, nascido da crise institucional oriunda do *impeachment* do

⁴³ PESSANHA, 2010, p. 12.

⁴⁴ "Mesmo considerando que alguns setores gostariam de obter mais prerrogativas para as instituições destinadas ao exercício do controle externo, é inegável o avanço das competências inseridas nos textos constitucionais e infraconstitucionais brasileiro e argentino elaborados após a queda dos respectivos regimes autoritários. A expectativa gerada pelas novas ordens institucionais, entretanto, não vêm correspondendo de forma satisfatória nos desempenhos das instituições" (PESSANHA, 2010, p. 19).

⁴⁵ Neste sentido, "a crise do fordismo não havia sido unicamente uma crise de valorização do capital, mas esteve vinculada a uma crise de hegemonia, que se fazia notar em todas as suas dimensões: ideologicamente, através da desintegração de valores até então dominantes; politicamente, pela erosão da dominação estadunidense; e, institucionalmente, pela transformação dos Estados e das organizações internacionais colocadas em questão" (HIRSCH, 2010, p. 156).

⁴⁶ Conforme observa HIRSCH, "O fato de que o Estado apresente uma teia de relações sociais e de classe contraditórias expressa-se na heterogeneidade de seus aparelhos. Ele não é uma unidade organizativa fechada, mas desmembra-se em instâncias relativamente autônomas, frequentemente em concorrência e mesmo em disputa entre si" (HIRSCH, 2010, p. 38).

⁴⁷ HIRSCH, 2010, pp. 38-39.

Presidente Collor de Mello⁴⁸, incrementou o formalismo procedimental para a contratação de obras públicas, como fórmula de controle de irregularidades em ditas contratações, o que, contudo, não parece ter obtido sucesso (MOREIRA NETO e FREITAS, 2014, p. 10), como nos vem demonstrando a experiência recente.

Essa virada no paradigma regulatório do desenvolvimento da infraestrutura nacional, conflitando frontalmente com a práxis desse mercado, aliada a uma diminuição da capacidade de investimento do Estado no contexto neoliberal⁴⁹, interrompeu o ciclo de avanço na infraestrutura que caracterizou o período militar.

Com a virada para o neoliberalismo a partir da década de 1980, os investimentos em infraestrutura têm queda acentuada⁵⁰. A ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 proclama como regra o postulado do livre exercício da atividade econômica, salvo o exercício de determinadas atividades pelo Estado, a exemplo do monopólio da União com relação à refinação de petróleo, bem como à pesquisa, lavra e enriquecimento de minerais, dentre outras, consoante estipulado no art. 177 do Texto Excelso. Com o avanço do neoliberalismo, a atuação do Estado sobre a economia diminui, o que vem se refletindo em reformas constitucionais desde 1995⁵¹.

⁴⁸ ABRAMO *et alli*, 2015, p. 47.

⁴⁹ A dificuldade dos Estados nacionais da periferia do capitalismo em manter a política desenvolvimentista de altos investimentos em infraestrutura é reflexo do contexto global: "Os Estados nacionais apresentam dificuldades crescentes em sustentar uma reprodução econômica de bem-estar social, investimento em infraestrutura e promoção do crescimento da produção e do consumo e da massa salarial geral" (MASCARO [c], 2013, p. 122).

⁵⁰ Assim, por exemplo, no Brasil, a década de 2000, ainda sob os efeitos do período mais destacadamente neoliberal da política brasileira, foi marcada pelo baixo investimento na área, com uma relação investimento/PIB anual próxima aos 2% (SORJ, 2011, p. 31).

⁵¹ Para o Bockmann Moreira, a intervenção do Estado no domínio econômico é gênero, do qual intervenção em sentido estrito e regulação são espécies. Segundo ele, "Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica" (MOREIRA, 2007, p. 3), podendo tomar a forma de incentivo ou ter natureza sancionatória. A intervenção em sentido estrito, por outro lado, é a atuação estatal direta no mercado, com o exercício direto de atividade econômica. Em todos os casos, a intervenção do Estado sobre a economia não pode ser pautada em interesse público secundário, entendido como aquele da máquina administrativa, mas no interesse público primário, isto é, aquele de que é titular a coletividade. Para o autor, existe uma tendência geral e continuada no sentido de que as intervenções do Estado no domínio econômico sejam cada vez menos diretas, migrando para a intervenção regulatória, com menor coercitibilidade.

O baixo investimento em infraestrutura gerou um gargalo econômico, tendo, entre outros efeitos, o de atrasar a logística de escoamento da produção nacional⁵².

Há uma correlação entre os investimentos em infraestrutura (capital público) e a produtividade alcançada no país⁵³, conforme nos ensinam os autores das ciências econômicas⁵⁴. Isto dá a dimensão das repercussões de nosso objeto de estudo sobre a economia nacional considerada em toda sua amplitude. De fato, uma das notas características do capital-infraestrutura é sua grande capacidade de repercussão pelas externalidades, positivas se a infraestrutura for satisfatória e negativas em caso contrário⁵⁵.

Além do déficit histórico de investimentos, outras questões trazem ainda mais à vista o gargalo na infraestrutura do país e impulsionam esse mercado. É o caso dos chamados megaeventos (Copa do Mundo e Olimpíadas)⁵⁶, dos investimentos para a exploração da reserva de petróleo encontrada na camada

⁵² Esta constatação foi unânime nas mais diversas instâncias nacionais e internacionais. É o que vem sendo enfatizado por vezes do *mainstream* econômico global de tanta repercussão como o Fundo Monetário Internacional e o *Financial Times* (LEAHY, 2013, *passim*), por exemplo.

⁵³ “Seguindo este raciocínio, podemos interpretar que, além do papel direto do capital público sobre o produto, existiria um efeito indireto sobre a produtividade do setor privado, sendo que um aumento por si só da acumulação privada, que não fosse acompanhada por mais investimentos públicos, tenderia a gerar cada vez menos produto. Um exemplo típico deste mecanismo seria o racionamento de energia vivido pelo Brasil em 2001. Ainda que os empresários mantivessem os níveis de investimento, sem uma provisão adequada de energia elétrica, estes investimentos não se tornariam suficientemente produtivos. De fato, um dos principais fatores a explicar o crescimento praticamente nulo do PIB *per capita* de 2001 foi o racionamento” (MUSSOLINI e TELES, 2010, p. 650).

⁵⁴ Existe uma certa divergência na literatura quanto à forma como essas grandezas se relacionam, mas há unanimidade quanto à existência de uma importante influência entre os dois fatores: “Desta maneira, uma das possíveis explicações para a queda da produtividade brasileira, a partir de meados dos anos 1970, pode ser uma diminuição nos investimentos públicos muito acentuada em comparação à diminuição nos investimentos privados” (MUSSOLINI e TELES, 2010, p. 659).

⁵⁵ “Uma melhora na malha ferroviária, por exemplo, reduziria o tempo gasto com o transporte de uma determinada matéria prima, ou seja, diminuiria o custo unitário de produção. Similarmente, a instalação de uma rede de esgoto geraria uma melhora nas condições de saúde dos trabalhadores, aumentando assim a sua produtividade. Não por acaso, regiões mais urbanizadas possuem um PIB *per capita* mais elevado, devido, em parte a maior infraestrutura disponível, em forma de bens e serviços intermediários, para a produção privada. Uma rodovia gera um serviço intermediário para uma transportadora, ao mesmo tempo em que permite a viagem de férias de uma família, ou seja, seria também um bem final do ponto de vista dos consumidores. É difícil imaginar uma economia produtiva sem energia abundante, ou sem um sistema de telefonia amplo. Quando a comunicação entre produtores, fornecedores e consumidores é ruim, os custos de transação são elevados diminuindo a eficiência do mercado. A subprovisão ou má qualidade dos serviços de infraestrutura podem gerar custos de produção elevados” (MUSSOLINI e TELES, 2010, p. 649).

⁵⁶ Com investimentos previstos de R\$ 36 bilhões, incluindo obras de mobilidade (SORJ, 2011, p. 32).

pré-sal do litoral brasileiro⁵⁷ e dos Programas de Aceleração do Crescimento⁵⁸. Estima-se em R\$ 5 trilhões, R\$ 240 bilhões por ano, “os recursos necessários para o Brasil se recuperar do atraso e atingir o nível dos países ricos daqui a 20 anos” (MANECHINI, 2013, p. 25).

Como desdobramento das alterações no contexto político nacional no início da década de 2000 e a elevação do Partido dos Trabalhadores a uma posição dominante em âmbito nacional, estabelecendo uma política pós-neoliberal no Brasil, há a retomada de algumas diretrizes mais próximas ao período fordista.

Na infraestrutura esta questão, aliada a uma maior disponibilidade de recursos para investimento, desembocou na retomada de seu desenvolvimento, o que fica estampado no fervilhar deste setor econômico no período, que pode ser simbolicamente representado pelo reavivamento de projetos históricos como a transposição do Rio São Francisco e a Ferrovia Norte Sul.

1.3. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública, mercado de infraestrutura e corrupção

Existe um campo de estudo já antigo sobre a relação entre a contratação de obras e serviços pela Administração e a corrupção. O debate, contudo, parece concentrar-se na questão das licitações⁵⁹. Aqui, enfocamos nossa análise nos reflexos do regime jurídico aplicável à matéria sobre a atuação dos agentes do mercado de infraestrutura, especialmente no que diz respeito à corrupção e desvios de verbas públicas realizadas no bojo de procedimentos de reequilíbrio de contratos de obra pública.

Ao dar destaque aos efeitos do regime jurídico sobre a questão, refuta-se uma perspectiva de análise sobre a moralidade dos agentes para ao aspecto

⁵⁷ Que devem demandar a aplicação de mais de R\$ 830 bilhões nos próximos anos (SORJ, 2011, p. 32).

⁵⁸ Que têm um investimento anunciado em sua segunda fase (PAC 2) de R\$ 955 bilhões entre 2011 e 2014 (SORJ, 2011, p. 32).

⁵⁹ Nesse sentido, ver SPECK e FERREIRA, 2012, p. 15.

estruturante da matéria. Trata-se de analisar, portanto, o conjunto de incentivos que surgem da legislação aplicável e seus efeitos sobre os atores do mercado de infraestrutura. Observa-se, quanto a isto, que a corrupção⁶⁰ no ramo das obras públicas é um problema estrutural com impacto relevante sobre a economia⁶¹ e a democracia brasileiras. Compõe uma forma social, no sentido aqui abordado.

A história brasileira recente parece demonstrar, como nos recentes eventos trazidos à tona na já famigerada "operação lava-jato", que independente dos agentes políticos envolvidos e de suas filiações partidárias, bem como dos particulares contratados em empreendimentos da espécie analisada, a forma social que associa os projetos públicos de engenharia à corrupção mantém-se firme⁶². Esta questão parece estar ligada não apenas a benefícios pessoais para os agentes envolvidos, mas à forma de desenvolvimento do sistema político nacional.

No financiamento da política no Brasil as doações de empresas privadas têm posição de destaque⁶³, especialmente no período que precede as eleições para chefes do Executivo Federal. Em 2010, essa fonte foi responsável por 59,1% dos recursos reportados como receitas de campanha (ABRAMO [a], 2014, p. 4)⁶⁴.

Não apenas há uma concentração do financiamento eleitoral nas empresas, mas dentro desse segmento "apenas 70 empresas ou grupos foram responsáveis por metade de todas as doações empresariais" (MANCUSO, 2012, p. 3), dentre os

⁶⁰ Historicamente, dentre os pesquisadores que se dedicaram especificamente ao tema da corrupção houve distintas formas de conceituação para o termo. O aspecto legal foi apenas um deles, tendo gerado dificuldades na análise comparativa entre países e afastando outros aspectos da análise (como, por exemplo, a inserção social de normas que definem condutas como corrupção), como nos relata SPECK (2000, pp. 1-4) em trabalho que historiciza a pesquisa na área. Em nosso trabalho, contudo, como forma de delimitação do objeto de pesquisa, adotamos o critério legal, especificamente no que se relaciona às licitações e execução de contratos de obra pública, de acordo com os tipos constantes dos arts. 316 e 317 do Código Penal e dos arts. 89, 90, 91, 92 e 93 da Lei n° 8.666/93.

⁶¹ MOREIRA NETO e FREITAS (2014, p. 9), com base em dados da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), nos informam que "estima-se que o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões por ano".

⁶² Em pesquisa sobre a percepção do setor privado (empresas) sobre a corrupção no país, Abramo nos informa que mais de 45% das empresas respondentes (todas já tendo participado de licitações) declararam já ter tido experiência de corrupção (cobrança de propinas) (ABRAMO, 2002, p. 7).

⁶³ As doações de cidadãos, nesse contexto, são estatisticamente insignificantes (SPECK, 2011, p. 8).

⁶⁴ SPECK diferencia fontes primárias (autofinanciamento, cidadão, empresas) e fontes secundárias (partidos e transferências). Considerando apenas as fontes primárias, as doações de empresas representam 76,9% dos recursos de campanha (SPECK, 2011, p. 7).

quais os 15 maiores concentram 32,5% das doações⁶⁵. Nesse sentido, Abramo ([b], 2014, *passim*), indica que a concentração das doações empresariais alcançou um índice de Gini de 84,7% (num máximo ideal de 100%) para as eleições para Presidente da República de 2010. Dentre as 15 maiores doadoras eleitorais, 6 são empresas ou grupos cuja atividade de destaque é engenharia civil pesada (Camargo Corrêa, Queiroz Galvão, Andrade Gutierrez, OAS, Galvão Engenharia e UTC Engenharia), representando sozinhas 15,5% das doações empresariais para as campanhas de 2010 (MANCUSO, 2012, p. 3), o que indica uma forte predominância das grandes construtoras, mesmo considerando apenas o grupo das megadoadoras (ABRAMO [b], 2014, p. 13).

Se o retorno do investimento em doações de campanha pode ser duvidoso considerando o universo das empresas que financiam o processo eleitoral (muitas contribuindo com montantes relativamente pequenos), a concentração de grande parcela desse fluxo financeiro em um pequeno número de empresas indica um alto poder de influência delas sobre os candidatos eleitos. Em termos numéricos, as grandes doadoras teriam um fator de influência 24,4 vezes superior à média das demais empresas (ABRAMO[b], 2014, p. 9). A forma de distribuição das doações desses grandes financiadores indica que sua motivação para a participação no processo político é pragmática, buscando "influenciar decisões dos eleitos no sentido de beneficiar diretamente o seu negócio (o que pode ocorrer lícita ou ilicitamente)" (ABRAMO[b], 2014, p. 3)⁶⁶.

As empresas são incentivadas à doação de campanha, o que é acompanhado de promessas explícitas de favores a serem colhidos após o período eleitoral⁶⁷. Este aspecto da questão parece ser facilitado pelo fato de que os políticos de carreira têm um papel destacado no Brasil, o que cria uma relação de

⁶⁵ Dados relativos às eleições de 2010.

⁶⁶ Se além do aspecto pragmático o ideológico e de defesa de programas administrativos podem ser considerados como possibilidades de justificativa de doações de campanha por empresas, a ausência de discriminação de partidos na distribuição dos valores doados parece indicar que é o pragmatismo o que domina a motivação para o financiamento (ABRAMO [b], 2014, p. 3). Quanto a isto é esclarecedora a tabela apresentada por ABRAMO ([b], 2014, pp. 13-16) que indica a dispersão das doações entre partidos.

⁶⁷ Em pesquisa sobre a percepção do setor privado (empresas) sobre a corrupção no país, Abramo nos informa que perguntadas "se já haviam se sentido compelidas a contribuir para campanhas, 69,7% dos respondentes responderam afirmativamente. Destes, 58,5% declararam ter havido menção explícita a favores que seriam prestados à empresa em troca da contribuição. É de se notar que nenhuma empresa respondeu negativamente a essa pergunta" (ABRAMO, 2002, p.10).

longo prazo entre esses agentes e seus financiadores, permitindo um controle mútuo sobre as ações de uns (doações) e dos outros (benefícios)⁶⁸. Nesse contexto, além do pagamento direto de propinas e de presentes e gentilezas aos agentes do Estado, a doação a campanhas eleitorais é apontada como o método mais comum para se obter tratamento diferenciado por parte de quem toma as decisões na Administração Pública⁶⁹.

Este aspecto representa a interface entre a forma social específica que se reproduz nas contratações de obras públicas e outra forma social típica do mecanismo democrático brasileiro com profundos desdobramentos sobre toda a estrutura social, isto é, o financiamento da política nacional⁷⁰. Com efeito, há uma associação positiva e significativa entre receitas de campanha e o número de votos de cada candidato (MANCUSO, 2012, pp. 5-11)⁷¹, o que demonstra o alcance do impacto dessa questão sobre o sistema político nacional.

As repercussões desse cenário são profundas e chegam às fundações da legitimidade do sistema jurídico num Estado democrático. Se, como pretende Habermas (1997, pp. 53-54), a legitimidade do sistema jurídico numa sociedade complexa depende de um processo legislativo racional que abandone a perspectiva da ação estratégica e baseie-se nos pressupostos do agir comunicativo, um sistema de financiamento de campanha que em si não seja capaz de projetar no

⁶⁸ BOAS *et alli*, 2014, p. 417.

⁶⁹ Na pesquisa a que se fez referência, realizada por Abramo, encontramos que ao questionamento "Além do pagamento de propinas, quais outros métodos são comuns para se obter tratamento diferenciado por parte de quem toma decisões na administração pública?", 74,3% dos respondentes mencionaram presentes e gentilezas frequentes, 52,7% contribuir para campanhas eleitorais, 47,3% nepotismo, 9,5% ameaçar e constranger administradores públicos e 4,1% outros métodos (ABRAMO, 2002, p. 10).

⁷⁰ Nesse sentido: "A vida política é diretamente afetada, pois a possibilidade de predefinição de vencedores de licitações se transforma em 'capital' para o político. Ele o usa para obter financiamento para suas campanhas eleitorais. Se é eleito, usa o 'capital' para pagar a dívida com seus financiadores, isto é, dirige para estes as licitações que promove. Por isso, grandes fornecedores (como também outros grandes interessados, como associações de bancos) muitas vezes financiam simultaneamente todos os candidatos a cargos executivos que concorrem numa mesma eleição. Decerto não o fazem por convicção ideológica..." (ABRAMO *et alli*, 2015, p. 46).

⁷¹ Essa associação foi verificada por diversos pesquisadores, como apresenta MANCUSO (2012, *passim*) em sua revisão de literatura a respeito do tema. Nesse mesmo sentido: "Qualquer que seja o âmbito que se considere (estados, municípios, partidos, cargos), é sempre muito alta a correlação entre receitas de candidatos e número de votos. [...] Para qualquer âmbito, sempre existe um limite inferior de arrecadação abaixo do qual é impossível a um candidato eleger-se. Esse limite varia conforme a circunscrição considerada [...]. Arrecadar mais do que esse montante não garantiu a eleição do indivíduo, mas arrecadar menos garantiu que a pessoa não se elegeisse. Ou seja, o candidato sabe que, se não obtiver doações acima do mínimo de seu estado (município), certamente não se elegerá. Esse é o primeiro princípio norteador de todo candidato" (ABRAMO [a], 2014, pp. 5-6).

debate político a totalidade dos destinatários das normas singulares corrói as possibilidades de ação dialógica nessas bases⁷². O mesmo efeito decorre da tentativa de contrabalancear o poder do capital no processo legislativo através da corrupção de legisladores para a reforma de instrumentos jurídicos, como parece que tivemos oportunidade de observar recentemente na história brasileira⁷³.

Um dos ramos de pesquisa que se debruça sobre os resultados e determinantes dos mecanismos de financiamento eleitoral dedica-se à análise da relação entre os recursos eleitorais e os benefícios obtidos pelos financiadores. Embora não seja fácil estabelecer uma relação de causalidade entre financiamento e benefícios do governo (em função da incidência de outras variáveis e da opacidade de determinados dados relacionados a este tipo de pesquisa), parece haver na literatura uma indicação de relação positiva entre essas duas variáveis (MANCUSO, 2012, pp. 11-16).

Quanto ao nosso objeto de estudo, esta questão encontra-se imbricada à regulação dos contratos de obra pública. O retorno do investimento eleitoral das empresas toma aqui a forma da aprovação facilitada de reequilíbrios contratuais – materialmente legítimos ou ilegítimos. Esse mecanismo de compensação será facilitado, dentre outros aspectos deste fenômeno multifacetado, pelo regime jurídico incidente sobre a matéria.

No caso de contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, não existe, por um lado um regime detalhado de alocação de riscos previsto em lei nem, por outro,

⁷² "No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos de regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento reconhecido normativamente. [...] o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas" (HABERMAS, 1997, pp. 53-54).

⁷³ Nesse sentido, Marcelo Neves descreveu acertadamente as fragilidades da aplicação do conceito de Estado de Direito à "modernidade periférica" em que se insere o Brasil. Assim, "As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. [...] a privatização do Estado impossibilita a construção de uma esfera pública de legalidade na qual se desenvolveriam procedimentos democráticos de participação e controle dos atos estatais de produção e aplicação jurídica. O Estado atua principalmente como palco de realização de interesses particularistas ou de conflitos entre eles, à margem de textos constitucionais e legais de conteúdo democrático, cuja concretização possibilitaria a construção da cidadania" (NEVES, 1996, pp. 99-101).

a obrigatoriedade de seu estabelecimento em contrato. A normativa aplicável prevê apenas hipóteses genéricas de desequilíbrio contratual, através de conceitos jurídicos indeterminados⁷⁴, como os chamaria Celso Antonio Bandeira de Mello. É o caso do conceito de imprevisibilidade, que toma destaque para o caso.

Disto decorre que, nesses casos, os empreendimentos podem ter lugar sob um regramento altamente impreciso e, portanto, amoldável às intenções dos agentes que o tomarem por instrumento. Forma-se, assim, uma zona cinzenta interpretativa⁷⁵, permitindo que os agentes públicos, ao apreciarem um pleito administrativo de reequilíbrio, tenham subsídios jurídicos para decidir fundamentadamente pelo deferimento ou indeferimento do pedido.

Neste quadro de subjetividade, mesmo agentes imparciais⁷⁶ encontrarão dificuldades na análise de pedido de reequilíbrio formulado pela contratada em decorrência da ausência de parâmetros contratuais objetivos para a alocação dos riscos do empreendimento.

Neste contexto, por um lado, pleitos de reequilíbrio legítimos podem ser indeferidos pelos agentes responsáveis por seu julgamento como reflexo do receio de interpretação divergente por parte dos órgãos de controle ou do posicionamento em favor do chamado "interesse público secundário", ou seja, do interesse meramente financeiro da Administração. Nesses casos, podemos chegar à insustentabilidade econômico-financeira do contrato, com abandono do empreendimento pelo particular contratado e judicialização da matéria, dentre outros desdobramentos possíveis.

⁷⁴ No sentido colocado por Celso Antonio Bandeira de Mello: "Sem dúvida, perante inúmeros casos concretos (a maioria, possivelmente) caberão dúvidas sobre a decisão ideal e opiniões divergentes poderão irromper, apresentando-se como razoáveis e perfeitamente admissíveis. Nestas hipóteses a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável, pois corresponderá a uma opção de mérito; ou seja: a uma escolha não só comportada abstratamente pela norma, mas também compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicanda" (MELLO, 1996, p. 40).

⁷⁵ No sentido colocado por Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, 1996, *passim*).

⁷⁶ "Dessa forma, assim como se deve evitar pensar que todos os indivíduos (e os servidores públicos em particular) sempre visam à realização de fins sociais e públicos, também é importante evitar a assunção de que todos estão constante e exclusivamente motivados pelo autointeresse individual. Note-se que isso não significa negar a existência de condutas autointeressadas, mas apenas consignar que, ao lado desse tipo de conduta, podem existir outras tantas, igualmente racionais e orientadas a fins, que visem a outros objetivos que não a realização do autointeresse" (BAGATIN, 2009, p. 34).

Observada a questão sob uma outra perspectiva, a ausência de uma alocação objetiva de riscos no empreendimento, com uma ampla zona cinzenta interpretativa, permite que a aprovação do pleito pelo agente responsável por seu julgamento seja precificada⁷⁷ conservando, entretanto, um aspecto exterior de regularidade. A opção por uma das possibilidades interpretativas franqueadas pela subjetividade decorrente de uma alocação de riscos vaga, baseada em conceitos jurídicos indeterminados, poderá ser negociada pelo agente.

Nos níveis hierárquicos baixos da Administração a questão tenderá a tomar a forma prosaica comum e poderá ter por produto pareceres técnicos favoráveis ou outros subsídios correlatos; em níveis hierárquicos superiores, além daquela, poderá ter por forma, por exemplo, a promessa de contratações futuras, ainda não licitadas.

A questão ultrapassa uma simples fuga dos marcos da moralidade corrente. Neste caso, o fundo de justificativa da atuação dos agentes realizada nestes moldes pode passar à forma de alcançar, a qualquer custo, o interesse público materializado num empreendimento de infraestrutura, diluindo as fronteiras entre o público e o privado. Neste contexto, a dinâmica da indústria da infraestrutura gera um marco ideológico próprio⁷⁸. Os entraves regulatórios parecem justificar, neste marco, as práticas para além da legalidade como sendo a forma capaz de suprimir as barreiras ao desenvolvimento dos empreendimentos de infraestrutura, o que podemos observar nas vozes silentes que perpassam esse mercado.

A questão se aprofunda numa rede intrincada de expectativas que chega mesmo à dimensão de uma normativa social tácita. Não apenas o vale-tudo para a consecução do empreendimento pode ser tomado como regra moral que rege o

⁷⁷ Em pesquisa sobre a percepção do setor privado (empresas) sobre a corrupção no país, Abramo nos informa que quando perguntados sobre de que formas frequentemente a corrupção envolvendo propinas se manifestava, 87,2% dos respondentes atribuíram a iniciativa ao agente público, enquanto apenas 12,8% reputavam a iniciativa aos particulares beneficiados (ABRAMO, 2002, p. 7).

⁷⁸ Os agentes privados que lidam com os contratos de infraestrutura pública parecem formar uma massa (no sentido freudiano) unida pela identificação de um inimigo comum – a ineficiência da máquina pública e uma espécie de corrupção endêmica incontornável – projetado numa ideologia específica que podemos pressentir nos discursos que perpassam esse mercado. Formada essa ideologia marcada pela separação do "nós" – empreiteiras – e do "outro" – Estado – há uma regressão dos instrumentos de contenção moral do indivíduo que tornam todas as ações possíveis. Sobre esta questão, isto é, sobre a formação das massas e seus efeitos sobre os aparelhos psíquicos de contenção moral, ver FREUD, 2014, *passim* e ZIZEK, 2014, *passim*.

campo, mas também figura neste panorama a obtenção de benefícios pessoais decorrentes da flexibilização do controle sobre os particulares contratados⁷⁹. Trata-se do estabelecimento de uma forma social própria no mercado de infraestrutura pública.

Evidentemente, a corrupção relacionada aos contratos de obra pública é impulsionada por questões culturais⁸⁰, econômicas⁸¹, políticas⁸² etc. Trata-se de fenômeno multifacetado e complexo⁸³. Nenhuma dessas instâncias, contudo, determina de forma direta o fenômeno da corrupção nesse ramo específico da atividade administrativa.

Neste quadro, tem papel de destaque o conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. É interessante notar, nesse sentido, que a nova Lei Anticorrupção, Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, elencou expressamente, na tipificação administrativa dos atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública” (alínea “g”, inc. IV, art. 5º). Essa alusão específica parece corroborar o nosso entendimento, aqui

⁷⁹ “Por que reconhecer poderes outros que não o próprio quando se está, presumivelmente, tentando aproximar objetivos que levam a algum aspecto do bem público? E por que não beneficiar a si próprio, à família, ao clube, ou aos sócios nos negócios enquanto se está em um cargo público, se ao mesmo tempo se está (ao menos supostamente) buscando algum aspecto do bem público? Este é um tópico que me interessa há muito tempo. Em incontáveis conversas por muitos anos e em vários países, fiquei impressionado o quanto a resposta a essas perguntas era, para meus interlocutores, a do senso comum. Note-se que não eram escroques, ou não respondiam como se fossem: eles estavam tentando contribuir para algum tipo de bem comum ao mesmo tempo em que ultrapassavam as fronteiras republicanas. Eles não estavam sozinhos: família, membros de partido e de clubes, e/ou sócios de negócios presumiam que as autoridades iriam se comportar desse modo e os teriam condenado seriamente se esse não tivesse sido o caso – há fortes expectativas normativas de que ajam desse modo. Para todos esses atores, as regras informais prevalecem frente às formais como fato consumado, sem uma má consciência detectável. Mas as regras formais não são inteiramente imateriais; elas têm que ser levadas em conta para que sua violação ou burla não provoque consequências danosas para as autoridades e seus afilhados” (O’DONNELL, 1997, pp. 41-42)⁷⁹.

⁸⁰ POWER e GONZÁLEZ, por exemplo, avaliam a relação entre a cultura dos países e seu nível de corrupção, indicando uma causalidade recíproca entre confiança interpessoal e corrupção, quanto maior a primeira menor a segunda (POWER e GONZÁLEZ, 2003, p. 65).

⁸¹ Pesquisas indicam a existência de relação significativa entre o nível de desenvolvimento econômico e a corrupção nos países (POWER e GONZÁLEZ, 2003, p. 55).

⁸² A literatura da ciência política indica uma relação significativa entre o grau de democracia política em sua aproximação ao ideal poliárquico de DAHL (1997, pp. 25-37) e o nível de corrupção dos países (POWER e GONZÁLEZ, 2003, p. 55).

⁸³ Nessa perspectiva, confirmando nossa assertiva, são interessantes as pesquisas que relacionam os índices de percepção da corrupção a outros indicadores sociais, econômicos e culturais, como encontramos em ABRAMO, 2000, *passim*.

exposto, segundo o qual este é um dos caminhos tradicionais na fraude à Administração.

De fato, o que observamos na prática é que os pleitos de reequilíbrio econômico financeiro⁸⁴ de contratos de obra pública, quando apresentados administrativamente, são apenas um primeiro passo para o deferimento do reequilíbrio e recebimento de valores em sede contratual, numa cadeia de ações que ultrapassa a dimensão da técnica jurídica.

Considerando a hipótese de um pleito legítimo, sua base fática estará dentro da relação contratual, nascendo, neste caso, do seio da Administração, de sua má gestão do contrato ou ineficiente preparação e planificação para o empreendimento, ou fora da relação contratual, surgindo de circunstâncias alheias à vontade das partes.

No primeiro caso, o deferimento do pleito, portanto, representaria um atestado de incompetência por parte da Administração contratante, inclusive com possíveis consequências administrativas, cíveis e penais sobre os responsáveis. Desta forma, não existe, nestes casos, incentivos naturais ao deferimento do pedido, ainda que legítimo.

Em outras hipóteses, quando o desequilíbrio pode ser reputado a fatores externos à lógica contratual (como fatores climáticos e distúrbios de toda ordem), ainda assim sempre restará ao agente que avalia o pleito administrativo de reequilíbrio o risco de que sua avaliação quanto à matéria seja má interpretada e seus bens pessoais sejam alcançados pela ação dos órgãos de controle.

Então, o que levaria um agente administrativo que avalia um pleito de reequilíbrio contratual de obra pública a proceder em seu escrutínio de forma

⁸⁴ O conceito de reequilíbrio é fundamental para esta pesquisa. Para delimitar claramente o que entendemos por reequilíbrio é necessário marcar suas diferenças quanto a outras figuras correlatas. Assim, seguindo as definições propostas por Bandeira de Mello, *revisão* é o mecanismo de recomposição de preços contratuais a ser utilizado sempre que o reajuste não puder reestabelecer o equilíbrio contratual afetado por circunstâncias extraordinárias (MELLO, 2012, pp. 650-651); *reajuste* corresponde a "um ajuste automático do valor dos pagamentos à variação do preço dos insumos" (MELLO, 2012, p. 649); já a *correção monetária* decorre do atraso de pagamento por parte do Poder Público e visa à preservação do valor do crédito (MELLO, 2012, p.646). Quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro, aproxima-se da revisão, mas, no sentido aqui empregado, pode se dar por outras formas que não a alteração dos preços dos serviços constantes do contrato, como, por exemplo, através da via indenizatória.

adequada? O regime jurídico aplicável, ao não prever uma alocação de riscos objetiva, deixando de incentivar uma análise adequada da questão, abre espaço para incentivos que estão para além da legalidade.

Na prática, muitas vezes apresentar um pleito administrativo de reequilíbrio econômico financeiro de contrato de obra pública representa apenas a base técnica sobre a qual serão erigidos esforços de natureza política. Apresentado o pedido, serão acionados os mecanismos políticos, através dos setores comerciais das empresas de engenharia, com intervenção junto à alta hierarquia da Administração (cargos preenchidos a partir de critérios políticos), para que seja determinado o deferimento do referido pleito. Desta forma, a questão do equilíbrio dos contratos administrativos fecha o ciclo, junto com muitas outras questões, do financiamento da política nacional (e da corrupção).

A questão tem caráter estrutural. Com efeito, a zona cinzenta interpretativa em que recai a questão faz com que aspectos meramente técnicos não se constituam uma força suficiente para colocar o mecanismo de reequilíbrio em movimento. É necessário, ademais, o elemento político, a vontade de ressarcir o particular pelos custos extraordinários incorridos.

Parece ser necessária uma nova abordagem sobre a questão do equilíbrio contratual em empreendimentos de infraestrutura pública para reforçar o caráter técnico da avaliação da matéria, mitigando os incentivos a soluções de natureza política. Com efeito, a necessidade de alteração na legislação de licitações e contratos como mecanismo de redução da corrupção é opinião bastante difundida entre as empresas que lidam diretamente com o Estado⁸⁵.

Evidentemente, no contexto do marco teórico que buscamos delinear, soluções jurídicas para os problemas apontados no campo da infraestrutura pública e suas lateralidades não são idôneas a transformar essa forma social particular com que rotulamos as práticas e relações sociais no desenvolvimento da infraestrutura brasileira, isto é, corrupção nos contratos de obra pública, ineficiência

⁸⁵ Em pesquisa sobre a percepção do setor privado (empresas) sobre a corrupção no país, Abramo nos informa que quando arguidas as empresas participantes de licitação quanto aos fatores que poderiam reduzir a corrupção no setor de atuação da empresa, 38,1% delas mencionaram mudanças na Lei de Licitações (ABRAMO, 2002, p. 12).

em sua execução e entraves logísticos. Contudo, representam um impulso positivo, o que poderá ou não surtir os efeitos desejados, a depender de outras várias contingências históricas, isto é, da disposição histórica das demais instâncias influentes sobre essa forma social particular.

1.4. Negociações de reequilíbrio e o *hold up problem*

Quando os pleitos de reequilíbrio contratual em empreendimentos de infraestrutura não encontram solução econômico-financeira adequada, isto é, nos casos em que a Administração recusa-se ao ressarcimento de custos extraordinários dos particulares contratados lastreada na subjetividade estabelecida pelos parâmetros legais e que os mecanismos políticos não são acionados com sucesso, deparamo-nos com o *hold up problem*⁸⁶, ou seja, a interrupção (ou diminuição expressiva do ritmo de atividades) da execução dos serviços contratados como instrumento de barganha para a renegociação dos termos contratuais.

Esta situação verifica-se, também, em outras relações econômicas, quando as especificidades dos ativos detidos por um dos negociantes restringem suas possibilidades de atuação no mercado, trazendo à tona o oportunismo.

Um dos negociantes tem em mente não apenas a transação que está em jogo, mas também o custo que aquele com quem ele negocia terá para aplicar seus recursos de outra forma ou mesmo a impossibilidade de uso alternativo de seus ativos em virtude de suas especificidades. Por conta disso, aquele em posição vantajosa simula desinteresse na efetivação do negócio sabedor de que o outro negociante tenderá a flexibilizar suas exigências, já que aquela é a única modelagem física ou economicamente viável para o negócio. Nesses casos, o negociante em posição desvantajosa acaba por celebrar o negócio nas condições

⁸⁶ Situação em que “uma das partes pode deixar de cooperar com outra, obstaculizando ou impedindo (*holding up*) a consecução de determinado ato [no caso, a obra] em razão de sua posição favorável de barganha ou comportamento oportunista” (GIL, 2007, pp. 85-86).

em que lhe é proposto. Alguns ativos são mais dados a sofrer o *hold up problem*. Quanto maiores as suas especificidades e menor o tempo disponível para a negociação, maior a suscetibilidade do negociante.

Nos empreendimentos de infraestrutura e, portanto, nas obras públicas o *hold up problem* se coloca de forma clara. Identificado o desequilíbrio contratual, o contratado tende a diminuir seus efetivos empregados no empreendimento ou mesmo interromper a obra. Apesar de existirem em hipótese penalidades legais para esse comportamento, uma vez que a interrupção ou o descumprimento de cronograma de obra pública pode dar lugar às sanções previstas pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, o desequilíbrio, se não solucionado, dá lugar à possibilidade de rescisão contratual por parte do contratado, a ser conseguida judicialmente.

O contratante público é premido pelas especificidades de sua posição negocial. Com efeito, por questões eleitorais, o agente político enxerga a necessidade de conclusão do empreendimento durante o seu mandato. No caso de obras relacionadas aos megaeventos, com prazos intransponíveis, a questão é ainda mais grave e nítida⁸⁷. Ademais, esse agente conhece o sobrecusto decorrente da desmobilização da empresa contratada e da mobilização de outra, bem como o tempo para tanto necessário e os efeitos de tal medida sobre o interesse público objetivado através do contrato.

Nessas condições, tem papel relevante no conjunto de incentivos que atuam sobre os agentes envolvidos nas negociações de reequilíbrio econômico financeiro em contratos de obra pública o poder de barganha dos negociantes, as especificidades do empreendimento e o período em que a situação se apresente (isto é, sua proximidade ou não dos períodos eleitorais e outras datas-chave). Da conjunção destes fatores, aliados às possibilidades facultadas pela zona cinzenta interpretativa existente quanto à matéria, decorrerá que o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública ocorrerá de forma mais ou menos criteriosa, ou não ocorrerá e o empreendimento sofrerá com o *hold up problem*, podendo ser interrompido.

⁸⁷ Parece caminhar nesse sentido a constatação do enorme aumento de recursos – através de aditivos contratuais – destinados à construção dos estádios da Copa de 2014, como descrito por FONSECA *et alli*, 2014, *passim*.

Por outro lado, nessas circunstâncias também agente estatal pode atuar de forma oportunista dentro da relação negocial. A zona cinzenta interpretativa que tem lugar em contratos de infraestrutura que não preveem um regime claro de alocação de riscos pode levar ao condicionamento do deferimento do pedido a uma solução para além da legalidade, no campo da influência política⁸⁸.

Quando a situação não encontra uma solução política, deparamo-nos com a relutância dos agentes administrativos em analisar a questão de forma coerente do ponto de vista técnico, uma vez que estarão pessoalmente implicados junto aos órgãos de controle caso defiram os pleitos de reequilíbrio contratual. Nesses casos, mantido o desequilíbrio, o particular contratado tende a abandonar o empreendimento ou reduzir o ritmo de suas atividades, levando a questão ao judiciário, com todas as dificuldades, custos e tempo que isto implica.

Talvez as inúmeras obras públicas interrompidas e abandonadas possam ser em alguma medida explicadas sob esse prisma, mas seria necessário uma pesquisa específica para delinear concretamente a influência dessa variável sobre a questão⁸⁹, o que não se pretende nesta investigação.

O que se pode dizer aprioristicamente é que ajustes no regime jurídico aplicável aos contratos de obra pública, criando novos parâmetros de objetivação das prestações a que está obrigado o particular contratado, bem como dos riscos a que está contratualmente sujeito, tenderiam a um benefício econômico recíproco entre os contratantes⁹⁰.

⁸⁸ "Mas o caminho toma um rumo pernicioso quando entra num território que dá a estes funcionários a capacidade de tomar decisões com ampla latitude, discricção, dependendo de fatores subjetivos, e deferência, decrescentemente afetado por requisitos de fatos objetivos. Decisões deste tipo são mais vulneráveis a favorecer os partidos mais capazes de exercer influência política, que se inclina para o campo de jogo levando à diminuição da concorrência. [...] Além disso, porque os funcionários do governo não podem negociar abertamente sobre as suas decisões, ou de forma credível se comprometer com qualquer ação que eles tomam, eles são mais propensos a causar um tipo de *houldup* governamental que é difícil de mitigar completamente sem sair do sistema" (KIEFF e LAYNE-FARRAR, 2013, p. 1099, tradução nossa).

⁸⁹ Uma vez que outras questões podem determinar a paralisação dos empreendimentos, como a falência do contratado ou dificuldades de obtenção de financiamentos, ausência de licenças ambientais etc.

⁹⁰ Cooter e Ulen, ao abordarem a teoria econômica do contrato, lembram que "Sempre que uma mudança na lei deixar alguém numa situação melhor sem deixar ninguém numa situação pior, a 'eficiência de Pareto' se exige que mude a lei" (COOTER E ULEN, 2010, p. 208).

2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E OS RISCOS NOS EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA

2.1. O regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro e os contratos complexos

Há uma notória dificuldade na aplicação dos recursos destinados à infraestrutura no país. Interrupções sistemáticas em projetos de alta relevância, tais como o da transposição do Rio São Francisco ou o da construção da Ferrovia Norte Sul, podem servir-nos de exemplo. Sustentamos como hipótese de pesquisa que esta questão pode ser em parte explicada ao regime jurídico aplicável à espécie.

Dentre os muitos aspectos que afetam o desenvolvimento da infraestrutura nacional, parece haver um choque relativo entre determinados aspectos das formas política e jurídica neste setor da economia, dado seu acoplamento imperfeito⁹¹, o que dificulta o desenvolvimento normal dos empreendimentos de infraestrutura.

Na tentativa de alterar esse quadro, dentre outras medidas, parece ser necessário um novo arranjo dos instrumentos jurídicos aplicáveis, o que, com efeito, já vem sendo tentado com maior ou menor sucesso nas duas últimas décadas e tem seu exemplo mais recente no debate acerca das vantagens e desvantagens do Regime Diferenciado de Contratações.

⁹¹ Neste sentido, seguem a dinâmica geral do desenvolvimento do capitalismo: "Os regimes de acumulação, no entanto, se estabelecem entrecruzados com modos de regulação que procedem à sua sustentação, reforma, constrangimento, modificação ou solapamento. Também os modos de regulação não são dotados de estabilidade ou de planejamento para além das suas condicionantes ou contingências, de tal sorte que não há um acoplamento perfeito entre o regime de acumulação e a rede institucional que lhe possa servir de esteio. [...] As crises no capitalismo podem se revelar tanto na dinâmica econômica – crise de acumulação – quanto na consecução institucional da sociedade – crise de regulação. Pelo acoplamento imperfeito entre economia e política, as crises parciais procedem a abalos que são reabsorvidos posteriormente, ensejando novos níveis de articulação sociais" (MASCARO [c], 2013, p. 126).

Quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos de obra pública, as divergências têm início, ainda, com o posicionamento dos administrativistas de maior penetração quanto à própria “natureza” do “contrato administrativo”⁹².

Apesar dessas divergências iniciais aparentemente profundas, ao tratar da questão, pode-se afirmar, em linhas gerais, que não se discute, seja em doutrina ou jurisprudência, que o regime jurídico administrativo, no que respeita aos contratos firmados sob sua égide, tutela o chamado equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2001; GASPARINI, 2004; MELLO, 2008; SUNDFELD, 1994; et. al.)⁹³. Este direito dos administrados à manutenção do equilíbrio contratual está implícito no texto constitucional e explícito na legislação infraconstitucional, no que vale destacar as menções expressas que lhe faz a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos no § 1º, art. 57; § 2º, art. 58; § 6º e alínea “d”, inc. II, do art. 65. Na geografia do ordenamento jurídico brasileiro pode-se identificar como menção mais elevada à defesa do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos a expressão “(...) mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei (...)” constante do inc. XXI, art. 37 da CRFB/88.

O conceito de *equilíbrio econômico-financeiro* é tradicionalmente definido como a relação entre os direitos do contratado e as obrigações a que está sujeito, não parecendo dissentir os autores quanto à imutabilidade da equação do contrato administrativo⁹⁴. O equilíbrio econômico-financeiro daria ao particular proteção

⁹² Quanto a isto, historicamente os administrativistas podem ser agrupados em três correntes: a da teoria negativa do contrato, segundo a qual não existem contratos administrativos enquanto categoria jurídica autônoma; a teoria do contrato administrativo, que reconhece essa autonomia; e a teoria intermediária, que reconhece a existência dos contratos administrativos, mas também a possibilidade de que a Administração celebre contratos privados em determinadas circunstâncias (TANAKA, 2007, p. 16). Apesar de persistirem as divergências quanto à sua caracterização, podem ser consideradas superadas as posições que defendiam a inexistência de contratos administrativos (seja por defenderem tratar-se de ato unilateral ou de contrato simplesmente submetido ao regime privado), sendo hoje de aceitação ampla a ideia de que se trata de categoria autônoma (TANAKA, 2007, p. 79).

⁹³ Estamos conscientes das admoestações dos autores de metodologia de pesquisa jurídica contra a utilização indiscriminada de manuais em estudos pós-graduados (CARVALHO, 2013, *passim*). Contudo, tal referência é indispensável à pesquisa que se propõe, justamente para a crítica quanto ao tratamento dado à temática objeto deste estudo por aqueles instrumentos (os manuais).

⁹⁴ Neste sentido, “(...) não há [quanto à intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos], ao contrário do que ocorre com o conceito de contrato, com a classificação deste e com a alteração e extinção unilaterais, divergências significativas” (MARTINS, 2007, p. 33). Este discurso, que podemos encontrar em autores já antigos como Hely Lopes Meirelles, segue repetido, sem grandes inovações no seu tratamento, pelos autores atuais. É o que se vê, por exemplo, no *Direito Administrativo* de Maria Sylvania Z. di Pietro, onde a “equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre

extraordinária⁹⁵, em contraposição às prerrogativas da Administração, representadas pelas cláusulas exorbitantes. A questão, contudo, não pode ser superada por análise tão simplificada⁹⁶.

Com efeito, dentre as hipóteses previstas em lei para a configuração de distorções contratuais ensejadoras de reequilíbrio encontra-se a de verificação de eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis, alheios à vontade das partes. Ocorre que, se bem em determinadas relações contratuais não seja difícil identificar a ocorrência destas circunstâncias, com a ampliação da complexidade do objeto contratado a avaliação da questão depende da análise detida da alocação contratual de riscos. Se os riscos contratuais foram alocados de forma genérica, mantendo os parâmetros constantes da lei, a zona cinzenta interpretativa aberta para a análise da questão será ampla.

Talvez essas circunstâncias possam ser explicadas, em parte, pela origem do instituto. Há uma profunda ligação entre a ideia de equilíbrio contratual e o resgate da cláusula *rebus sic stantibus* pelo direito moderno, agora sob a forma de teoria da imprevisão⁹⁷. O domínio da ideia de imutabilidade dos contratos – *pacta sunt servanda* – começou a ser mitigada de forma mais representativa com os entraves econômicos criados pela Primeira Guerra Mundial, tendo por um dos julgamentos de vanguarda o caso da *Compagnie Générale d' Eclairage de Bourdeaux* levado ao Conselho de Estado Francês em 1916, em que foi declarada a “impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta de preços que tornara as tarifas insuficientes”

o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração” (2009, p. 275). Para Celso Antônio Bandeira de Mello pode-se definir a equação econômico-financeira dos contratos administrativos como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” (MELLO, 2008, pp. 630-631). Marçal Justen Filho, por seu turno, dirá que “a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 455).

⁹⁵ Extraordinária por superior àquela concedida aos ajustes entre particulares, em que a relação entre prestação do contratado e contraprestação do contratante toma o nome de sinalagma. Quanto à álea econômica, por exemplo, C. A. Bandeira de Mello destaca que “a condição ‘imprevisibilidade’ tornou-se menos severa. [...] O imprevisível passou a referir-se apenas ao imprevisto, ao razoavelmente não-previsto, e a indenização de imprevisão transmudou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia ao equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro” (MELLO, 2012, p. 667).

⁹⁶ No que dissentimos, portanto, de MARTINS (2007, p.33), segundo quem “A idéia é simples, elementar, não demanda grande esforço intelectual para ser entendida (...)”.

⁹⁷ Nesse sentido, v. TANAKA, 2007, pp. 164-168.

(MELLO, 2012, p. 665). O julgado francês foi responsável pelo início do processo de consolidação da teoria da imprevisão, o que fundamentou as teses a favor do reequilíbrio contratual decorrentes de alterações profundas e supervenientes nas condições de execução dos contratos⁹⁸.

Considerando esse contexto, sustentamos a hipótese de que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tomou forma em meio a relações econômicas simples, como a de fornecimento de bens. Apenas posteriormente foi ampliado para abarcar novas estruturas contratuais mais complexas, em que a alocação dos riscos negociais exerce papel que não pode ser desprezado, sem, contudo, contar com a necessária análise das adaptações que tal movimento exigiria⁹⁹.

Encontramos aqui um exemplo interessante da textura aberta da linguagem jurídica, uma consequência da utilização da linguagem natural pelo direito. Com o avanço da experiência, situações substancialmente distintas passaram a ser acobertadas pela mesma expressão linguística¹⁰⁰. O grau de complexidade das relações contratuais implica uma alteração qualitativa no emprego do jargão. Contudo, essa questão é disfarçada pelo discurso dominante na área que simplifica o conceito equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública ao colocá-lo, no arcabouço do senso comum teórico dos administrativistas¹⁰¹, aplicável genericamente a todos os casos¹⁰².

⁹⁸ Nesse sentido, com um movimento que se iniciou com essa decisão, "o princípio rígido do *pacta sunt servanda* cedeu lugar à teoria da imprevisão, que se justifica diante da possibilidade de surgirem fatos supervenientes capazes de alterar profundamente o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido quando da contratação" (TANAKA, 2007, p. 168).

⁹⁹ A alteração na concepção dos contratos públicos enquadra-se numa transformação geral do regime contratual determinada marcadamente pela evolução do modo de produção capitalista em direção à industrialização e ao consumo de massa, refletindo no campo contratual na passagem do domínio das ideias liberais para aquelas próprias do dirigismo, "publicizando" a esfera do privado, os contratos, conforme descrito por TANAKA, 2007, pp. 12-14.

¹⁰⁰ Tratando-se de uma divergência mais profunda do que aquela que encontramos entre casos típicos e casos marginais. Sobre esta questão, ver *Notas sobre Derecho y Lenguaje* de Genaro R Carrió (CARRIÓ, 2011), especialmente pp. 49-72.

¹⁰¹ Para usarmos a categoria proposta por Luis Alberto Warat (WARAT, 1982, *passim*).

¹⁰² O conceito em análise compõe a *doxa* (opiniões comuns e não questionadas) do Direito Administrativo. É possível seguir esta digressão metodológica ainda através de outras abordagens. Acompanhando Edgard Morin, podemos dizer que o conhecimento está sempre marcado por pressupostos que não costumam ser questionados. Desta forma, a atividade científica está sempre fundada em "ideias inverificáveis sobre a própria natureza do real. (...) Existem impurezas não só metafísicas, mas sociológicas e culturais" (MORIN, 2005, p. 44). Para Thomas Kuhn, a investigação científica está orientada por paradigmas, que são justamente essas construções prévias que

É o que vemos no caso dos contratos de engenharia, cuja complexidade¹⁰³ se exprime de diversas formas, dentre as quais o rol de disciplinas técnicas envolvidas, número de variáveis a serem consideradas e do volume de subcontratos a eles relacionados. A característica complexidade dos contratos de infraestrutura reflete-se corriqueiramente no desequilíbrio da equação contratual. Nesses casos, provavelmente o desequilíbrio identificado terá por consequência pedido de reequilíbrio econômico-financeiro ou pedido de rescisão contratual, a depender do impacto da questão sobre a economia do contrato.

A complexidade dos contratos de engenharia e sua especificidade, aliada à utilização de instrumental jurídico caracterizado pela presença de conceitos indeterminados para tratar da matéria, criam barreiras a uma análise adequada dos casos concretos¹⁰⁴, abrindo espaço à paralisação dos empreendimentos e a soluções fora do campo jurídico.

orientam o pesquisador e que estão mais ou menos difundidas no meio científico. Os paradigmas condicionam o pensamento e a pesquisa do cientista e limitam sua capacidade criadora (*imprinting*). No direito, esses pressupostos teóricos passam por processo de silenciamento que é produzido não apenas nas construções teóricas de doutrinadores do direito, mas também na prática das faculdades, dos tribunais e dos órgãos legislativos e no imaginário dos profissionais da área, formando o que Luis Alberto Warat chama de senso comum teórico dos juristas. Podemos exemplificar a opinião do senso comum teórico dos administrativistas especificamente quanto aos contratos de obra pública (empreitada) na seguinte expressão: "nos contratos de empreitada os riscos são integralmente assumidos pela Administração pública, a qual deve garantir o recebimento de uma certa contraprestação, independentemente dos eventos que surjam ao longo da execução do ajuste" (MAROLLA, 2010, p. 42).

¹⁰³ Nesse sentido, vale citar GIL (2007, p. 30): "Contratos de *engineering* são complexos porque envolvem inúmeras disciplinas e subdisciplinas de engenharia, arquitetura, economia, administração e mesmo previdenciário, entre outras. Mais do que ponto de influxo de diversas áreas do conhecimento, no entanto, o contrato de *engineering* é complexo porque o número de variáveis que influenciam a execução de seu objeto é relativamente grande, em comparação com contratos mais simples". Numa terceira perspectiva os contratos de infraestrutura podem ser caracterizados como complexos por estarem ligados em cadeia a dezenas ou centenas de outros contratos (fornecimentos relevantes e subcontratos de serviços) em decorrência da dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de domínio por uma única empresa das disciplinas necessárias à implementação do empreendimento. Como nos informam BRUNER e O'CONNOR (apud BRUNER, 2007, p. 12, tradução nossa): "A construção é um negócio de si complexo. (...) Mesmo em um projeto de complexidade média, pode haver de 5 a 15 empresas envolvidas no projeto. De 40 a 100 empresas podem ter estado envolvidas na construção. Muitas outras empresas fornecem materiais, serviços profissionais, e outros elementos necessários para a conclusão do projeto. Era efetivamente impossível reunir a soma do conhecimento necessário para construir uma instalação em um conjunto de planos e especificações".

¹⁰⁴ Neste sentido, referindo-se aos tribunais norte americanos, BRUNER nos informa: "Como outros campos altamente complexos da lei, o litígio de disputas de construção baseia-se fortemente para a prova do nexo de causalidade na opinião técnica de especialistas - um fato da vida que pode ser frustrante para os tribunais e hipnotizante aos júris - e elas muito freqüentemente resultam em registros factuais detalhados de processos que aparecem como algo "formidável" para a localização de detalhes e revisão junto aos juízes de apelação. Alguns juízes, sobrecarregados por suas cargas de trabalho judiciais, têm pouco tempo para casos complexos de construção; como discutido,

É a complexidade da relação jurídica que inviabiliza a aplicação direta do conceito tradicionalmente adotado em doutrina para o equilíbrio contratual e que impõe sua análise sob uma perspectiva dinâmica¹⁰⁵. É ela, também, que determina a impossibilidade de completude do regime de alocação de riscos dos contratos daquela espécie, permitindo apenas que se avance em níveis de concretude, num caminho de objetivação.

Podemos encontrar na doutrina mais difundida algumas menções a essa dificuldade em lidar com a equação econômico-financeira e o regime contratual de alocação de riscos em contratos públicos, mas sem a análise detalhada da matéria¹⁰⁶. Pela especificidade do regime jurídico incidente, ao tratar dos contratos de Concessões e de Parcerias Público Privadas os autores parecem mais sensíveis à questão¹⁰⁷. Ainda nesses casos em que os autores reconheceram a necessidade de desbravamento do tema sua análise não é desenvolvida para além das especificidades dos contratos de parceria e concessão.

alegam que os casos de construção invocam a "lei do mercado" em vez de uma "lei do tribunal" e são mais adequadas a serem resolvidos por árbitros experientes ou por outros métodos de resolução de litígios alternativos especializados. Tais pontos de vista ao longo dos anos têm levado a utilização de toda uma indústria de processos alternativos de resolução de litígios como a arbitragem, conselhos de revisão disputa, mediação" (BRUNER, 2007, p. 15-19, tradução nossa).

¹⁰⁵ Dinâmica não apenas no sentido de que o contrato pode sofrer desequilíbrio, devendo ser reequilibrado, mas também de que a própria equação pode ser alterada pelas circunstâncias do desenrolar do contrato. Encontramos uma análise do equilíbrio contratual sobre uma perspectiva dinâmica também em JUSTEN FILHO (2013, p. 200, nota 49): "foi anotada a possibilidade de uma equação econômico-financeira dinâmica, comportando variações ao longo do tempo em virtude das circunstâncias do empreendimento e do mercado".

¹⁰⁶ Assim, em Di Pietro lemos: "[no contrato administrativo] é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem *muitos riscos* decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução etc." (DI PIETRO, 2009, p. 276).

¹⁰⁷ Assim, em Marques Neto lemos a este respeito: "O princípio do equilíbrio econômico e financeiro nada mais é do que uma solução jurídica para alocação dos riscos inerentes ao contrato administrativo" (MARQUES NETO, 2008, p.71). Eugênia C. C. Marolla revela também a problemática da definição do conceito de equilíbrio econômico-financeiro: "Explicar a lógica do equilíbrio econômico-financeiro é de certo modo fácil e intuitivo. Entretanto, o seu conteúdo não pode ser definido de maneira genérica e abstrata, tampouco de forma apriorística" (MAROLLA, 2010, p. 41). A mesma lacuna foi identificada também, e mais claramente, por Karina H. Harb, ainda que no contexto dos contratos de concessão comum de serviço público: "Dita classificação [revisões contratuais ordinárias e extraordinárias] impõe aprofundamento de estudos para identificar riscos ordinários em relação àqueles abarcados na álea extraordinária (...). Destarte, vislumbramos juridicamente possível, a partir da interpretação sistemática do texto constitucional, divisão mais precisa entre as áleas [...ordinária e extraordinária] a fim de aclarar quais os desequilíbrios, delas advindos, que devem ser suportados por uma ou outra parte, a partir da catalogação, no contrato, dos riscos ordinários específicos àquela prestação, respeitados os ditames constitucionais, minimizando impasses futuros (...)" (HARB, 2012, p. 226).

É possível avançar além desse ponto. Entendemos, por um lado, que a delimitação do conceito de equilíbrio econômico financeiro pode ser ainda muito precisada, detalhada, para cada espécie contratual, em trabalhos acadêmicos criteriosos. Por outro, entendemos que justamente pelo fato de a equação contratual se definir em última instância no caso concreto, haverá bons e maus contratos no que se refere à clareza no estabelecimento do regime de alocação de riscos. É este trabalho de delimitação apriorística mais adequada do conceito que poderá diminuir a possibilidade de celebração de contratos falhos neste aspecto contribuindo para restringir as possibilidades de interrupção de obras e da corrupção que ocorrem no bojo dos processos de reequilíbrio contratual.

2.2. A equação econômico-financeira dos contratos de obra pública: custos diretos e indiretos e precificação de riscos

Reputa-se que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos refere-se à relação entre prestações do contratado e contraprestações do contratante, de acordo com o estabelecido na proposta vencedora do certame licitatório respectivo. Digamos que no instante da apresentação da proposta (ou do orçamento a que ela se referir) à prestação *A* corresponde, nos termos do orçamento vencedor, a contraprestação *B*.

Estas grandezas devem manter a mesma relação ao longo da vigência contratual, de modo que no tempo *t'* os valores de *A'* e *B'* sigam a mesma razão de proporcionalidade *K*. Destarte, poderíamos expressar a equação econômico-financeira de um contrato administrativo da forma que segue:

$$K = A/B = A'/B' = A''/B'' (...).$$

Para que seja mantida a razão da equação, variando um dos seus termos (denominador/numerador), o outro deverá ser corrigido por fator que garanta a manutenção da proporcionalidade. É o que se vem denominando reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

$$KB = A \rightarrow SE B' = B * X \text{ ENTÃO } A' = A * X \rightarrow KB' = A'.$$

Esta remuneração, no regime de empreitada por preço unitário, corresponde aos custos diretos de execução dos serviços, expressos nas Composições de Preço Unitário (CPU), somados ao percentual das despesas indiretas, expressos na composição dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), multiplicados pelo volume ou unidades de serviço. Podemos expressar o cálculo da remuneração do particular contratado, numa aceção global, da seguinte forma:

$$B = [S*(I+L+1)]*V,$$

onde chamamos S à soma dos custos diretos dos serviços executados, I ao percentual das despesas indiretas do empreendimento, L o percentual de lucro previsto e V ao volume global ou unidades totais dos serviços.

A distinção entre custos diretos e indiretos se deve a que a possibilidade de apropriação de custos encontra limites, sendo, destarte, impossível ou técnica ou economicamente indesejável, em determinados casos, indicar precisamente, para dados insumos indispensáveis à operacionalização do empreendimento, de que forma seus custos deveriam ser distribuídos ao longo do espectro de serviços constantes do objeto contratual.

É o caso, por exemplo, dos serviços de advocacia prestados a uma determinada obra. Ora, não é possível afirmar que o montante desta atividade deva ser reputado a tal ou qual item de serviço. Não obstante, trata-se de um custo do empreendimento, indispensável à sua consecução. É o caso também, por exemplo, dos salários do pessoal técnico - engenheiros, assistentes técnicos e pessoal de laboratório e topografia da obra etc. - dos alugueis de carros e imóveis, do combustível, das refeições, passagens e hospedagem, dos serviços de qualidade, segurança do trabalho e meio ambiente (QSMS), da assistência médica, dos correios, da segurança do canteiro, das contas públicas (telefone, água, luz etc.), da manutenção das instalações do canteiro, da assistência do escritório central da Contratada (jurídico trabalhista e cível, contabilidade, financeiro, planejamento, suprimentos, gestão de pessoas) etc.

Na prática, o que podemos observar é que a divisão entre custos diretos e indiretos goza de certa maleabilidade. Com efeito, é possível calcular com alguma segurança o custo global de um empreendimento a ser erigido com tecnologia razoavelmente conhecida. Contudo, os editais de licitação costumam trazer consigo limitação dos preços dos serviços concernentes ao objeto a ser contratado. Desta forma, serão apropriados como diretos os custos desta natureza até o limite admitido em edital. Todos os demais custos serão considerados custos indiretos. Este é, portanto, elemento indispensável à formação dos preços que constarão do contrato.

Além destes custos, mas normalmente de forma não declarada nos documentos da licitação, uma vez que tais valores não são usualmente admitidos pelos editais de obra pública, haverá contingenciamentos que comporão o preço final dos serviços para fazer frente à possibilidade de concretização de sobrecustos que se anteveem prováveis, isto é, contingenciamento de riscos.¹⁰⁸ Esses contingenciamentos, quando ocorrerem, serão alocados no BDI contratual (ainda que sob outras rubricas que não "risco"). Acobertando essa prática, parece existir entendimento pacificado no TCU no sentido de que uma proposta com percentual de BDI superior àquele adotado como referência pelos sistemas de preço oficiais não indica por si só irregularidade no orçamento apresentado¹⁰⁹ (CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, pp. 517-518).

A regularidade dos preços deve ser averiguada de acordo com seus valores globais (diretos e indiretos). Contudo, uma vez que sabemos que esta discriminação de valores é relativamente artificial e convencionada, a flexibilidade para a apresentação do percentual de BDI orçado nem sempre permite o contingenciamento adequado de valores para fazer frente a sobrecustos

¹⁰⁸ Com efeito, "Construtoras, ao receber uma solicitação de proposta, avaliam o custo da construção do projeto, e, conscientemente ou não, adicionam contingências para o risco. Se contingências não forem adicionadas, empreiteiros podem rapidamente sair do negócio" (HARTMAN e SNELGROVE, *apud* GIL, 2007, p. 82, tradução nossa). Vale, ainda, citar: "É inevitável que, para cada risco deslocado de um pólo para outro do contrato, surge uma correção financeira. Quando empreiteiros passam a ser responsáveis por contingências em seu preço de licitação, em função de uma mudança na alocação de riscos, o contratante terá que pagar por este risco, se materialize ele ou não" (YAU e CHAN *apud* GIL, 2007, p. 83, tradução nossa).

¹⁰⁹ Como observamos, por exemplo, no seguinte trecho do Acórdão 1804/2012-TCU-Plenário, Relator Min. Marcos Bemquerer: "somente desclassifique proposta de licitante que eventualmente tenha apresentado BDI em percentual superior àquele informado em Acórdão desta Corte, após completa análise do preço global ofertado, dado que o excesso de cobrança do BDI pode ser compensado pelo custo de serviços e produtos" (*apud* CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 518).

decorrentes da confirmação de riscos que se vislumbram quando da contratação. Esses contingenciamentos continuam limitados pelos preços dos sistemas de referência oficiais¹¹⁰.

2.3. A limitação dos preços no mercado de infraestrutura pública e o contingenciamento de riscos

O estabelecimento de limites de preços pelo Estado tem ocorrido em diversos mercados e em distintas épocas¹¹¹. Quando da adoção de políticas desta natureza, tem-se identificado distorções nos mercados afetados¹¹². No caso do mercado de engenharia a distorção parece tomar formas distintas: a fuga da legalidade¹¹³, a impossibilidade de realização dos negócios (licitações desertas)¹¹⁴ e o fracasso de licitações, quando não acorrem interessados ao certame. Para isso concorre o fato de que a opacidade que encobre a alocação contratual de riscos em decorrência das limitações impostas pelos sistemas oficiais de preço impede que se enxergue a equação econômico-financeira real do contrato de obra pública¹¹⁵.

¹¹⁰ Se os custos diretos e indiretos somados às reservas de contingências forem superiores ao preço-teto do órgão licitante é de se esperar que a empreiteira, caso tome por base critérios meramente econômicos (e não políticos) em sua decisão, opte por não participar do certame. É o que talvez explique em parte casos de licitações desertas.

¹¹¹ Como nos informam SAMUELSON e NORDHAUS quanto à realidade norte americana (SAMUELSON e NORDHAUS, 2004, p. 62).

¹¹² Assim, "O estabelecimento de preços máximos e mínimos no mercado tende a produzir efeitos econômicos surpreendentes, às vezes perversos" (SAMULSON e NORDHAUS, 2004, p. 62-64). Também KRUGMAN e WELLS nos advertem quanto às distorções oriundas do estabelecimento de preços-teto, de modo que "quando o governo tenta controlar preços, seja controlar para baixo impondo um teto para os preços ou para cima impondo um piso para os preços, ocorrem certos efeitos colaterais previsíveis e desagradáveis" (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 72).

¹¹³ "Além de ineficiência, controle de preços dão origem a comportamento ilegal, na medida em que as pessoas tentam burlar os controles" (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 74).

¹¹⁴ Destas tendências, a mais marcante é a fuga da legalidade: "A história tem mostrado que as formas legais e ilegais de burla dos controles de preços aumentam com o passar do tempo, e as ineficiências por fim se sobrepõem a quaisquer impactos favoráveis (...). (...) Quando os governos interferem na oferta e demanda, os preços não preenchem mais a função de racionar. Desperdício, ineficiência e reclamação acompanham a interferência" (SAMULSON e NORDHAUS, 2004, p. 64).

¹¹⁵ "Os sistemas de acompanhamento de custos capturam de modo rígido uma realidade mutável. Tais sistemas comportam categorias diversas de obras e apontam as diferenças regionais. Mas é muito problemático padronizar informações que refletem características qualitativas diferenciadas e circunstâncias variáveis. Ou seja, é muito problemático identificar obras e serviços de engenharia

No mercado de infraestrutura pública o marco regulatório delinea-se justamente nos mecanismos de contratação das obras públicas. Trata-se, com efeito, de mercado em que o Estado é o grande consumidor direto dos produtos ofertados e é também o ente responsável por sua regulação. Os sistemas oficiais de preço, como o SICRO e o SINAPI, são a forma que o controle de preços toma neste setor.

O motivo político para a adoção desse mecanismo de controle de preços no setor de infraestrutura é a tentativa de afastar a subida abusiva dos preços decorrente da formação de cartel e outras práticas anticompetitivas. A adoção do controle prévio de preços, contudo, é polêmica, uma vez que outros mecanismos de controle de distorções de mercado deveriam ter precedência sobre o controle de preços, dada a gravidade e as implicações negativas deste sobre a economia¹¹⁶. Com efeito, existem mecanismos que podem ser exercidos *a posteriori* para o controle desses abusos, quando verificados, e esta é a regra adotada pela Constituição¹¹⁷.

executados em locais diferentes, com características próprias e inconfundíveis" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 169).

¹¹⁶ "É que tem amplo curso na teoria econômica e entre seus tradutores jurídicos a tese de que a interferência estatal no preço de bens e serviços não promove a justiça social nem protege efetivamente o consumidor, antes pelo contrário: reduz o investimento pelas empresas, diminui a oferta de emprego e torna desinteressante a produção de determinados produtos ou a prestação de serviços" (BARROSO, 2001, p. 210). Com efeito, seguindo o que propõe BARROSO, os mecanismos de intervenção do Estado na economia devem passar por dois crivos principais antes de serem considerados conformes ao sistema constitucional: em primeiro lugar, não devem atingir o núcleo fundamental dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência; em segundo, devem estar de acordo com o princípio da razoabilidade. A avaliação da razoabilidade, em fórmula amplamente difundida, submete-se a três filtros interpretativos: adequação entre meios e fins; inexistência de mecanismos menos gravosos que alcancem o mesmo fim; e proporcionalidade em sentido estrito. O estabelecimento de preços teto no setor da infraestrutura, ainda que sob a justificativa do controle sobre a subida abusiva de preços decorrente da formação de cartel, não passa pelo segundo daqueles filtros mencionados. É o que depreendemos da seguinte lição de BARROSO (2001, p. 208): "Note-se que a *situação de normalidade* a que se fez referência não exclui, por natural, a possibilidade episódica da prática de ilícitos contra a ordem econômica. Diante de algum indício de conduta infratora ou anticoncorrencial, podem ser deflagrados os mecanismos próprios de apuração, mediante devido processo legal, e, se for o caso, de punição. Em situações normais, o controle estatal em matérias de preço de produtos e serviços será sempre *posterior* à verificação de práticas abusivas ou anticoncorrenciais, assegurados os direitos fundamentais à ampla defesa e ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)".

¹¹⁷ "Adotar, portanto, uma política que altere a livre fixação dos preços pelas forças de mercado – sem que se esteja diante de uma deterioração tal do mercado que esta seja a única medida capaz de restabelecer a livre iniciativa e a livre concorrência – importa em última instância, a deturpação do modelo instituído pela Constituição de 1988. *Em outras palavras: em condições regulares de funcionamento do mercado concorrencial, não é possível a intervenção estatal que elimine a livre iniciativa e a livre concorrência – de que é exemplo a supressão da liberdade de fixação dos preços -, seja qual for o fundamento adotado para a medida*" (BARROSO, 2001, p. 206).

Além disto, a medida que deveria ter caráter temporário e servir à correção pontual de distorções de mercado, no setor de infraestrutura pública é prática perene, que anteriormente encontrávamos estabelecida nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e hoje encontramos em Decreto presidencial.

Quanto aos efeitos do controle de preços nos contratos de obra pública, sua eficácia parece limitada e acaba por empurrar as empresas para a fuga da legalidade, buscando alternativas informais para assegurar a viabilidade financeira e o lucro desejado no empreendimento, o que pode ocorrer através dos reequilíbrios contratuais. Ocorre que a limitação imposta pelo controle de preços impede o contingenciamento de despesas relativas aos riscos da contratação, que variam amplamente de acordo com o objeto contratado.

Segundo postulamos neste estudo, a equação anteriormente delineada para a caracterização dos custos do particular contratado para a execução de obra pública não está completa. Com efeito, quando do levantamento dos custos de empreendimentos de engenharia, além daqueles retro mencionados, o orçamentista deve considerar também, junto aos custos diretos e indiretos, os contingenciamentos¹¹⁸ (que poderão, eventualmente, ser substituídos pela contratação de seguros).

Os contingenciamentos são reservas financeiras para utilização no caso de confirmação de ocorrência de fatores de risco. Por risco entende-se a possibilidade de incidência de aspectos externos à relação contratual sobre a economia do contrato, neste caso com efeitos negativos¹¹⁹. Se a possibilidade de incidência de tais aspectos não puder ser prevista, não se poderá falar de risco, mas do imponderável. Se a incidência de tais fatores é certa tampouco falaremos de risco, mas de interferência que afetará a produtividade considerada quando do planejamento inicial do empreendimento.

¹¹⁸ Por isso, quanto maiores os riscos a que o particular estiver maior será a remuneração por ele esperada. Assim, "É fundamental tomar em vista que a ampliação de responsabilidade do particular produz um efeito inafastável de elevação da remuneração a ele devida. Se o particular assumir os encargos por eventos incertos, isso se refletirá nos preços exigidos" (JUNTEN FILHO, 2013, p. 201).

¹¹⁹ NOBREGA, apesar de apontar a dificuldade do delineamento único para a definição de risco, elenca três elementos como seus caracterizadores fundamentais: "o evento que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo e, por fim, o impacto que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco" (NOBREGA, 2009, p. 3).

Podemos representar a equação anterior, considerando este novo fator, da seguinte forma:

$$B = [S*(I+L+1)]*V + C,$$

onde C corresponde aos contingenciamentos. Os contingenciamentos podem ser calculados por distintas metodologias. Uma delas se dá pelo produto do impacto causado pela incidência do risco (I), caso se confirme, e a probabilidade de sua ocorrência (P), na forma seguinte:

$$C = I*P.$$

Esta operação deve ser repetida para cada um dos riscos identificados, gerando previsões de contingenciamento parciais que resultarão no montante a ser incluído em orçamento a este título¹²⁰:

$$C_a = I_a * P_a; C_b = I_b * P_b... C_n = I_n * P_n \rightarrow C = \sum(I_i * P_i).$$

Tanto o impacto gerado pela confirmação do risco como a sua probabilidade de ocorrência poderiam ser levantados por dados estatísticos¹²¹. Contudo, o levantamento de tais informações é difícil para determinados casos ou mesmo inviável, dadas as peculiaridades de certos empreendimentos¹²². O que costuma ocorrer é que numa análise de risco prévia à contratação de obra esses valores são dimensionados de acordo com a experiência de profissionais de diversas áreas, num processo de *brainstorming* interdisciplinar, inevitavelmente carregado de alguma subjetividade, ainda que uma subjetividade qualificada, isto é, baseada no *feeling* daqueles profissionais gabaritados.

¹²⁰ Encontramos demonstração semelhante em BAETA, 2014, p. 2.

¹²¹ Quanto a isto, ver, por exemplo, *Calculando contingências em orçamentos de obras públicas utilizando Simulações de Monte Carlo (...)*, de André Pachioni Baeta, 2014. Não vem ao caso a análise e aprofundamento na demonstração matemática desse procedimento de cálculo, mas o fato é que apesar de sua utilização parecer adequada apenas à avaliação de alguns dos riscos que tem lugar na execução de um empreendimento de infraestrutura fica demonstrada a existência de parâmetros consistentes para a avaliação dos montantes a serem contingenciados quando da orçamentação da obra.

¹²² Nesse sentido: “Esse tipo de abordagem tem como limitações a subjetividade da análise e a dificuldade de serem obtidos dados históricos para estimar tanto a probabilidade quanto o impacto de cada risco. Também considera apenas um cenário entre os diversos possíveis” (BAETA, 2014, p. 2).

Poder-se-ia afirmar que a garantia inscrita na alínea “d”, inc. II, art. 65, da Lei Federal nº 8.666/93, exclui os riscos que gerariam contingenciamentos, uma vez que protege o contratado contra a “álea extraordinária e extracontratual”. Contudo, os fatores de que aqui tratamos (sujeitos a contingenciamento), que denominamos riscos do negócio, constituem a álea ordinária do contrato, de modo que não poderá ser objeto de reequilíbrio caso venham a se confirmar distorções na economia do empreendimento em função deles.

2.4. Álea ordinária, álea extraordinária

A doutrina costuma tratar a problemática dos riscos relacionados aos contratos administrativos valendo-se do conceito de *álea*. Áleas são eventos capazes de alterar as circunstâncias em que foram celebrados os contratos. Quando se trata de eventos previsíveis, denomina-se a álea de ordinária, cujos efeitos, então, serão suportados pelo contratado; quando são imprevisíveis, denomina-se álea extraordinária, cujos efeitos serão suportados pelo contratante público. A álea extraordinária poderia ser classificada como econômica ou administrativa e, neste último caso, nas modalidades de alteração unilateral, fato do príncipe e fato da administração (FRANÇA, 2011, pp. 72 e ss.).

Ocorre que esta classificação usualmente empregada pela doutrina não traça linhas claras que determinem o que são áleas ordinárias e o que são áleas extraordinárias. Com efeito, a imprevisibilidade, neste caso, não é conceito de valor absoluto, mas sujeito às contemporizações da razoabilidade (GIL, 2007, pp. 68-69). Podemos afirmar que a garantia legal acima retratada é pouco objetiva nos termos em que costuma ser empregada, não permitindo, *a priori*, determinar o que seriam fatores imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis no decurso da execução de contratos administrativos e quais são aqueles outros fatores que configuram mera álea ordinária. São utilizados, de fato, conceitos jurídicos indeterminados.

Desta forma, o que a lei faz é criar um *standard* de proteção, sem definir o que se encontra ali abarcado. Esse *standard* legal variará de acordo com o regime

contratual adotado. Não será o mesmo quando se trate de empreitada por preço unitário, empreitada global, empreitada integral ou contratação integrada. A definição da matéria se dará, porém, em sede contratual. São os termos do contrato que distribuirão os riscos entre contratante e contratado e tornarão mais claros, destarte, quais fatores incidentes sobre o contrato deverão ser tidos por imprevisíveis ou de efeitos imprevisíveis para fins de reequilíbrio e quais aqueles que deverão ser suportados pelo particular por tratarem-se de riscos naturais do negócio.

Veja-se, por exemplo, a seguinte cláusula contratual de que se tem notícia, arrolada dentre as obrigações da contratada, em **avença** de empreitada por preço unitário: a contratada está obrigada a “providenciar e manter atualizada todas as licenças e alvarás junto às repartições competentes, necessárias à execução dos serviços objeto do presente contrato”¹²³.

É evidente que a inclusão de determinação contratual de tal natureza implicaria em maior assunção de risco pelo particular contratado, que terá de suportar os ônus decorrentes de eventual atraso na obtenção de determinadas licenças indispensáveis ao início das atividades contratadas e que, não existente tal cláusula, seriam de obrigação da contratante, recaindo sobre ela, portanto, eventuais danos a elas relacionados.

É dizer, neste caso, ônus decorrentes de atrasos na obtenção, por exemplo, de licença ambiental de instalação não poderão ser arguidos para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em questão. Com efeito, consciente da determinação constante em contrato, este risco deveria ter sido objeto de contingenciamento pelo particular quando da elaboração do orçamento apresentado na licitação.

¹²³ As cláusulas contratuais ou editalícias eventualmente utilizadas nesta pesquisa poderão não ter suas fontes citadas em decorrência da obrigação de sigilo a que o pesquisador está obrigado por dever profissional ou a determinação expressa constante do próprio Contrato. Ainda que dispositivos contratuais desta espécie sejam questionáveis quanto a sua legalidade e constitucionalidade, uma vez que parecem afrontar o princípio da publicidade, uma das linhas mestras a guiar a atuação da Administração, conforme determinação Constitucional constante do art. 37 da CRFB/1988, não adentraremos a questão, com vistas à melhor delimitação do objeto de pesquisa. Em todo caso, tais exemplos serão utilizados apenas quando considerados dignos de generalização, e, portanto, representatividade, sendo, destarte, recorrentes em contratos da espécie, o que elimina, metodologicamente, a necessidade de explicitação da fonte.

O que se defende é que, como no exemplo, é possível conferir maior caráter de objetividade à avaliação da imprevisibilidade dos fatores levantados quando da solicitação do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente no caso de obras públicas, permitindo a proposição de um protocolo de avaliação do equilíbrio desses contratos. Solicitado o reequilíbrio, deve-se questionar se o fator arguido como justificativa para tanto deveria ou não ser objeto de contingenciamento quando da elaboração do orçamento do empreendimento. Em caso positivo, não caberá, *a priori*, reequilíbrio; em caso negativo, o contrato deverá ser reequilibrado.

Contudo, no caso de obras públicas, em que não se tem verificado o estabelecimento de regimes objetivados de locação de riscos e, por outro lado, existem sistemas de limitação de preços que condicionam o contingenciamento de valores, a aplicação de tais mecanismos gera distorções. O mais adequado, na verdade, seria que esses contingenciamentos fossem explicitados em proposta. Para tanto, seria necessário que acompanhasse o contrato uma matriz objetiva de riscos¹²⁴, no sentido que parecem apontar as parcerias público-privadas e, mais recentemente, a contratação integrada.

A questão a ser suscitada passa a ser, então, a da economicidade. Estes contingenciamentos representariam ofensa a esse princípio? A análise da economicidade de obra pública não pode considerar apenas o valor global do contrato, deve considerar, também, entre outras coisas, o custo de oportunidade decorrente do atraso na consecução do objeto contratado (decorrente, por exemplo, do abandono da obra pelo particular ou da diminuição de sua capacidade de ação), cujo regime de ocorrência e agravamento parece aumentar proporcionalmente à opacidade do regime de alocação de riscos do contrato.

¹²⁴ Nesse sentido, Marçal Justen Filho, após tratar do equilíbrio econômico-financeiro como usualmente fazem os autores versados na matéria (na forma que descrevemos neste trabalho) faz a seguinte ressalva: “As considerações anteriores não afastam a necessidade de que o edital discipline do modo mais preciso e exato possível a alocação dos riscos. A omissão de disciplina e a submissão do tema à regra geral do inciso I do § 4º do art. 9º acarretará problemas e controvérsias indesejáveis. O ideal é estabelecer uma disciplina exata, que permita ampla transparência e previsibilidade no tocante ao tema” (JUSTEN FILHO, 2013, pp. 202-203, *grifamos*).

Quanto a isso, basta observar que em estudo da Confederação Nacional da Indústria¹²⁵, em que se avalia o custo de oportunidade (estagnação do valor já investido e perdas econômicas relacionadas à indisponibilidade dos objetos em execução para os agentes econômicos das regiões afetadas pelas obras) decorrente do atraso na execução de apenas seis dos empreendimentos de infraestrutura incluídos no Programa de Aceleração do Crescimento, calcula-se que seu valor chega aproximadamente a R\$ 28 bilhões.

É preciso, portanto, observar “que indisponível é o *interesse público primário*, não o *interesse da Administração*” (GRAU, 2011, p. 305). Assim, o atendimento ao interesse público primário requer que a contratação de particulares não tenha por critério apenas a obtenção da menor proposta, independentemente das consequências.

Ainda que a exequibilidade do empreendimento seja alcançada em hipótese, a ausência de alocação objetiva dos riscos terá as consequências descritas neste trabalho. Para a alocação objetiva dos riscos, contudo, é necessário que a cada risco alocado ao particular lhe seja facultado o contingenciamento respectivo, ainda que tais valores sejam objeto de desconto quando da concorrência pela contratação.

Isto nos remete à distinção entre interesse público primário e secundário ou interesse meramente financeiro da Administração que encontramos em C. A. Bandeira de Mello quando nos lembra que “os interesses do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos” (MELLO, 2012, p. 67).

2.5. Riscos nos contratos de obra pública

2.5.1. Aspectos informadores dos riscos em contratos de obra pública

¹²⁵ Ver *Atraso em seis obras do PAC provoca perda de R\$ 28 bilhões* (OTTA, 2014, *passim*) e *Atraso na execução de seis obras do PAC causa prejuízo de R\$ 28 bilhões* (FLORES, 2014, *passim*).

Não é possível uma definição completa do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de obra pública feita aprioristicamente, sem base em substrato contratual real. O equilíbrio contratual irá se definir de acordo com o conteúdo de cada contrato, complementado e interpretado pelas determinações do regime jurídico aplicável. Mas quais seriam, afinal, os elementos básicos do equilíbrio contratual? Defende-se que este equilíbrio é formado não apenas pelas prestações diretas e indiretas do contratado e a remuneração estabelecidas pela avença, mas também pela matriz de riscos que fica ali delineada.

É possível identificar estes riscos, analisando-os qualitativamente e, por vezes, quantitativamente, bem como prever medidas mitigadoras e contenção de reservas para eventuais sobrecustos, para a diminuição de incertezas e aumento das chances de sucesso na execução do contrato, prestigiando, desta forma, tanto os interesses do particular contratante, como o interesse público primário atendido pelo objeto da avença.

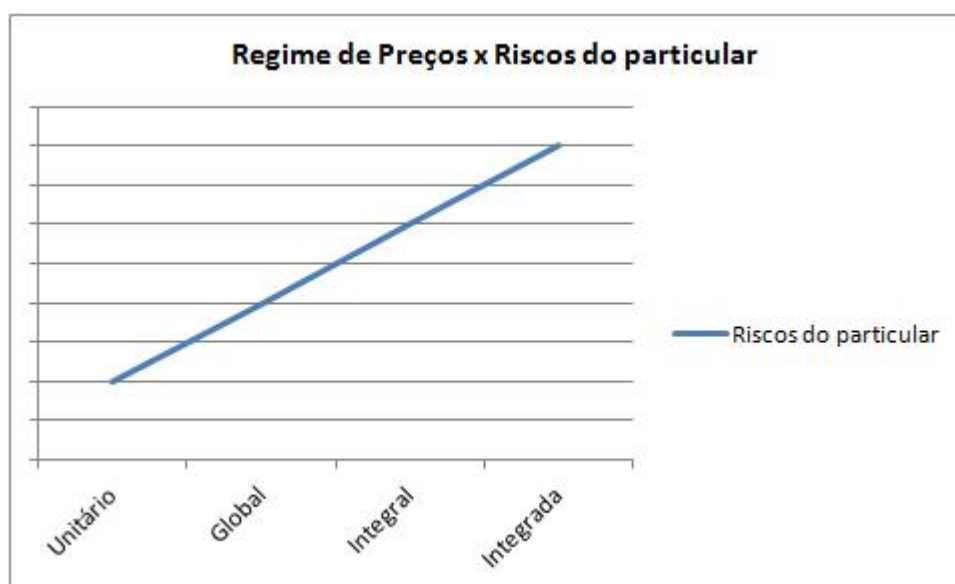
Podemos identificar quanto aos contratos de obra pública uma série (não taxativa) de aspectos informadores de seus riscos, relacionados ao regime jurídico a eles aplicável, e que merecem ser considerados. Essas condicionantes dão forma às possibilidades de alocação de riscos no contrato. Algumas destas questões são genericamente relacionadas aos contratos administrativos, outras têm um enfoque aplicável apenas à categoria das obras públicas.

a) Regime de preços

O primeiro desses aspectos informadores dos riscos em projetos de infraestrutura pública está relacionado ao regime de preços estabelecido em contrato (GIL, 2007, p. 81). A matriz de riscos do contrato de obra pública terá sua configuração profundamente condicionada pela opção por um regime de preços unitário, global ou empreitada integral, segundo as possibilidades franqueadas pelo inc. VII, art. 6º, da Lei nº 8.666/93, ou ainda na modalidade contratação integrada, prevista pela Lei nº 12.462/11.

Na ordem indicada (unitários, global, integral e integrada), há uma tendência à transposição de riscos da Administração para o particular contratado. As possibilidades de reequilíbrio tendem a diminuir, enquanto, ao menos em teoria,

a liberdade do particular tanto na apresentação dos preços como durante a execução do contrato aumentaria. Assim, por exemplo, variações de quantitativo de serviço no regime de preços unitários representariam um argumento forte em favor do reequilíbrio, enquanto na contratação integrada não. No mesmo sentido, os contratos a preço unitário tendem a ter maior facilidade na flexibilização do prazo, enquanto a contratação integrada é mais rígida neste aspecto.



b) Remuneração dos custos indiretos

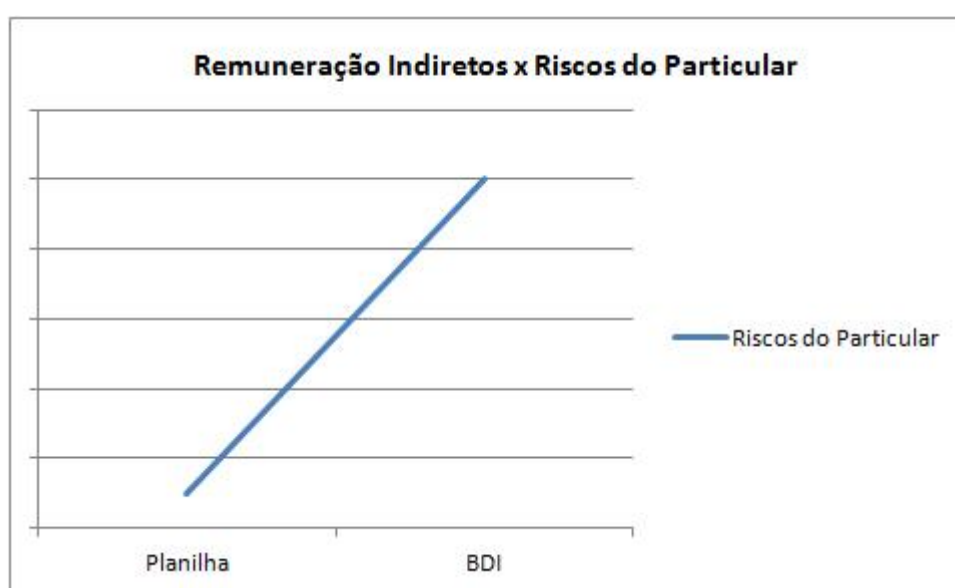
O mecanismo utilizado para a remuneração dos custos indiretos terá profundas repercussões sobre a alocação de riscos. Será diferente o risco do empreendimento quando estes custos (especialmente de administração local e central da obra) forem remunerados por rubrica constante do percentual de BDI aplicável sobre o faturamento ou através de item específico incluído na planilha de quantidades e preços do contrato¹²⁶.

No caso de alteração do prazo da obra esta questão definirá as dificuldades para o deferimento do reequilíbrio quanto a sobrecustos administrativos. Se a administração da obra for remunerada via BDI, no reequilíbrio, além da definição quanto a quem estava alocado o risco relativo ao evento que implicou o descumprimento do prazo anteriormente acordado, deverão

¹²⁶ Planilha de quantidades e preços é a matriz que expõe de maneira analítica o orçamento de determinada obra. Nela se encontram inscritos a denominação dos serviços constantes do escopo contratual, o seu preço unitário e o volume ou quantidade (a depender da natureza do serviço) a ser executado no empreendimento.

ser estabelecidos os parâmetros de sua quantificação (se custos reais, média contratual mensal ou outro) bem como a natureza dos documentos probatórios (documentos fiscais ou meramente de comprovação da ocorrência da interferência). Se, por outro lado, a administração constar dos itens de planilha, o cálculo do reequilíbrio poderá se dar por simples multiplicação do valor unitário pelo número de meses aditados.

Assim, quanto mais custos são retirados da planilha contratual e alocados em rubricas do BDI maiores os riscos do particular contratado.



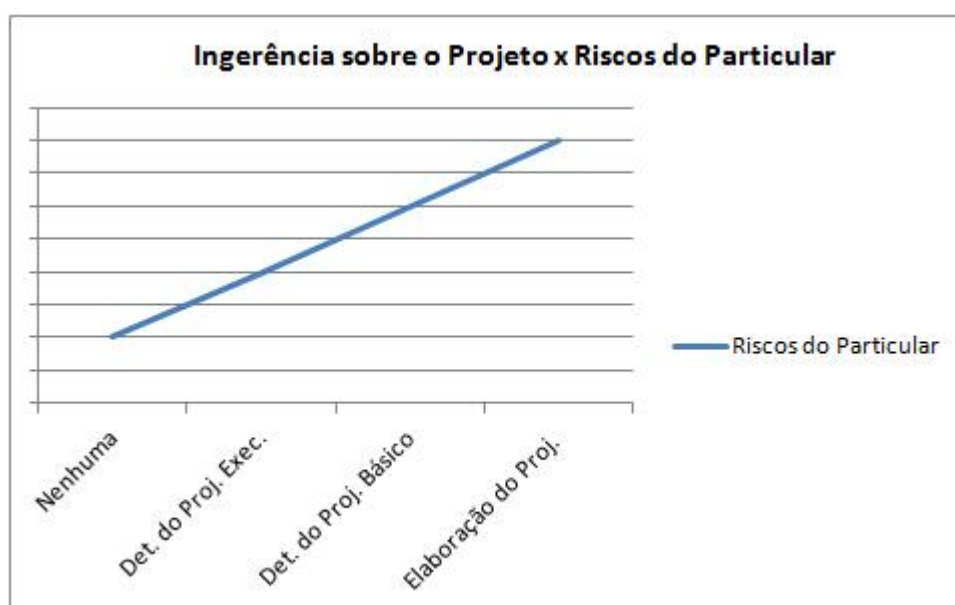
c) Ingerência sobre o projeto

A liberdade do contratado para elaborar ou modificar os projetos apresentados pela Administração terá impacto sobre a alocação de riscos. A inclusão no escopo do contrato do projeto de engenharia para o empreendimento, como ocorre na modalidade contratação integrada¹²⁷, ou de seu detalhamento, o que pode ocorrer, ainda que de forma restrita, nas outras modalidades, ao alterar o

¹²⁷ Nesse sentido: "O aspecto fundamental reside em que a contratação integrada caracteriza-se pela ausência de disciplina prévia por parte da Administração relativamente às soluções técnicas e econômicas. Há uma margem de autonomia relevante para que o particular conceba a metodologia de execução do objeto. A margem de autonomia reconhecida ao particular delimita a extensão dos riscos por ele assumidos. Tal como acima exposto, a ausência de produção de projetos básico e executivo por parte da Administração condiz à assunção pelo particular dos riscos correspondentes às soluções escolhidas. Reiterando-se a fórmula anteriormente utilizada, o particular assume o poder jurídico de delinear as soluções necessárias e adequadas para executar o objeto. Mas isso significa o dever de arcar com os efeitos das próprias escolhas. Portanto, a alocação dos riscos na contratação integrada é própria e peculiar em vista da modelagem contratual" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 201).

conhecimento e domínio do contratado sobre o empreendimento, aumenta consideravelmente seu dever de diligência.

Desta forma, se não atuar sobre o projeto o risco do particular será reduzido, mas aumentará no seguinte sentido: detalhamento de projeto executivo; detalhamento de projeto básico e elaboração de projeto a partir de anteprojeto de engenharia. Desta forma, quanto maior a ingerência do particular sobre o projeto, maiores os riscos a que estará sujeito.



d) Limitações à liberdade de contratação

Tem-se notícia de entendimentos pretorianos¹²⁸ e doutrinários¹²⁹ que apontam no sentido de reconhecer nos contratos administrativos um caráter adesivo, havendo um longo debate acerca das dimensões da liberdade de contratação dos particulares envolvidos nessa espécie de contratos, como historicizado por Tanaka (2007, pp. 16-48).

¹²⁸ Em jurisprudência podemos encontrar decisões que caminham no seguinte sentido: “Como se sabe, o contrato administrativo é de adesão, elaborado unilateralmente, sem a participação ou discussão de suas cláusulas com o administrado vencedor da licitação”, Superior Tribunal de Justiça, Resp. Nº 1.306.350 – SP (2011/0192981-9), Rel. Min. Castro Meira, j. 17/09/2013, (BRASIL [t], 2015).

¹²⁹ Em doutrina, encontramos, por exemplo, em Maria Sylvia Z. di Pietro (2009, p. 267) tópico específico tratando da questão (“Contrato de adesão”), constante da seção que trata do “Contrato Administrativo”, em que se lê: “Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. (...) a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta pela Administração”.

Nesse sentido, uma acentuada restrição à liberdade do particular contratante parece emergir da norma do artigo 40, § 2º, da Lei nº 8.666, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente "a minuta do contrato a ser firmado entre a administração e o licitante vencedor". Com isto, fica a minuta sujeita ao princípio da vinculação ao edital. O contratante poderia apenas alterar os preços dos serviços¹³⁰, no caso das licitações sujeitas ao critério de menor preço e, além disto, a metodologia construtiva, no caso de licitações sujeitas aos critérios de preço e técnica. É o que se observa de cláusula normalmente incluída nos editais de certames licitatórios e que pode ser representada ilustrativamente na seguinte fórmula:

"A licitante deverá examinar detidamente as disposições contidas neste Edital e seus Anexos, pois a simples apresentação da PROPOSTA DE PREÇOS submete a licitante à *aceitação incondicional* de seus termos, *independente de transcrição*, bem como representa o conhecimento do objeto da licitação, *não sendo aceita alegação de desconhecimento de qualquer pormenor*" (BAHIA, 2014, p. 43, item 19.4, grifamos).

As restrições na liberdade de estipulação das cláusulas contratuais alteram substancialmente a alocação dos riscos relacionados à contratação de obras públicas. Isto ocorre uma vez que essa questão deveria determinar como estes contratos devem ser interpretados. Assim, quanto menor a influência do particular sobre os termos da contratação, menores deveriam ser os riscos que lhe são imputados e vice-versa.

¹³⁰ Nesse sentido, "verifica-se também inexistir a liberdade absoluta para o particular que contrata com a Administração, haja vista que esta é quem estabelece o conteúdo do contrato, enquanto aquele participará apenas de alguns itens – como preço, por exemplo. [...] O contratado não tem, em princípio, a liberdade de dissentir a respeito das condições do contrato; só pode aceitá-las ou rechaçá-las, prevalecendo sempre o interesse público sobre os interesses privados. Não se pode dizer, portanto, que existe o princípio da autonomia da vontade nos contratos administrativos, pois nem o particular e tampouco a Administração Pública têm a liberdade necessária e existente nos contratos de direito privado" (TANAKA, 2007, pp. 42-43).



A realização prévia de audiências públicas, a fase de perguntas e respostas e a possibilidade de apresentação de impugnações nos procedimentos licitatórios parecem, de início, relativizar a limitação da liberdade de contratar típica dos contratos administrativos. Quanto a estes mecanismos de atuação dos licitantes sobre a condução da contratação pública, contudo, alterações substanciais daí decorrentes exigiriam provavelmente nova abertura de prazo para que os licitantes reelaborassem seus estudos de orçamentação. Talvez por isso, os órgãos licitantes parecem apenas considerar as observações dos licitantes particulares quando se trata de erros materiais na elaboração do edital, como no caso de erros de digitação ou em operações matemáticas simples nas planilhas contratuais. Contudo, quando arguidas questões fundamentais que exporiam o inadequado planejamento da Administração na elaboração da concorrência, as respostas costumam ser sucintas e indicar que ficam mantidos os termos do Edital.

Ademais, não parece ser razoável pensar que os particulares, no curto período disponibilizado para a análise dos documentos da licitação, entre a publicação do Edital e a apresentação das propostas, poderiam realizar um estudo pormenorizado de todos os seus aspectos. A Administração, por outro lado, goza de todo o tempo que entender necessário para a elaboração de tal documentação.

Desta forma, é certo que a fase de perguntas e respostas tem efeito mitigador quanto à limitação de liberdade própria dos contratos administrativos, o que deve ser considerado quando da interpretação dos termos do contrato.

Contudo, esse efeito é relativo e deve ser entendido como tal. Deverá ser considerado de forma mais decisiva quanto a erros grosseiros nos documentos editalícios, mas o fato é que a Administração não se veria, em qualquer caso, obrigada a corrigi-los, não sendo de surpreender que ainda quando admoestada nesse momento da licitação restringisse-se a contestar que os termos do Edital estavam mantidos.

e) Alterações contratuais

A insegurança jurídica quanto a determinados aspectos dos contratos de obra pública são também condicionantes *a priori* da alocação de riscos e das possibilidades de sua objetivação. É o caso do limite percentual às alterações contratuais. Apesar das reiteradas análises sobre a matéria realizadas pelos órgãos de controle, tendo por aresto paradigma a Decisão 215/1999-TCU-Plenário¹³¹, assim como pela jurisprudência e pela doutrina, não há critérios de todo precisos para a definição dos limites de aditamento dos contratos administrativos, especialmente no caso das obras públicas. Mesmo com a construção das figuras das alterações quantitativas e qualitativas, submetidas a regimes distintos, não foi encerrada a questão. Com efeito, recai a matéria, mais uma vez, na análise da previsibilidade ou não das circunstâncias que recomendam o aditamento contratual¹³², voltando ao campo de incerteza interpretativa.

f) Fiscalização e desconstituição dos próprios atos

Outro aspecto que dá forma aos riscos nos contratos de infraestrutura, no que concerne à insegurança jurídica, é a não exclusão de responsabilidades do contratado mesmo com a fiscalização e acompanhamento do empreendimento pelo contratante ou por representante seu, na forma estabelecida pelo art. 70 da Lei n° 8.666/93, o que acaba facultando à Administração a desconstituição de seus próprios atos, sem ressarcimento prévio de danos daí decorrentes. A atuação da

¹³¹ Nessa decisão encontramos que “tanto as alterações contratuais quantitativas (...) quanto as qualitativas (...) estão sujeitas aos limites preestabelecidos (...) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais (...) é facultado à administração ultrapassar os limites (...) desde que (...)” não acarrete encargos superiores a uma rescisão e nova licitação; “não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado”; “decorrer de fatos supervenientes”; “não ocasionar a transfiguração do objeto” (BRASIL [z], 2015).

¹³² A este respeito, entre outros, ver MELLO, 2005, *passim*; DALLARI, 2005, *passim*; GUIMARÃES, 2003, *passim*; SUNDFELD e CAMPOS, 2012, *passim*; e CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, pp. 44-49.

Administração deve ser interpretada, neste caso, segundo o princípio da boa-fé objetiva, como meio de mitigação deste risco.

O que se tem visto é que até mesmo Termos de Recebimento Definitivo, que pretendem ter natureza de quitação de dívidas, tem sido revistos, inclusive por determinação dos Tribunais de Contas, como ocorrido, por exemplo, no Acórdão n. 2174/2013–TCU–Plenário (BRASIL [x], 2015). Os impactos destes precedentes sobre os riscos assumidos pelo particular ao firmar um contrato de obra pública e entregar seu objeto são no sentido da diminuição da segurança jurídica no trato com a Administração.

g) Prazo do empreendimento e penalidades contratuais

Outra condicionante relevante dos riscos contratuais, ademais, são as penalidades aplicáveis no curso da execução do contrato, especialmente as relativas ao cumprimento do prazo do empreendimento. Quanto a isto, pode haver certa dificuldade em observar que as penalidades contratuais são um dos riscos do contrato: ao serem aplicadas apenas quando da ocorrência de um ilícito contratual, não poderiam jamais ser precificadas no orçamento apresentado em licitação. Contudo, é comum, por exemplo, que um particular firme um contrato de infraestrutura já sabendo de antemão que o prazo inicialmente estipulado pelo contratante dificilmente poderá ser cumprido e, neste caso, o risco de aplicação de multa poderá ser considerada na elaboração do preço (ainda que não explicitado em proposta).

O perdão de uma penalidade, a sua não aplicação, nestes casos, representará uma distorção contratual que favorecerá o contratado. Por outro lado, a aplicação da penalidade pecuniária, friamente considerada, pode ter reflexos negativos sobre o empreendimento, inviabilizando-o, por exemplo, por tornar o contratado insolvente, retirando-lhe o fôlego econômico para o cumprimento de suas obrigações contratuais, indo de encontro ao interesse público primário consubstanciado na obtenção tempestiva do objeto contratado.

A questão é agravada pelo fato de que os prazos (final e intermediários por etapas) inicialmente determinados em contrato, a cujo cumprimento está obrigada a contratada, são unilateralmente estabelecidos pela Administração e por vezes

tecnicamente inexecutáveis. Exemplificativamente, podemos citar o caso de licitações dos últimos anos da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo para a execução de penitenciárias e centros de detenção provisória, em que a evolução das condições de contratação ofertadas demonstra nosso argumento. A relação entre quantidade de serviço contrato e o prazo de execução foi sendo ampliada à medida que, com a experiência dos contratos anteriores, se percebia que os prazos historicamente estipulados em Edital eram provavelmente inexecutáveis¹³³.

Vê-se, portanto, que os contratos de obra pública, com seus termos determinados pelo documento editalício, pode se encontrar já de início padecente de certa distorção que deverá ser considerada quando da análise do desequilíbrio. Um mitigador quanto ao risco relacionado ao aspecto apontado seria a possibilidade de os concorrentes apresentarem suas projeções de prazo em licitação e que este fosse um dos aspectos pontuados na avença: maiores prazos, menores chances de sair vencedor do certame. Assim, os riscos relacionados ao

¹³³ No subitem “8.1” do Edital da concorrência nº 04/2009 daquele órgão encontramos que “O objeto desta licitação deverá ser executado e concluído, pelo contratado, em 300 (trezentos) dias corridos, contados a partir da data da ordem de início dos serviços, conforme as condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos desta concorrência” (SÃO PAULO [c], 2015, p. 7). Tratava-se da execução de um centro de detenção provisória e uma penitenciária masculina. Ao que tudo indica 300 (trezentos) dias corridos era período provavelmente insuficiente para a execução do objeto contratado. Diante do insucesso em que incorreram as obras oriundas daquela concorrência na tentativa de cumprirem o prazo inicialmente avençado, nos sucessivos editais que foram publicados pela SAP, os prazos dos empreendimentos foram aumentando ininterruptamente. Note-se que o Edital nº 04/2009 (SÃO PAULO [c], 2015), tinha por objeto a construção de duas unidades prisionais (Centro de Detenção Provisória e Penitenciária Masculina), contando para tanto com o prazo de 300 (trezentos) dias. Projetos semelhantes posteriormente licitados pela SAP tiveram prazos mais dilatados. A Concorrência nº 02/2009, que teve por objeto apenas uma unidade prisional, o Centro de Detenção Provisória de Pontal, teve o mesmo prazo de 300 (trezentos) para sua execução. Foi o que ocorreu também na Concorrência nº. 03/2009 (SÃO PAULO [b], 2015), para a construção do Centro de Detenção Provisória de Taiúva. A Concorrência nº. 02/2010 (SÃO PAULO [d], 2015), que tinha por objeto a construção de unidades prisionais em Capela do Alto, empreendimento de dimensão semelhante à do Edital nº 04/2009, teve prazo para execução em 50% superior àquele, isto é, de 15 (quinze) meses. O mesmo prazo constava da Concorrência nº. 01/2011 (SÃO PAULO [e], 2015) e que tinha por escopo a construção de apenas uma unidade prisional em Bernardino de Campos. Na Concorrência nº. 03/2011 (SÃO PAULO [b], 2015), para a construção de uma unidade prisional, a penitenciária Masculina da Taquarituba, foram concedidos 12 (doze) meses. Exemplo ainda mais claro do quanto se pretende demonstrar é a Concorrência nº. 06/2012 (SÃO PAULO [f], 2015). Neste certame, em que mais uma vez se objetivava a contratação de obras para a edificação de apenas uma unidade prisional, o Centro de Detenção Provisória de Itatinga, foram concedidos 17 (dezessete) meses de prazo. Ou seja, empreendimento significativamente menor que o licitado por meio do Edital nº 04/2009 (SÃO PAULO [c], 2015), teve para sua execução prazo 70% superior. Parece indicar que 300 (trezentos) dias não seriam suficientes para a execução de duas unidades prisionais.

cumprimento de prazos estipulados de forma mais flexível (a partir da proposta apresentada pelo particular) teriam um regime de alocação mais claro.

2.5.2. Aspectos específicos dos riscos nos contratos de obra pública

Além das condicionantes gerais que informam as possibilidades de alocação de riscos nos contratos de infraestrutura pública, é possível levantar outros fatores mais específicos cuja presença nessas avenças, contudo, é largamente verificável. Quanto a estes fatores podemos citar, por exemplo, as questões descritas abaixo, extraídas, dentre outras fontes, da jurisprudência apontada por CAMPELO e CAVALCANTE (2013, *passim*).

a) Clima

Os fatores climáticos são um dos fundamentos mais comuns em pedidos de reequilíbrio em contratos de obra pública. Ocorre que é comum que não haja uma determinação do limite de sua previsibilidade, por exemplo, como a definição do limite de pluviosidade considerado normal para o empreendimento. A definição de critérios objetivados para a caracterização de caso fortuito e força maior nesses casos (em milímetros de chuva por dia, por exemplo) permitiria um estabelecimento claro dos casos em que o reequilíbrio seria cabível.

b) Insumos da "curva ABC" e dissídios coletivos

O desequilíbrio de preços para os itens de "curva ABC" é também aspecto corriqueiro da questão. Chama-se "curva ABC" de insumos ao conjunto de matérias primas de maior representatividade no conjunto da obra, o que costuma incluir itens como concreto e aço. É comum que os mecanismos de reajuste contratual considerem a elevação dos preços desses itens, o que por si já reduz os riscos relacionados à questão. Contudo, como os reajustes são apenas anuais pode ocorrer de uma elevação extraordinária nos valores desses insumos ter efeitos significativos sobre o contrato no período entre os reajustes, o que é

facilitado pelo fato de que alguns deles têm cotação internacional e sofrem influência decisiva da flutuação de câmbio.

A previsão de mecanismos contratuais que estabeleçam condições claras de reequilíbrio nesses casos reduziria significativamente os riscos relacionados, o que poderia ocorrer, por exemplo, através de um gatilho para a recomposição extraordinária de preços vinculado a um percentual de variação dos preços desses itens, estabelecendo, assim, de forma precisa um critério de distinção entre álea ordinária e álea extraordinária para o caso. Um levantamento histórico das taxas de relação dos preços desses itens poderia delinear um horizonte adequado para a questão. O mesmo raciocínio é válido para um aumento exponencial dos encargos sociais incidentes e criação de novos benefícios aos trabalhadores¹³⁴ da construção civil pesada.

c) Condições geológico-geotécnicas e nível de lençol freático

Também poderiam ser previamente definidos os efeitos da constatação de condições geológico-geotécnicas e de características do lençol freático diferentes daquelas inicialmente previstas. Nesse sentido, seria indispensável, para a objetivação da questão, a explicitação pelo contratante dessas informações nos documentos editalícios. Os licitantes poderiam tomar por bases esses parâmetros e saber, de forma segura, que a constatação de divergências em campo poderia ser

¹³⁴ Trata-se de aumento de custos que por mais que seja de ocorrência quase certa pode variar em seu montante, tendo, portanto, consequência incertas, cujo risco na quase totalidade das vezes é imputado à contratada (nesse sentido, v. TANAKA, 2007, p. 181). A posição usualmente adotada quanto a esta matéria é passível de críticas, mas certamente não pode ser ignorada. Citamos, ilustrativamente, opinião no mesmo sentido de Fernando Vernalha Guimarães: "Dissídios e acordos coletivos de trabalho podem acarretar a elevação dos custos de produção de contratos administrativos. Como eventos de consequências incalculáveis, subsumem-se, em princípio, à hipótese da alínea 'd' inciso II do artigo 65 da Lei n° 8666/93, ensejando o dever jurídico de a Administração restabelecer a equação econômico financeira correspondente. Mas a orientação da jurisprudência, de um modo geral, tem recusado esta interpretação. Há uma tendência jurisprudencial em alguns julgados do Tribunal de Contas da União em não admitir a hipótese de restabelecimento do equilíbrio contratual na ocorrência de eventos desta natureza. Outros tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, compartilham de orientação semelhante" (GUIMARÃES, 2010, p. 1). Parece tratar-se de jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, em que se entende que os aumentos de custo em decorrência de dissídio coletivo são álea econômica ordinária, por isso previsível, não configurando hipótese, portanto, de reequilíbrio econômico e financeiro, mesmo que o dissídio seja posterior ao encerramento do contrato, mas com efeitos retroativos. Sobre o ponto, não recaem maiores controvérsias, cabendo a referência ao Resp. n° 776.790 - AC (2005/0141318-9), Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15 de outubro de 2009 (BRASIL [u], 2015), em que se faz referência a diversos julgados que consolidaram o entendimento da Corte nesse sentido.

objetivamente aferidas e dar origem ao reequilíbrio. A questão, portanto, está relacionada à realização de estudos técnicos mais detalhados na fase interna das licitações de obra pública, atendendo ao dever de planejamento da Administração.

d) Liberações de frentes de serviço

Outra questão que merece explicitação específica nos documentos do Edital é o tempo esperado para a emissão das licenças ambientais e outras liberações, como de arqueologia e antropologia e a liberação de áreas de desapropriações e desafetações, bem como daquelas submetidas a interferência de redes elétricas ou de saneamento (e outras concessões públicas). Nesse caso, estabelecido o período normal de espera de forma objetiva, o desvio quanto a este padrão indicará de forma clara a necessidade de reequilíbrio contratual.

Como se vê, numa análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União já é possível antever alguns dos elementos que deveriam compor as matrizes de risco dos contratos de obra pública. Ou seja, os contratos deveriam prever de forma explícita – minimamente quanto a estes aspectos – como se dará a alocação de riscos para cada um desses elementos.

Outras possibilidades de levantamento são interessantes. Nesse sentido, poderiam ser aplicados questionários estruturados (*surveys*)¹³⁵ e realizadas entrevistas em profundidade com profissionais com experiência no setor de infraestrutura para o levantamento de outros aspectos definidores da alocação de riscos nos contratos de obra pública. Esses elementos poderiam ser previamente analisados e a alocação dos riscos a eles relacionados devidamente objetivada nos termos do edital e do contrato, seja em suas cláusulas ou numa matriz de riscos à parte.

O regime jurídico incidente sobre a matéria poderia prever, de antemão, alguns dos elementos mínimos de composição dessas matrizes de risco, bem como os parâmetros de sua alocação, o que poderia se dar de acordo com a natureza da interferência sobre o contrato – isto é, sua tipologia – ou de acordo com o montante desse impacto sobre o contrato, ou seja, até um reflexo financeiro

¹³⁵ MARINELLI (2014) realizou pesquisas nesse formato, ainda que numa perspectiva um pouco diferente da apontada neste trabalho.

X tal risco é assumido pelo contratado, ultrapassado esse limite, seus reflexos serão suportados pelo contratante público.

Nestes termos chegaríamos a uma matriz objetivada de riscos cuja adoção poderia ser tornada obrigatória nos contratos de obra pública. É certo que o levantamento de todos esses elementos mínimos da matriz de risco não pode ser feito de forma geral para todas as espécies de obra pública. Afora as idiosincrasias próprias de cada empreendimento, existem outras que, conquanto não sejam aplicáveis a todos os casos, podem ser generalizadas para determinadas espécies de empreendimento categorizáveis, como por exemplo, edificações, ferrovias e rodovias, portos, aeroportos etc.

A adoção obrigatória de matriz de risco com elementos pré-definidos teria por consequência também a flexibilização dos limites determinados pelos sistemas oficiais de preço quando fosse o caso, obedecendo a padrões objetivados. Para cada espécie de empreendimento categorizada corresponderia um percentual de flexibilização que permitisse o contingenciamento da precificação dos riscos assumidos pelo particular, agora identificáveis de forma objetiva. Hoje, ao contrário, o que pode ocorrer é a precificação de riscos sem sua explicitação, como nos informa TANAKA (2007, p. 181):

"De fato, é cediço que a Administração Pública celebra contratos com preços muito além daqueles praticados no mercado, e isso se dá em razão de os particulares terem conhecimento dos atrasos frequentes dos pagamentos; da inexistência de concessões de repactuação na esfera administrativa; da demora do respectivo deferimento na esfera judicial; e, às vezes, do entendimento pacífico já existente quanto à não-concessão em determinadas hipóteses".

Evidentemente, no curso da concorrência, quando da orçamentação do empreendimento, o particular poderá ofertar preço menor do que o máximo permitido pelo licitante descontado o percentual aberto à precificação de contingências. Contudo, ainda assim, restariam, ao menos com relação aos elementos constantes da matriz de risco, uma identificação objetiva daquilo que seria álea ordinária e daquilo que seria a álea extraordinária daquele determinado empreendimento.

Isto é, os riscos objetivamente alocados ao particular comporiam os elementos da álea ordinária. Aqueles alocados ao contratante comporiam os

elementos da álea extraordinária. Ainda, outros riscos que não foram previstos na matriz contratual – portanto *a priori* imprevisíveis – caso sejam verificados ao longo da execução do contrato devem ser identificados como álea extraordinária e, assim, de responsabilidade do contratante público, de acordo com o regime jurídico aplicável.

2.6. Dever de objetivação do regime de alocação de riscos nos contratos administrativos complexos

Não parece precipitado dizer que a Administração está obrigada à melhor definição possível do regime de alocação de riscos em cada contrato em que for parte¹³⁶. Isto poderia ser alcançado, à semelhança do que vem ocorrendo em outras modalidades contratuais (como no caso das concessões e parcerias público-privadas) pela instituição de matriz de risco, bem como regras objetivas de gestão contratual, sempre que a obra pública que lhe for objeto tiver vulto tal que justifique e suporte (sem inviabilizar o empreendimento) estes encargos.

Tal dever de repartição objetiva de riscos nos contratos de obra pública exsurge dos termos gerais da Lei n° 8.666/93 e mais especificamente de seu art. 54, § 1°: “Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes (...)”. Trata-se de desdobramento do dever geral de planejamento a que está submetida a Administração, que poderíamos dizer decorrência do dever jurídico de boa administração¹³⁷.

¹³⁶ “Cabe ao contrato, por isso, adotar regras para disciplinar os efeitos dos eventos supervenientes aptos a afetar a relação original entre encargos e vantagens. A ausência de regras sobre o tema configuraria omissão insuportável, eis que geraria conflitos insuperáveis e impasses contínuos” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 200).

¹³⁷ “porque a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade” (MELLO, 1996, p. 37). Seguimos aqui posição adotada por Karina H. Harb em sua tese de doutorado: “Planejamento e plano são, contudo, essenciais ao êxito da atividade administrativa e inerentes à Administração Pública, que deles nunca prescindiu. Daí nossa Constituição, em diversas passagens, trazer o planejamento como princípio jurídico a ela aplicável. (...) O planejamento prévio, contudo, não importa a eliminação de riscos futuros (...), porém sua falta ou insuficiência certamente potencializarão a ocorrência de número elevado de revisões contratuais,

Existe certa margem de discricionariedade no estabelecimento da equação dos contratos de obra pública, isto é, na determinação do regime de alocação de riscos do negócio. Tal liberdade se concretiza no estabelecimento dos termos do contrato, de que pode fazer parte uma matriz de riscos que objetiva tal configuração. Esta liberdade decorre não apenas da impossibilidade prática de que em contratos complexos o delineamento da alocação de riscos esteja *a priori* plenamente definido, mas também de que

“se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a decisão *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda” (MELLO, 1996, p. 36).

A limitação desta discricionariedade encontra seus primeiros contornos nas chamadas cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, necessariamente constantes da avença (estejam ali explicitamente inscritas ou não). Existe, ademais, um conteúdo mínimo que não pode ser negligenciado quanto ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro¹³⁸, aplicável a contratos simples, e que representa a voz corrente a respeito da matéria, isto é, expressaria uma relação paritária entre prestação e contraprestação contratual.

Um recorte mais ajustado pode ser realizado. É necessário considerar *equação* ou *equilíbrio econômico-financeiro* como conceito jurídico indeterminado, isto é, portador de um alto grau de imprecisão. Neste caso, “compreendem uma *zona de certeza positiva* dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra [ou expressão] que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada” (MELLO, 1996, p. 29)¹³⁹.

na medida em que ocorrem imprecisões e surgimento de diversas situações passíveis de afetar o necessário equilíbrio econômico-financeiro” (HARB, 2012, pp. 224-225).

¹³⁸ “É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos [imprecisos]. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto” (MELLO, 1996, p. 29)

¹³⁹ Trata-se, portanto, da incompletude e indeterminação próprias da linguagem jurídica, dada sua textura aberta, decorrente da utilização pelo direito da linguagem natural, como bem observa Genaro Carrió em Notas sobre Derecho y Lenguaje: “Não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir *todos* os casos possíveis Não podemos esgotar a descrição de um objeto

O que se pretende, desta forma, é ampliar a percepção da certeza negativa e da certeza positiva quanto ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro aplicado aos contratos de obra pública, diminuindo a zona de incerteza hoje tão alargada nesta matéria.

material nem, por tanto, formular uma lista completa de todas as propriedades em relação às quais podem registrar-se variantes ou combinações de eventual relevância. Estas atitudes não formam parte das capacidades dos seres humanos nem podem adquirir-se mediante algum treinamento especial. É por isso que as palavras apresentam esta característica de vaguidade potencial ou textura aberta; e é por isso, também, que tal característica constitui, por dizer assim, uma enfermidade incurável das linguagens naturais" (CARRIÓ, 2011, p. 36, tradução nossa).

3. EXPERIÊNCIAS DE OBJETIVAÇÃO NA ALOCAÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA E POSSIBILIDADES DE AVANÇO NO REGIME BRASILEIRO

A necessidade de delimitação objetiva de riscos relacionados às obras de engenharia vem sendo reconhecida pela prática internacional de contratação de empreendimentos de infraestrutura e pela legislação nacional, ainda que de forma incompleta.

Nesse sentido, dentro dos parâmetros contratuais estabelecidos em cada caso, ainda que adequadamente e, portanto, com um regime de alocação de riscos o mais objetivo e detalhado possível, o tratamento adequado dos documentos produzidos durante a execução do contrato será fundamental para que os processos de reequilíbrio ocorram de forma tecnicamente adequada, restringindo nesse âmbito as possibilidades de fuga da legalidade.

Nos tópicos deste capítulo trataremos das experiências e práticas que caminham no sentido da objetivação do regime de alocação de riscos nos contratos de infraestrutura.

3.1. A experiência internacional na alocação de riscos em contratos de infraestrutura

O estudo das práticas internacionais em contratos de engenharia e construção, a respeito do que existe vasta literatura, pode contribuir de maneira significativa para o debate acerca das possibilidades de objetivação do regime de alocação de riscos nos contratos de obra pública no Brasil. Com efeito, a evolução dos modelos internacionais de contratação foi acompanhada posteriormente – de forma parcial e adaptada – pela legislação de licitação e contratos públicos brasileira. Esse desenvolvimento encontra-se estampado na legislação vigente e configura hipóteses de contratação ainda em voga. Trata-se das alterações de

regime contratual compatíveis com a evolução da complexidade dos empreendimentos implantados e das formas de financiamento de tais atividades.

Até a década de 1990¹⁴⁰ os empreendimentos de engenharia (públicos e privados) eram contratados pelo regime *Design-Bid-Build*¹⁴¹, compatível em linhas gerais com a nossa execução indireta por regime de empreitada por preços unitários (art. 10, inc. II, alínea “b”, Lei n° 8.666/93).

Diante da necessidade de redução de riscos para os financiadores dos empreendimentos, que deixaram de ser apenas os próprios contratantes e passaram à posição de terceiros (sistema financeiro e outras modalidades de financiamento)¹⁴², e de fixação mais estrita de prazo e preço dos empreendimentos, houve migração para o modelo *design-build*, compatível com a empreitada integral brasileira (art. 10, inc. II, alínea “e”, Lei n° 8.666/93). Isto é, nesse regime “o empreendedor prepara o detalhamento preliminar do empreendimento e a contratada compromete-se a concebê-lo e a construí-lo a um determinado custo” (BUENO, 2012, p. 66).

Com a evolução desse modelo buscou-se alternativa com uma interface única entre o contratante e as atividades do empreendimento, o que se obteve através do modelo contratual denominado *Engineering, Procurement and Construction* (EPC), normalmente em sua modalidade *Turnkey Lump Sum*. Da própria unidade de contato entre contratante e contratado surge a possibilidade de distribuição dos riscos de forma objetivada entre as partes contratantes.

Segundo construção doutrinária, os riscos deveriam ser distribuídos, então, de acordo com a capacidade de cada um para mitigá-los:

¹⁴⁰ “Grandes obras de engenharia, até a década de 1990, eram tradicionalmente empreendidas pelos governos e grandes empresas estatais, que empregavam os seus próprios projetistas e preparavam um conjunto completo de documentos de construção: plantas, especificações técnicas, fluxogramas, cronogramas, listas de materiais, listas de fornecedores entre outros” (GÓMEZ et al., 2006, p. 1), restando ao contratado apenas a execução da obra.

¹⁴¹ Nessa modalidade, inicia-se “com a elaboração do projeto sob responsabilidade do empreendedor (*design*), seguindo-se com o recebimento e a análise de propostas (*bid*) e concluindo-se pela adjudicação de uma das propostas e a execução da construção (*build*) (...) sendo os custos calculados com base nos quantitativos finais e valores unitários aprovados” (BUENO, 2012, pp. 63-64).

¹⁴² Assim, “Com o financiamento passando a ser de responsabilidade da iniciativa privada, percebe-se a preocupação do investidor em transferir maiores responsabilidades pelo empreendimento, em especial pelo cumprimento de prazos e pela observância de limites de preços objetivos para o empreendimento” (BUENO, 2012, p. 65).

"A partir da experiência acumulada na implantação de diversos projetos complexos de construção e infraestrutura, buscou-se um modelo de gestão e de alocação de riscos no qual deveria suportar um determinado risco a parte mais apta a fazê-lo. Ou seja, aquele que melhor estivesse em condições de mitigar e/ou gerenciar um determinado risco deveria arcar com as consequências a ele relacionadas" (SILVA, 2012, p. 23).

Esta tese, contudo, não parece resistir à constatação das barganhas nas negociações contratuais. Na verdade o que ocorre é a tentativa de transferência de todos os riscos ao contratado. Com efeito, o novo modelo "coloca a responsabilidade por todo o empreendimento com a construtora" (BUENO, 2012, p. 67).

No contexto brasileiro, a intenção do legislador ao introduzir a modalidade Contratação Integrada através da Lei do Regime Diferenciado de Contratação foi a de trazer para os contratos de obra pública a experiência da contratação privada na modalidade EPC *Turnkey Lump Sum*. A contratação integrada já existia no Regulamento do Procedimento Licitatório da Petróleo Brasileiro S/A, Decreto n° 2.745/98, conforme disposto em seu item 1.9¹⁴³ (DAL POZZO, 2012, pp. 70-71; ZYMLER et al., 2013, p. 187). Contudo, dada a contestação quanto à constitucionalidade do decreto e seu âmbito restrito de aplicação é com o advento do RDC que o modelo se coloca de forma mais consistente no ordenamento jurídico.

Interessante notar que o modelo importado pela Lei do RDC sob o nome de Contratação Integrada, isto é, o EPC *Turnkey Lump Sum*, já vem sofrendo críticas internacionais em decorrência de determinados problemas em sua gestão, de que nos dá notícia Júlio César Bueno:

"Têm sido elementos reveladores da insatisfação cada vez maior das partes com o sistema EPC *Turnkey Lump Sum*: (a) a falta de confiança do empreendedor em relação à construtora e a sua dificuldade de delegar-lhe atribuições; (b) o conflito de interesses com as gerenciadoras; (c) a concorrência cada vez mais predatória das construtoras na etapa de apresentação de propostas; e (d) a carência de competências internas às construtoras para gerenciamento do projeto" (BUENO, 2012, p. 68).

¹⁴³ Onde se lê: "Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas" (BRASIL [b], 2015).

A tentativa de superação do modelo EPC nos contratos de engenharia vem através dos chamados Contratos de Aliança¹⁴⁴ que encontram-se ainda em fase de sedimentação e estabelecimento¹⁴⁵. Assim, a Aliança surge como "uma alternativa interessante ao modelo EPC que, apesar de suas pesadas atribuições de responsabilidades, pode gerar uma verdadeira guerra entre o epecista e o contratante" (SILVA [a], 2012, p. 121). Com efeito, esta modalidade contratual foi "concebida com o objetivo de enfrentar as reconhecidas deficiências da empreitada integral a preço global e do simples contrato por administração" (FERNANDES *et al.*, 2011, p. 135). A ideia principal no novo regime contratual é evitar impasses que possam desembocar num *hold up problem* (tendo por desdobramento último o abandono do empreendimento), como ilustrado por FERNANDES (*et al.*, 2011, p. 143):

"De fato, no caso da empreitada, ocorrendo variações, o dono da obra, simplesmente, tentará impor a perda para o empreiteiro, sob a premissa de que o preço é global e que, portanto, todas as contingências deveriam ser consideradas por um construtor experiente. Da mesma forma, o empreiteiro procurará caracterizar o risco como estranho à álea normal do contrato, que representa segurança apenas relativa, diferentemente de um seguro".

O contrato de aliança, então, aprofunda o compartilhamento de riscos entre os contratantes, aproximando-se da figura de consórcio ou sociedade entre contratante e contratado, através de mecanismos de compartilhamento de ganhos e perdas dentro do contrato e o abandono na noção usual de culpa contratual¹⁴⁶.

¹⁴⁴ No *National Alliance Contracting Guidelines*, do Departamento de Infraestrutura e Transportes do Governo da Austrália, essa solução trazida pelo contrato de aliança foi assim resumida: "O contrato de aliança fornece uma abordagem alternativa, onde o contratante e o contratado colaboraram para desenvolver os requisitos e a proposta, combinando seu conhecimento e experiência para lidar com as complexidades e aspectos desconhecidos do negócio, com o objetivo de aumentar a sua confiança compartilhada no resultado. Eles compartilham a exposição ao resultado do projeto, que constitui a base da estrutura comercial. O contratante e o contratado estão alinhados para minimizar o custo real para o contratante e aumentar o lucro para o contratado. O tempo gasto para a negociação da alocação de riscos num contrato tradicional torna-se o tempo gasto em encontrar a melhor solução para resolver questões e problemas durante toda a vida do projeto. O tempo e a energia da equipe de liderança é gasto em atividades de agregação de valor, em vez de disputas contratuais; incrementar o resultado geral do projeto é o objetivo e isso se alinha aos objetivos individuais comerciais de cada parte no contrato" (AUSTRÁLIA, 2011, p. 18, tradução nossa).

¹⁴⁵ "As alianças foram desenvolvidas no início dos anos 1990 e originaram-se de projetos *offshore* no Mar do Norte, onde companhias petrolíferas se depararam com grandes excedentes de custo e prazos (*cost and time overrun*) no desenvolvimento de seus campos menores de gás e petróleo. Atualmente, alianças são usadas em diversas formas e modelos em todo o mundo. A Austrália tem estado na dianteira do desenvolvimento de alianças" (WASSENAER, 2012, pp. 88-89).

¹⁴⁶ Assim, "De fato, as consequências da conduta culposa do contratado são compartilhadas pelas partes, por intermédio de sua "absorção", por assim dizer, pela equação de remuneração da aliança. Na medida em que os efeitos da conduta culposa onerem, por exemplo, o custo do

Isto é possível através de uma interação entre contratantes desde a concepção do projeto, o que costuma ser mais aplicado, nas práticas internacionais, em empreendimentos de altíssima complexidade, em que as partes não são capazes de prever satisfatoriamente os impactos de muitas das variáveis incidentes. O incremento de risco, neste caso, poderia tornar o negócio inviável, uma vez que tais riscos seriam precificados e adicionados ao valor final do contrato. O contrato de aliança, ao compartilhar os riscos, evitaria esse impasse.

Também a modalidade de contratação por aliança encontra referência na normativa nacional, ainda que timidamente. Trata-se do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, previsto no artigo 67 da Lei n° 9.478/97 e instituído pelo Decreto n° 2.745/98. A única referência legislativa ao contrato de aliança (FERNANDES *et al.*, 2011, p. 147) estaria em seu item "2.3", alínea "j"¹⁴⁷.

Há quem defenda o surgimento de uma nova *Lex Mercatoria* e veja nos contratos atípicos de difusão e padronização internacional uma nova fonte do direito que vem sendo adotada pelo judiciário de diferentes países, ainda que algumas de suas disposições *a priori* não estejam em perfeita sintonia com o direito de cada um desses Estados¹⁴⁸. Mesmo não indo tão longe, é inegável que tais modelos contratuais representam, em determinados aspectos, a sedimentação de experiências em cada campo e soluções que se provaram eficientes para conflitos recorrentes.

empreendimento e diminuam a probabilidade de o contratado auferir lucro é que se pode falar em produção do dever de indenizar pela culpa" (FERNANDES *et al.*, 2011, p. 159).

¹⁴⁷ Onde se lê: "É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: (...) i) para a celebração de "contratos de aliança", assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços "meta" e "teto", para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado" (BRASIL [b], 2015).

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver *The New Lex Mercatoria*, de Francesco Galgano: "Se os legisladores nacionais não estão inclinados a aceitar a integração internacional da lei, os juízes tomam a posição oposta. A intuição de Hegel, que o juiz é um órgão da sociedade e não do Estado, mostra um sentido novo e inesperado. O juiz tende a tornar-se um órgão de uma sociedade integrada internacionalmente. Algumas convicções antigas que finalmente pareciam estabelecidas foram abandonadas. Por exemplo, a convicção de que o princípio *iura novit curia* era válido somente dentro de Direito interno. Também uma lei estrangeira foi considerada um fato, não uma lei, a ser provada pela parte interessada. Hoje, o Tribunal de Cassação italiano afirma que um juiz deve conhecer as leis estrangeiras e que ele / ela deve aplicá-los, se necessário, mesmo que a parte interessada não tenha provado sua existência" (GALGANO, 1995, p. 105, tradução nossa).

A prática contratual internacional nos empreendimentos de infraestrutura parece ter enfrentado a questão crucial da alocação dos riscos do negócio através da adaptação de seus modelos contratuais, cujos termos delineiam parâmetros mais claros de repartição de risco e são muitas vezes, nos casos concretos, acompanhados por uma matriz de riscos anexa.

O desenvolvimento da temática no direito anglo-saxão deu lugar, inclusive, a uma disciplina específica, chamada usualmente *Construction Law*, que acompanhou o desenvolvimento dessas práticas contratuais, em cujo estudo destacam-se os americanos, ingleses e australianos. No Brasil não houve uma evolução da espécie encontrada nos países anglófonos. Contudo nos projetos de grande complexidade, especialmente naqueles em que estão envolvidas empresas estrangeiras ou financiadores internacionais, a experiência da *Construction Law*, bem como dos modelos contratuais internacionais, costuma ser adotada. Neste sentido, parece haver uma defasagem entre os contratos públicos de infraestrutura nacionais e as práticas internacionais no que diz respeito à objetivação do regime de alocação de riscos.

3.2. Avanços no regime jurídico dos empreendimentos de infraestrutura pública: a contratação integrada e as parcerias público privadas

As críticas ao Regime Geral de Contratações, trazido pela Lei Federal nº 8.666/93, já são antigas (JUSTEN FILHO, 2013, p. 13). O esforço para escapar a esse regime também. Assim, temos, por exemplo, o *Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás*, instituído pelo Decreto nº 2.745/98; a Lei do Pregão, nº 10.520/02; e as Parcerias Público Privadas, Lei nº 11.079/04. Com a demanda de celeridade no desenvolvimento da infraestrutura intensificada pelo advento dos megaeventos no cenário nacional surge o RDC, por meio da Lei nº 12.462/11, o que representa mais um passo nessa transformação continuada.

Ao que parece, o que se buscou com o RDC foi incorporar os avanços trazidos pelos dispositivos normativos anteriores para as contratações relacionadas

aos megaeventos, principalmente a inversão das fases da licitação (verificação de habilitação apenas do primeiro colocado), bem como aproximá-las (as contratações) do regime privado, especialmente do modelo EPC, o que vemos na modalidade de Contratação Integrada trazida pelo novo regime. Com o sucesso que teria decorrido das primeiras contratações via RDC (aproximadamente 44% de diminuição no prazo do procedimento licitatório e 11,43% na redução do preço de contratação no caso da INFRAERO¹⁴⁹, por exemplo), através de sucessivas alterações à Lei n° 12.462/11, foram incluídas novas hipóteses de incidência para o modelo¹⁵⁰.

O Regime Diferenciado foi instituído como norma geral (art. 22, XXVII, da CF/88). Portanto, assim como o chamado Regime Geral (Lei n° 8.666/93), pode ser aplicado, na qualidade de norma geral sobre licitações e contratos administrativos, por qualquer dos Entes Federativos, bem como pela administração indireta, desde que incidente algumas das hipóteses previstas em Lei (art. 1°, Lei n° 12.462/11). É modalidade de contratação facultativa, ou seja, o órgão licitante deve optar expressamente pelo Regime Diferenciado, indicando as razões que lhe levaram a assim proceder. Os Estados, Distrito Federal e Municípios podem, ainda, editar normas especiais adaptando as determinações gerais às suas características locais. Até o momento, contudo, o que tem ocorrido é a aplicação direta da legislação federal.

Dada a juventude do novo regime, há um incremento de risco na sua adoção que está relacionado à insegurança quanto à sua interpretação, especialmente para a modalidade de Contratação Integrada, havendo quem

¹⁴⁹ OLIVEIRA *et al.*, 2013, p. 14-16.

¹⁵⁰ Quando observamos a evolução do regime jurídico que trata da matéria, confirmamos esta tendência. Foi uma modalidade de contratação criada, como fica evidente, para o atendimento da demanda de celeridade relacionada aos Megaeventos que seriam sediados no país. Como se vê na cabeça do artigo de abertura, o seu rol de aplicação é taxativo, isto é, o Regime é cabível apenas nas hipóteses constantes do artigo 1° da Lei 12.462/11. Era uma legislação, portanto, que tinha um período específico de aplicação, relacionado a tais eventos. Com o relativo sucesso do novo Regime, esse rol foi sendo ampliado e a lei se tornou *perene*. Assim, em 18 de julho de 2012, através da Lei n° 12.688, foram incluídas as obras do PAC. Em 3 de outubro de 2012, através da Lei n° 12.722/12, foram incluídas as obras relacionadas ao sistema público de ensino. Em 19 de dezembro de 2012, através da Lei n° 12.745, foram incluídas as obras relacionadas ao sistema único de saúde. Em 24 de dezembro de 2013, através de Medida Provisória n° 630, foram incluídas as obras do sistema penal e socioeducativo.

questione, por exemplo, a constitucionalidade do regime jurídico do equilíbrio contratual adotado pela legislação para essa nova espécie de contratos¹⁵¹.

As principais alterações introduzidas pelo novo regime são concernentes à fase licitatória. De uma forma geral, quanto à execução dos contratos, seguem aplicáveis as disposições do Regime Geral, Lei nº 8.666/93. Contudo, quando utilizada a contratação integrada, algumas adaptações se impõem. Neste sentido, a lei se inclina a dificultar as hipóteses de aditamento contratual. Há a tentativa de transferência ampla dos riscos do contrato (quanto a preço e prazo) ao contratado. Isto decorre em parte do fato de que nesse regime a licitação ocorre ainda sem projeto básico.

Na fase licitatória seria necessário a apresentação apenas do anteprojeto de engenharia pela Administração. Gerando um novo espaço de dúvidas na contratação de obras públicas, o que se nota é que não há uma definição clara (nem jurídica, nem tecnicamente) quanto ao nível de detalhamento necessário à caracterização do anteprojeto de engenharia. Da mesma forma, não é solucionada a abstração característica do conceito de projeto básico.

Assim, na prática, o que ocorre é que o anteprojeto poderá ser meramente conceitual, desde que estipule padrões mínimos capazes de estabelecer parâmetros de concorrência entre os licitantes, ou poderá ser mais detalhado, ainda que apenas em alguns aspectos, aproximando-se do que seria um projeto básico. Não há como resistir a este detalhamento, isto é, o órgão licitante que adote o regime de contratação integrada não está impedido de fazê-lo, dada a inexistência de definição precisa quanto à questão.

Determinado em edital o nível de detalhamento do anteprojeto, a regra é a de que as soluções de engenharia deverão passar pelo crivo do órgão licitante.

¹⁵¹ Como é o caso de Gustavo Matos, para quem as restrições impostas “às hipóteses autorizativas para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro são inconstitucionais: i) por ofender o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro; ii) por implicar em contratos mais onerosos para a administração pública, o que viola o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal) e o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa (art. 1º, §1º IV, RDC e art. 3º, Lei 8.666/93)” (MATOS, 2013, p. 115). Como pensamos ficar evidente ao longo deste trabalho, não estamos de acordo com o posicionamento daquele autor: i) uma vez que o equilíbrio contratual é um conceito indeterminado, que ganha objetividade no regime infralegal, nos contratos e durante a execução do projeto de engenharia; ii) que a onerosidade de um empreendimento de infraestrutura deve considerar aspectos de custos de oportunidade e não meramente o valor do contrato em si; iii) raciocínio este aplicável também à questão da vantajosidade.

Desta sorte, o natural seria que fossem apresentadas apenas após a licitação pela empresa contratada. Só será possível a apresentação de solução ainda quando da concorrência (e, nesse caso, com orçamento compatível com a solução adotada) caso a Administração tenha previsto esta possibilidade expressamente em Edital. Não apenas isto, deverão constar ali critérios que permitam a comparação objetiva das propostas apresentadas sob concepções técnicas distintas (Lei nº 12.462/11, art. 9º, § 3º).

O delineamento destas características do novo regime é necessário para ilustrar as razões que teriam ensejado a adoção pelo Regime Diferenciado de Contratação, na modalidade de Contratação Integrada, de flexibilidade na limitação de preços imposta pelos sistemas oficiais. Tal possibilidade encontra-se no decreto regulamentador do RDC, Decreto nº 7.581/11, art. 75, § 1º:

“Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

§ 1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no *caput*, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante.

§ 2º A taxa de risco a que se refere o § 1º não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório” (BRASIL [c], 2015, grifamos).

Daí surge também orientação do TCU para a adoção de uma matriz objetiva de riscos¹⁵² quando adotada a contratação integrada, com possibilidade de contingenciamento de valores na orçamentação, o que, conjugado com o

¹⁵² Nesse sentido, CAMPELO e CAVALCANTE entendem que a abertura à hipótese de reequilíbrio contratual no caso de verificação de “casos fortuitos” para o regime de contratação integrada gera a obrigatoriedade de apresentação “matriz de riscos” nos editais de licitação dessa espécie: “Pelo conceito amplo e aberto de “caso fortuito”, de modo a não causar insegurança quanto às regras avençadas, avaliamos que o novo regramento embute a necessidade de o instrumento contratual trazer um preciso detalhamento dos riscos do empreendimento. Para cada caso superveniente possível, deve haver explícita previsão sobre a responsabilidade por aquele evento; quando haverá ou não termo aditivo. É a chamada “matriz de risco”, idêntica às exigidas nas concessões administrativas regidas pela Lei 8.987/95. Esta necessidade já era salutar nos contratos por preço global à luz da Lei 8.666/963; e é indispensável para as contratações integradas prevista no RDC” (CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 242).

permissivo acima delineado, aponta no mesmo sentido proposto nesta pesquisa, como vemos no voto condutor do Acórdão nº 1.465/13-TCU-Plenário,

“7. Como se percebe, na contratação integrada, a executora da obra é a própria responsável pela elaboração do projeto básico, que, no regime comum da Lei nº 8.666/1993, competia à própria Administração ou a uma empresa projetista. No novo modelo, a executora parte apenas de um anteprojeto, que orienta a disputa licitatória.

8. Por outro lado, outra diferença importante na contratação integrada do RDC está na vedação de aditivos contratuais, a não ser em duas hipóteses, previstas no art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462/2011: para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando quebrado por caso fortuito ou força maior; e para ajuste técnico do projeto ou das especificações, desde que por interesse da Administração e que não decorra de erros ou omissões atribuíveis à contratada.

9. A responsabilidade da executora pelo projeto básico conjugada com a proibição de aditivo contratual para correção de erro na elaboração desse instrumento impõe à contratada a assunção dos riscos financeiros adicionais que eventualmente surgirem para a conclusão da obra conforme os padrões de qualidade.

10. Daí a recomendação feita pela SecobRodov para que o DNIT *passse a preparar uma matriz de riscos, a ser integrada ao edital e ao contrato, definindo o mais claro possível a responsabilidade pelos riscos inerentes à execução do projeto*. Evidentemente, há problemas imprevisíveis, mas a ideia é que possam ser relacionados os eventos que a experiência permite antecipar como de acontecimento razoavelmente provável” (BRASIL, [I], 2015, grifamos).

Como se vê, há certo avanço legislativo no sentido apontado nesta pesquisa, ainda que restrito à hipótese da contratação integrada. Mas é importante observar que mesmo este avanço parcial é relativamente recente, inexistente na Lei nº 12.462/11, bem como no texto original do Decreto nº 7.581/11. Com efeito, os parágrafos do art. 75 do Decreto regulamentador do RDC foram incluídos apenas através do Decreto nº 8.080, de 20 de agosto de 2013.

Em outra espécie de contrato público o reconhecimento da necessidade de objetivação da repartição de riscos, isto é, delimitação mais clara dos parâmetros da equação econômico-financeira, é mais antigo: é o caso das parcerias público-privadas.

A menção à questão se encontra na Lei nº 11.079/04, art. 4º, inc. VI e art. 5º, inc. III:

“Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;”;

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;” (BRASIL [v], 2015).

Seguindo a disposição legal, a doutrina é muito mais avançada ao tratar da repartição de riscos em parcerias público-privadas, e desta forma, reconhecer a possibilidade de delimitação mais precisa da equação dessas espécies de contrato. Para ilustrar esta posição, vale citar, por todos, MARQUES NETO:

“Ocorre que todo risco tem dimensão (e consequências) econômicas. E nem sempre a alocação de todos os riscos para o Estado produz o resultado econômico mais apropriado. Tampouco atribuir ao particular toda a carga das áleas e margens de imprevisão contratual se mostra a providência correta. Em cada relação jurídica há riscos que assumidos por uma parte se mostram economicamente mais vantajosos do que por outra. (...) Não apenas cada bloco [de risco], mas dentro deles, cada situação ensejadora de risco deve, em cada parceria, ser indicada e atribuída a cada uma das partes. Mais do que isso, para cada hipótese é possível um arbitramento de suas cargas, de modo que os ônus decorrentes de cada uma ou outras hipóteses possam ser repartidos” (2008, pp. 72-75).

A literatura sobre as parcerias público-privadas, desta forma, traz uma importante contribuição à matéria desta pesquisa. Sua limitação está na própria especificidade do modelo contratual por ela analisado, não estendendo a noção de contratos complexos – e, portanto, submetidos a tal metodologia de alocação de riscos – aos contratos de obra pública. Quanto ao nosso objeto de pesquisa, contudo, a grande questão é justamente que os contratos de obra são contratos complexos pela própria natureza da atividade a ser executada para consecução do objeto contratado¹⁵³, sendo-lhes aplicáveis as mesmas construções teóricas que, sob essa perspectiva, são válidas para as parcerias. Quanto a isso, é importante perceber que a literatura a respeito das parcerias vislumbra a existência de certa

¹⁵³ Nas palavras de Fábio C. A. Gil os “contratos de *engineering* são espécie de modelo de contrato de longa duração, técnica e economicamente complexos, em oposição ao modelo de contrato de execução instantânea e de mero intercâmbio, sobre o que se assenta a dogmática jurídica tradicional” (GIL, 2007, p. 9).

liberdade contratual na estipulação do responsável por cada risco relacionado ao empreendimento¹⁵⁴.

3.3. A gestão de contratos de infraestrutura e a alocação contratual de riscos

A delimitação feita *a priori* do espectro ao qual se ajusta o conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública encontra restrições nas idiosincrasias de cada contrato. Os limites gerais traçados em hipótese darão lugar a uma demarcação mais precisa de fronteiras quando da elaboração e execução de cada contrato. Esta tarefa de reconhecimento das especificidades dos contratos, de acordo com as vicissitudes de seu objeto bem como das relações de poder e barganha entre os contratantes, constitui uma área de trabalho específica usualmente denominada no mercado de engenharia *gestão de contratos*, *gestão contratual* ou, ainda *engenharia de contratos*¹⁵⁵.

Observa-se que o crescimento desta atividade no Brasil, para as obras públicas, está relacionado ao avanço dos sistemas institucionalizados de controle da Administração, especialmente no âmbito externo, com o destaque constitucional dado aos Tribunais de Contas pela Constituição de 1988. Com a crescente dificuldade de viabilizar economicamente os contratos de infraestrutura através de mecanismos fora da lei, tomou destaque a gestão de contratos no

¹⁵⁴ Vale citar dois exemplos de MARQUES NETO, aplicados pelo autor a PPP e concessões, que esclarecem a questão: “a variação na demanda de prestação, que se traduz num risco de receita; e a variação dos preços dos insumos, que importa em risco de custos. Num e noutro caso, é possível que parceiros público e privado assumam parcelas destes riscos, de modo que o poder público garanta uma demanda mínima, mas possa também se beneficiar caso a demanda supere as expectativas. Ou então, no plano de custos, podem prever que variações nos preços dos insumos constituam risco do particular, salvo se essas variações forem num período específico maiores que uma porcentagem relevante e que esta oscilação impacte numa outra porcentagem significativa o custo geral do projeto. Havendo estas duas ocorrências, a variação imprevisível e comprometedora poderia ser assumida pelo poder público (algo bastante diferente que a assunção ampla e geral da variação de custos de insumos nos contratos administrativos comuns)” (MARQUES NETO, 2008, p. 75).

¹⁵⁵ Ver, neste sentido, por exemplo, *Engenharia de Contratos: um ramo em expansão* (EXXATA, 2014, p. 4)

acompanhamento do equilíbrio contratual e subsídio para a preparação de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro¹⁵⁶.

A gestão contratual acompanha o desenvolvimento da equação do contrato ao longo do empreendimento. Deste acompanhamento, pode-se concluir que: a equação contratual foi respeitada; houve um desvio na equação contratual e, portanto, o contrato deve ser reequilibrado; ou, mesmo, houve uma alteração da composição da equação contratual e o equilíbrio do contrato deve passar a basear-se de acordo com seus novos termos.

Com efeito, os documentos produzidos ao longo do desenvolvimento contratual como termos aditivos contratuais, cartas, registros diários de obra etc. (e mesmo a atitude dos contratantes, sob a perspectiva da boa-fé objetiva) poderão alterar a relação entre encargos e retribuições estabelecida quando da negociação contratual, resultando numa nova configuração do regime de alocação de riscos.

Para que se dê um exemplo, retomemos a figura da seguinte cláusula contratual que pode usualmente ser encontrada em contratos de obra pública. Digamos que dentre os itens elencados a título de “Obrigações da Contratada”, possamos ler: “Providenciar e manter atualizadas todas as licenças e alvarás junto às repartições competentes, necessários à execução dos serviços objeto do presente Contrato”.

Apesar da existência dessa cláusula, durante a execução do contrato, consciente da necessidade de liberação de frentes de serviço para o início do empreendimento, o órgão público contratante, sabedor de sua influência sobre o órgão ambiental competente, capaz de acelerar o procedimento de emissão da licença ambiental, traz para si, por meio de declaração devidamente registrada em ata e subscrita por autoridade competente ou, ainda, mediante termo aditivo contratual, a responsabilidade pela obtenção do licenciamento.

Quanto a este aspecto do contrato, já está alterada sua equação, se a entendermos sob o prisma da alocação contratual de riscos. Com efeito, se

¹⁵⁶ O avanço na gestão de contratos de infraestrutura tem levado ao surgimento de empresas especializadas na atividade, além do aporte constante de consultores especializados junto aos contratos, a ponto de encontrarmos referência no mercado de infraestrutura a uma certa *indústria dos claims*. Neste sentido EXXATA, 2014, p. 11.

verificarmos que, a partir deste ponto, não se obteve o licenciamento tempestivamente, os sobrecustos daí decorrentes deverão ser ressarcidos à contratada. A avaliação da existência ou não de desequilíbrio econômico-financeiro, no caso, dependerá inteiramente desta questão.

Desta forma, num contrato complexo o equilíbrio econômico-financeiro é dinâmico não apenas no sentido de sofrer desequilíbrios e ser reequilibrado, mas também no sentido de que a alocação de riscos (que entendemos ser parte fundamental da equação contratual) será detalhada ao longo da execução do contrato. Com efeito, como a complexidade do negócio impede a previsão de todos os riscos envolvidos, bem como sua aferição em termos percentuais, o detalhamento da matriz de riscos contratual, se bem possa ser previamente definida em termos menos genéricos do que costuma ocorrer, terá lugar sempre, em última instância, durante a execução dos trabalhos pertinentes ao contrato. Apenas as suas bases iniciais, os seus parâmetros gerais, são definidos nos momentos negociais que precedem a assinatura do contrato.

A gestão contratual se divide em três momentos principais: assistência à elaboração de contratos; acompanhamento da execução dos contratos; acompanhamento do encerramento dos contratos.

Na primeira fase, destaca-se a investigação dos riscos técnicos e jurídicos relacionados aos contratos, o que implicará na correção da redação dos dispositivos contratuais e sua adaptação às características específicas do objeto e à posição de poder de barganha relativa de cada um dos contratantes (que poderá forçar ao outro a imputação de determinados riscos do negócio) e na elaboração de *matriz de risco* para a objetivação do regime contratual de alocação de riscos.

Na segunda fase, a de acompanhamento da execução, o que se busca é garantir a base de alocação de riscos estabelecida em contrato e ajustá-la e detalhá-la de acordo com o desenvolvimento do empreendimento. De fato, o regime de alocação de riscos será definido, de forma mais concreta, no dia a dia da obra.

Por se tratar de empreendimentos de grande complexidade é inevitável que surjam questões não previstas e, portanto, não dimensionadas em contrato¹⁵⁷, cuja alocação de riscos será definida pelos documentos de acompanhamento contratual, com destaque para cartas, registros em diário de obras (RDO), atas de reunião, termos aditivos ao contrato, cronogramas, histogramas de mão de obra e equipamentos, novas composições de preços unitários, entre outros documentos relevantes¹⁵⁸. Devem ser organizados mecanismos de acompanhamento sistemático desses registros, que serão os instrumentos de avaliação do equilíbrio contratual e permitirão uma análise adequada de terceiros quanto à matéria¹⁵⁹.

Há uma lacuna legislativa neste aspecto tão importante do desenvolvimento dos contratos de obra pública. A criação, comunicação e tramitação destes documentos não estão reguladas, o que permite ser comum, como a prática nos contratos de obra pública parece demonstrar, tanto uma postura autoritária do contratante deixando de produzir os documentos suscitados pelo contratado (como na ausência de respostas a cartas do contratado ou demora no preenchimento do RDO, por exemplo), como displicente do particular que deixa de fazer os registros adequados sobre o empreendimento.

Tal prática, apoiada na falta de regulamentação da matéria, dificulta uma gestão contratual eficiente, empurrando para o futuro – possivelmente para uma

¹⁵⁷ Trata-se do reconhecimento da incontornável incompletude dos contratos complexos. Esta questão, além de decorrer da própria natureza do objeto do contrato de engenharia, que torna impossível a previsão de "todas as condutas, prestações e contraprestações relativas às partes em todas as hipóteses relevantes para o contrato" (GIL, 2007, p. 120), decorre dos chamados custos de transação. "No campo da engenharia de alta complexidade, a presença dos ditos contratos incompletos é extremamente frequente. (...) muitas vezes, em grandes obras, as soluções para os problemas construtivos que se apresentam são encontradas no curso da própria obra – e não planejadas de antemão. Especialmente quando se trata de contratos tendo por objeto obra cuja solução tecnológica de viabilização não é clara ou pouco desenvolvida, a incompletude contratual é substancial. É frequente que contratos que partem de projetos arquitetônicos [de baixo detalhamento técnico-construtivo] – por envolverem complexas tecnologias de engenharia em sua execução – ainda não contem com a técnica construtiva totalmente desenvolvida de antemão" (GIL, 2007, p. 120).

¹⁵⁸ Podemos encontrar uma enumeração não taxativa desses documentos em WICKWIRE *et al.* (2003, p. 173-193).

¹⁵⁹ Assim, "Durante todo o período de execução todas as partes devem estabelecer e manter sistemas eficazes de manutenção de registros do empreendimento. Estes sistemas devem: 1. Identificar o tipo, qualidade, frequência e distribuição dos registros a serem mantidos. 2. Utilizar normas disciplinadas de documentação e prova. 3. Preservar os registros diariamente em cada elemento da administração e desempenho do empreendimento para permitir a um terceiro reconstruir o projeto a partir dos arquivos, se necessário" (WICKWIRE *et al.*, 2003, p. 173, tradução nossa).

demanda judicial – ou para uma resolução para além da técnica e da legalidade questões que poderiam ser dirimidas no tempo adequado e de forma coerente.

Na terceira fase, trava-se o embate quanto à compatibilidade entre o objeto executado e o objeto contratado no momento da emissão dos Termos de Recebimento Provisório e Definitivo do empreendimento. Além disso, olhando-se em perspectiva o desenvolvimento da obra, avalia-se de forma mais apropriada se a equação econômico-financeira delineada em contrato e tornada concreta em sua fase de execução foi ou não respeitada. Sempre que constatado o desequilíbrio, neste momento ou ainda durante a execução do empreendimento, fica aberta a possibilidade de formulação dos *claims* (pela literatura anglo-saxônica) ou pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro (na linguagem usual do mercado brasileiro).

Esta demanda poderá ser proposta em distintas instâncias. Os contratos poderão prever métodos de resolução específicos, como a mediação técnica, os *dispute resolution boards* e a arbitragem. No caso dos contratos de obras públicas seria interessante que houvesse um novo aporte legislativo regulando esta matéria uma vez que, como demonstra a experiência internacional nesta área, muitas divergências surgidas ao longo do empreendimento podem ser superadas através desses mecanismos, com reflexos extremamente positivos para o desenvolvimento do contrato e manutenção da equação contratual acordada.

Superada esta fase, ou caso inexistente, os pleitos darão origem usualmente a procedimentos administrativos. Esses procedimentos enfrentam dificuldades específicas. Com efeito, as solicitações de reequilíbrio dos contratos de obra pública podem expor falhas administrativas dos agentes públicos responsáveis pela condução e supervisão do empreendimento e implicam o reconhecimento de dívida pela Administração, podendo resultar, inclusive em responsabilização desses agentes nas distintas esferas administrativa, cível e criminal.

Como consequência, é comum observar procedimentos desta espécie tramitando com celeridade especialmente comprometida. Um julgamento adequado destas demandas é um dever do Estado extraível das disposições constitucionais e da principiologia da Lei de Processo Administrativo, mas que se vê por vezes

obstado em casos deste tipo, o que exigiria talvez um tratamento legislativo específico. A solução de controvérsias ainda nesta etapa atende de forma direta o interesse público primário envolvido – isto é, permitindo a continuação do empreendimento de acordo com o planejamento traçado – sem que a situação degringole, por exemplo, para o abandono da obra pelo particular.

Superada a fase do processo administrativo, o requerimento de reequilíbrio dará lugar a um litígio judicial. Esta questão implica em problemas específicos. A matéria, diante da complexidade dos contratos de obra pública e da multiplicidade de disciplinas envolvidas é de difícil trato para os magistrados, refletindo-se em decisões baseadas em análises pobres das circunstâncias envolvidas no empreendimento.

Os pleitos de reequilíbrio podem ter lugar durante a execução do contrato, sendo, de fato preferível que assim ocorra. Com efeito, se identificado o desequilíbrio contratual ainda nessa fase haveria mesmo uma obrigação de boa-fé consistente na comunicação entre as partes de tal ocorrência com vistas a sua solução imediata. Encaminhando-se a questão desta forma, ficariam abertas ao contratante distintas possibilidades de restabelecimento do equilíbrio como, por exemplo, pela exclusão de determinados itens de contrato responsáveis pela alteração em sua equação (retirada de serviços para futura contratação com terceiros); alteração de prazo ou fluxo de caixa do empreendimento; estabelecimento de preços novos, etc.

A necessidade do tratamento da matéria ainda na fase de execução dos serviços decorre, ainda, do fato de que a assinatura de termos aditivos ao contrato após a identificação do desequilíbrio sem que em tal documento se trate desta questão pode ser interpretado como a anuência do particular a uma nova configuração da equação contratual. Nesse sentido, podemos identificar posicionamento judicial no sentido de que se o reequilíbrio não é arguido quando da prorrogação de prazo os fatores que desequilibraram o contrato no período anterior ao aditivo deixam de ser considerados imprevisíveis, passando a ser tidos como considerados quando da elaboração da “proposta de aditamento”¹⁶⁰. Portanto

¹⁶⁰ É o que podemos ler no seguinte excerto de jurisprudência: “5. No caso concreto, contudo, há uma peculiaridade que me parece afastar por completo o dever de reequilibrar econômica e

o reequilíbrio econômico e financeiro dos Contratos deveria ser pleiteado, tanto administrativa como judicialmente, no momento de ocorrência do fator que gerou o desequilíbrio ou quando de sua constatação.

O risco de que o desenvolvimento do contrato seja interpretado desta maneira não pode ser desconsiderado por aquele que lide com a matéria. Contudo, muitas vezes a dinâmica da relação contratual não é favorável a que as coisas caminhem dessa forma (especialmente pelo temor de retaliação do contratante e da fiscalizadora), forçando a resolução do desequilíbrio para o final do contrato, no mais das vezes por via indenizatória.

3.4. Casos usuais de desequilíbrio contratual em obras públicas e seus desdobramentos

3.4.1. Desequilíbrios por atraso no cronograma e por perda de produtividade

Podemos analisar os tipos de pleito de reequilíbrio mais comuns em empreendimentos de infraestrutura relacionando-os com as questões apontadas

financeiramente o contrato imposto ao recorrente pela instância ordinária. 6. É que, conforme narrado no acórdão combatido, o contrato administrativo inicialmente celebrado sofreu dois aditivos, um que modificou o preço original do objeto e o período de vigência do contrato e outro que apenas tinha em conta a prorrogação do contrato. Em nenhum deles discutiu-se a elevação dos encargos tributários e trabalhistas. 7. Muito se discute, atualmente, sobre os influxos da boa-fé objetiva no âmbito da Administração Pública, mas com largo enfoque nas condutas do Poder Público. Este aspecto ganha maior relevância porque a Lei n. 8.666/93 já confere uma série de prerrogativas à Administração, motivo pelo qual existe uma tendência em se querer igualar as forças dela à dos particular, sob o pálio da boa-fé objetiva. 8. Ocorre que é preciso ter cuidado para que, na tentativa de corrigir uma dita assimetria, não se acabe gerando outra. É preciso insistir em também analisar as condutas contratuais dos particulares sob a ótica desse princípio hoje bastante difundida doutrinariamente. (...) 12. Quanto ao aumento da Cofins - a outra causa de pedir da empresa recorrida -, importante lembrar tratar-se de fato que decorreu de uma lei editada em 1998, com efeitos a partir de 1999 - antes, portanto, do segundo aditivo, celebrado em 2000. 13. Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior ao segundo aditivo, não há que se falar em aplicação do art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei n. 8.666/93, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas conseqüências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo "sobrevier"). 14. Também não cabe a aplicação do § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta do aditivo, mas sim antes", no Resp. nº 776.790 - AC (2005/0141318-9), Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marque, julgado em: 15 de outubro de 2009 (BRASIL [u], 2015).

nesta pesquisa. As duas espécies principais que identificaremos abaixo podem ocorrer num mesmo empreendimento, em decorrência das mesmas circunstâncias, mas tratam de impactos distintos sobre a economia do contrato. Trata-se dos pleitos correspondentes aos atrasos de cronograma e à perda de produtividade, respectivamente (LEONARD, 1988, p. 4).

a) Desequilíbrio por dilatação do prazo

Os pleitos de desequilíbrio por dilatação do prazo do empreendimento¹⁶¹ correspondem, em regra, à reparação dos efeitos da majoração dos custos indiretos (administrativos local e central), dos custos de manutenção do canteiro de obras, da renovação de seguros e ressarcimento da ociosidade de equipamento e mão de obra alocados no projeto¹⁶².

A forma de quantificação do sobrecurso decorrente da majoração dos custos administrativos da obra e da manutenção do canteiro variará a depender de como eles foram precificados no orçamento. Tratando-se de item de planilha, o cálculo poderá se dar por simples multiplicação entre o número de meses aditados e o valor unitário da administração. Contudo, se a ampliação do prazo do empreendimento está ligada a uma diminuição no ritmo de suas atividades (em decorrência, por exemplo, da interrupção de uma das frentes de serviço como efeito de alguma interferência externa), é mais adequado tomar o valor unitário como teto do ressarcimento mensal e proceder ao levantamento dos documentos fiscais de comprovação dos custos de administração. Pela relativa simplicidade de tratamento do reequilíbrio nessa hipótese, os contratos sob este regime de remuneração limitam a subjetividade na análise desses pleitos aumentando as chances de um julgamento técnico e imparcial dos mesmos.

¹⁶¹ Esses pleitos podem ser agrupados sob o rótulo *pure delays claims*, que poderíamos definir na forma abaixo: “*Pure delays* resultam principalmente em uma extensão do período de execução global do empreendimento. Danos associados com atrasos puros incluem sobrecustos com mão de obra indireta, ociosidade de equipamentos, escalonamento de salários, custos de financiamento e de supervisão estendida. Estes custos são incorridos durante o período de atraso” (WICKWIRE, 2003, p. 486, tradução nossa).

¹⁶² A ociosidade de equipamentos e mão de obra ocorre, como se pode depreender da expressão, quando estes elementos, legitimamente mobilizados de acordo com o planejamento traçado para o empreendimento e as ordens de serviço expedidas pelo contratante, não encontram frentes de serviço disponíveis para sua utilização, o que pode decorrer de variados fatores, dentre os quais podemos citar, exemplificativamente, atrasos na entrega de projetos pela contratante e ausência de liberação ambiental, desapropriações ou desafetações de áreas destinadas à implantação do objeto contratado.

Se, ao contrário, constam de rubrica no BDI, pode-se calcular uma média mensal de remuneração do serviço de administração e, a partir daí seguir procedimento semelhante ao anterior. Nesse caso, contudo, fica aberto o debate quanto à compatibilidade entre a média dos custos de administração projetados e a realidade de um determinado mês do empreendimento (questão que fica parcialmente superada no caso de remuneração por item de planilha). De fato, a mobilização de pessoal é baixa no início da obra, atinge um pico no auge da produção e diminui à medida que os efetivos vão sendo desmobilizados. Assim, aqui há maior subjetividade na análise da questão.

Quanto à ociosidade, as primeiras linhas gerais da metodologia a ser empregada em sua quantificação, apesar de passível de críticas, já se encontra consolidada junto ao Tribunal de Contas da União. Podemos descrevê-la na forma exposta por CAMPELO e CAVALCANTE para horas paradas decorrentes de período chuvoso, mas extensível a qualquer hipótese de ociosidade: o tempo parado deve ser “considerado, mas em termos de custos improdutivos, não de custos operativos. De acordo com o SICRO, os tempos improdutivos igualam-se ao custo da mão de obra do equipamento; ou seja, o salário horário de seu operador” (2013, p. 96)¹⁶³.

Deve haver o registro das horas paradas, que servirão de base para o levantamento do sobrecusto causador do desequilíbrio. Seria interessante que a legislação estabelecesse a obrigatoriedade de um registro de tal natureza no acompanhamento dos empreendimentos de infraestrutura, o que não existe no regime atual. Alguns empreendimentos não adotam este tipo de registro, ao menos não como documento oficialmente reconhecido pelo contrato, o que por vezes dificulta que pleitos desta natureza tomem caráter mais objetivo.

Estes quantitativos de horas paradas devem ser multiplicados pelo preço horário de cada um dos equipamentos ociosos. Este preço terá por base os valores constantes nas Composições de Preços Unitários. Contudo, tais valores devem ser adaptados às condições de ociosidade, isto é, não devem ser considerados fatores como manutenção, combustível, desgaste etc.

¹⁶³ O equívoco dessa metodologia parece estar em não reconhecer elementos que claramente deveriam ser considerados no levantamento de despesas a serem ressarcidas, como no caso do custo do capital imobilizado nos equipamentos parados e dos custos de depreciação, por exemplo.

b) Desequilíbrio por distúrbios na produtividade

Os pleitos de desequilíbrio por distúrbios na produtividade surgem de alterações na sequência produtiva determinadas por fatores alheios ao controle da empreiteira contratada gerando diminuição da eficiência dos recursos produtivos alocados. Assim, passa a ser necessário o emprego de maior quantitativo de mão de obra e equipamentos para a consecução de um mesmo objeto contratado. São os chamados *disruption claims*. Os pleitos de ressarcimento de custos majorados – diretos, indiretos e de mobilizações e desmobilizações extras – decorrente da liberação intempestiva de frentes de serviço em obras lineares, submetidas a caminho crítico rígido, com conseqüente subfaturamento do contrato; e de diminuição de produtividade em decorrência de interferências imprevistas ou reforçadas (trânsito intenso na região do empreendimento, manifestações da comunidade afetada etc.) são exemplo dessa espécie de pleito ¹⁶⁴.

Para entender como esses desequilíbrios operam é preciso ter em conta que em engenharia existem padrões gerais de planejamento. Por exemplo, é possível dizer, em linhas gerais, que para um determinado serviço, realizado em condições especificadas, através de um método conhecido, respeitando um prazo pré-estabelecido, para que a máxima produtividade seja alcançada, a quantidade de trabalhadores a serem alocados é definida, bem como o número de equipamentos.

Da mesma forma, nos empreendimentos de engenharia existe uma ordem na execução dos serviços contratados. Quando o respeito a esta ordem é logicamente incontornável (como quando dizemos que a execução dos pilares deve preceder a do teto, assim como a do primeiro andar deve preceder a do segundo) ou quando a obediência a uma determinada ordem na execução dos serviços é indispensável ao cumprimento do prazo contratado, chamamos essa ordem de caminho crítico da obra.

¹⁶⁴ Nesse sentido: “*Disruption* resulta de mudanças no método de execução ou sequência de trabalho planejado que implicam incorrer em custos para além dos contemplados no momento da licitação. Estes custos são classificados como trabalho adicional, ineficiências, o aumento da mão de obra e equipamentos para superar a ineficiência, e aumento dos custos do trabalho e equipamentos para desmobilizar e remobilizar forças. O tempo de execução do empreendimento, no entanto, não é necessariamente estendido” (WICKWIRE et al., 2003, p. 486, tradução nossa).

É sob esta perspectiva da "boa engenharia" que os orçamentos de obras são produzidos. Portanto, quando se pensa numa equação inicial de contrato de obra pública, em regra, deve-se ter em mente este padrão de execução dos serviços. Quando alguma circunstância não prevista afeta essa organização dos meios de produção empregados na engenharia, bem como a ordem de execução dos serviços, as consequências sobre o equilíbrio contratual são profundas. Como a execução dos serviços está imbricada os impactos em apenas um dos serviços podem contaminar todos os demais (LEONARD, 1988, p. 1).

Digamos que num determinado empreendimento surgem dificuldades (por exemplo, desapropriações segmentadas, protestos da população, trânsito etc.) que obrigam constantemente à realocação de equipes de trabalho de uma frente de serviço para outra. Nesses casos, ainda que não haja a interrupção plena na execução dos serviços, o período de deslocamento e a adaptação da mão de obra aos novos serviços afastará – e em alguns casos muito – a economia dos parâmetros adotados na orçamentação do empreendimento. Haverá impacto sobre a produtividade do empreendimento.

3.4.2. A prova e a quantificação nos *disruption claims*

Ainda que a noção geral de que produtividade represente, em qualquer atividade econômica, a relação entre insumos e produtos, sua quantificação pode ocorrer de formas distintas, a depender dos objetivos do levantamento (LEONARD, 1988, pp. 6-7). Isto é, a produtividade pode ser calculada para um determinado fator de produção (capital ou trabalho, por exemplo), ou por uma combinação de fatores.

No caso dos empreendimentos de engenharia, nos desequilíbrios contratuais por *disruption* os efeitos sobre o fator trabalho tem especial destaque no quadro geral dos efeitos da alteração de planejamento sobre a produtividade. Com efeito, o deslocamento constante das equipes de trabalho e, em determinados casos, a alteração mesmo do tipo de serviço executado por cada equipe, afetam a

curva de aprendizado dos trabalhadores¹⁶⁵, impedindo que se alcance a produtividade esperada, o que impacta também a utilização dos equipamentos empregados no empreendimento, dependentes que são da operação humana.

Atuando numa mesma atividade, a produtividade é ampliada, de forma mais destacada para o nosso objeto de estudo¹⁶⁶, pelo incremento natural na destreza dos trabalhadores na execução de um mesmo serviço e pela redução do tempo de transição entre distintos serviços. Nos empreendimentos de engenharia esses elementos são profundamente afetados em consequência das alterações no planejamento inicial da obra.

A qualidade de difusão da informação técnica – da administração da obra àqueles empregados na execução direta dos serviços – é também fator relevante incidente sobre a produtividade e a motivação da mão de obra¹⁶⁷ quando considerada enquanto instrumento de comunicação técnica. Neste sentido, a impropriedade dos projetos – cuja responsabilidade varia de acordo com as disposições contratuais – tem impacto importante sobre a produtividade da mão de obra direta. Com efeito, nesse cenário, a mão de obra direta perde contato com as expectativas específicas do empregador sobre seu trabalho e sobre como sua qualidade será apreciada. Além disso, a inconsistência dos projetos requer dos líderes dos grupos de trabalho – engenheiros de campo e mestres de obra – maior

¹⁶⁵ Para Leonard, neste sentido, analisando os empreendimentos de engenharia, a produtividade da força de trabalho “como um todo geralmente melhora durante o projeto devido ao efeito “curva de aprendizado”. A teoria da curva de aprendizado aplica-se a atividades de trabalho que são repetitivas, contínua e essencialmente idênticas” (LEONARD, 1988, p. 16, tradução nossa). Com as alterações de planejamento este efeito é interrompido, com impacto sobre a produtividade da mão de obra e dos equipamentos.

¹⁶⁶ O ganho de produtividade decorrente da divisão do trabalho toma três formas, conforme já nos informava Adam Smith: “em primeiro lugar, devido à maior destreza existente em cada trabalhador; em segundo, à poupança daquele tempo que, geralmente, seria costume perder ao passar de um tipo de trabalho para outro; finalmente, à invenção de um grande número de máquinas que facilitam e abreviam o trabalho, possibilitando a uma única pessoa fazer o trabalho que, de outra forma, teria que ser feito por muitas” (SMITH, 1988, p. 3).

¹⁶⁷ “Pesquisas anteriores indicam que o moral dos trabalhadores e sua produtividade estão intimamente relacionados com a quantidade e qualidade da comunicação que ocorre entre eles e a administração do empreendimento” (LEONARD, 1988, p. 18, tradução nossa). A qualidade de comunicação, nesse sentido, verifica-se quando “os indivíduos são constantemente avisados do que se espera deles e há *feedback* e um mecanismo para medir o desempenho e compará-lo às expectativas” (LEONARD, 1988, p. 18, tradução nossa).

tempo de dedicação à interpretação desses documentos, períodos em que, por vezes, suas equipes esperam ociosas¹⁶⁸.

As interferências relacionadas à caracterização do fenômeno da *disruption* têm origens variadas – como, por exemplo, alterações de projeto, dificuldades na obtenção de insumos ou chuvas – mas suas consequências sobre o fator trabalho são semelhantes. Ocorre que a metodologia empregada no planejamento de empreendimentos de engenharia parte de algumas premissas que são abaladas por tais interferências.

3.4.2.1. Casos típicos

a) Fornecimento de insumos

Ordinariamente, afora empreendimentos com características muito específicas – dependendo de fornecimentos especiais, como no caso de hidroelétricas quanto às turbinas que lhe comporão – na programação da obra parte-se do planejamento das atividades considerando-se o fornecimento dos insumos no tempo e quantidades adequados¹⁶⁹. Apenas posteriormente algumas questões relacionadas às características específicas da região do empreendimento serão consideradas – como a inexistência de fornecedores com capacidade suficiente para o atendimento da demanda projetada. Nesta fase, outras

¹⁶⁸ É neste sentido a seguinte afirmação de Leonard: “A qualidade dos desenhos técnicos tem sido citada como um exemplo típico do bem contra o mal no campo da comunicação. Desenhos incompletos e insuficientes carecem de detalhes suficientes para a execução do trabalho, implicando gastar mais tempo tentando interpretar a intenção dos arquitetos e engenheiros, enquanto equipes de campo estão esperando de braços cruzados para obter instruções. Desenhos incompletos e inadequados exigem revisões e pedidos de alteração que, por sua vez, muitas vezes resultam em maiores atrasos e perda de produtividade” (LEONARD, 1988, p. 19, tradução nossa).

¹⁶⁹ Com efeito, tanto o *Critical Path Method* (CPM) como o *Project Evaluation Technique Review* (PERT) – técnicas largamente utilizadas para o gerenciamento de prazos e programação de atividades em projetos de engenharia – consideram a disponibilidade imediata dos insumos para a execução dos serviços. Com efeito, “Quer seja pelo modo determinístico (CPM) ou pelo probabilístico (PERT), o cálculo das datas independe, em uma primeira instância, do volume, perfil ou disponibilidade dos recursos, a menos que alguma estratégia específica tenha sido previamente considerada quando da formulação da rede lógica que modela a execução do empreendimento. No campo de estudos da programação de empreendimentos (*project schedule*), em particular na área que aborda o emprego dos recursos para a programação da produção, este aspecto é conhecido como a premissa de que os empreendimentos, na sua fase de implantação (produção) possuem capacidade de recursos infinita” (AKKARI, 2009, pp. 46-47).

alternativas de fornecimento poderão ser consideradas ou proceder-se-á ao nivelamento das atividades à capacidade de captação de insumos pela obra. Contudo, em todos os casos, serão consideradas apenas as vicissitudes existentes quando da elaboração do planejamento – planejamento inicial, neste caso.

Exemplo palpável de insumo com esses efeitos impactantes sobre o planejamento do empreendimento é o *concreto*. A *disruption* pode ocorrer, nesse caso, quando a programação de concreto de uma determinada obra não pode ser cumprida por conta da impossibilidade de chegada dos caminhões betoneira ao canteiro de atividades em função da interrupção ou intensificação significativa do trânsito nas zonas de acesso à obra em decorrência de manifestação de moradores da região; ou, ainda, no caso de que tal acesso foi prejudicado, em obras portuárias, pelo gargalo logístico gerado por supersafra de grãos¹⁷⁰.

Nessa espécie de situação, a impossibilidade fática de cumprimento da premissa de disponibilidade de recursos adotada no planejamento dos empreendimentos de engenharia será, *a priori*, fator imprevisível ensejador de desequilíbrio contratual. Com efeito, tais situações são desviantes dos padrões adotados na orçamentação dos empreendimentos de engenharia. Essas circunstâncias obrigam à adoção de soluções alternativas¹⁷¹, o que implicará sobrecusto e perda de produtividade por alteração na programação das atividades.

As soluções possíveis nestes casos podem ser distinguidas entre aquelas que permitem a manutenção do prazo estabelecido para o empreendimento – quando, portanto, é possível reprogramar as atividades do caminho crítico da obra – ou aquelas que exigem o relaxamento do prazo inicialmente estipulado, ainda

¹⁷⁰ Essas circunstâncias de fato se verificaram no ano de 2013.

¹⁷¹ Nesse sentido: “podem-se avaliar os perfis de demanda *versus* disponibilidade dos recursos e identificar as situações de conflito. Estas situações podem ser identificadas como desvios em relação aos requisitos de uso dos recursos. Com base nos critérios anteriores, devem ser identificados quais desvios são mais relevantes e qual a abordagem mais adequada para seu tratamento. São fatores de decisão: disponibilidade de recursos; escassez relativa entre recursos; condições de uso extraordinário (sobrecarga ou uso por períodos extras); possibilidade de uso de recursos alternativos; duração aceitável para o prazo da produção; atividades que podem ser desdobradas; atividades que admitem emprego de recursos em condições de uso extraordinárias; possibilidade de re-arranjo na prioridade das atividades” (AKKARI, 2009, p. 49).

que na menor intensidade possível¹⁷². Em ambos os casos, contudo, os efeitos sobre a produtividade serão sentidos.

b) Clima

Outro fator de impacto relevante sobre o planejamento nos empreendimentos de engenharia são as chuvas¹⁷³. A extensão de suas consequências variará de acordo com a natureza dos serviços contratados. Há uma tendência de que estes impactos sejam mais significativos em empreendimentos que envolvam serviços de terraplanagem e pavimentação¹⁷⁴.

No caso específico das obras públicas, sujeitas à limitação dos sistemas oficiais de preço, para cuja referência costuma-se adotar o SICRO/DNIT, é indispensável observar que as “produções adotadas pelo DNIT não contemplam a ocorrência de condições climáticas desfavoráveis, as quais influenciam, em função da frequência e intensidade, e de modo específico, alguns tipos de serviço” (DORNELAS, 2013, p. 100).

Com efeito, no *Manual de Custos Rodoviários* do DNIT, encontramos quanto aos critérios gerais adotados para a composição dos preços unitários dos serviços de terraplanagem e pavimentação que os efeitos das chuvas sobre a produtividade não são considerados. É apenas no processo de produção do orçamento de referência do órgão licitante que estas questões devem ser apuradas, dadas as especificidades de cada empreendimento¹⁷⁵.

¹⁷² Nesta hipótese, as restrições de recursos são consideradas incontornáveis e, nesse caso, “os conflitos decorrentes da disputa são identificados e necessariamente resolvidos, ainda que a custa da postergação do prazo final do empreendimento, que tenderá a ser sempre o mais cedo possível” (AKKARI, 2009, p. 50).

¹⁷³ CAMPELO e CAVALCANTE confirmam o efeito agudo das chuvas sobre os empreendimentos de engenharia quanto aos custos de administração da obra ao afirmarem que “Eventualmente, dependendo do estágio da empreitada, as chuvas podem paralisar o andamento dos serviços e, em consequência, aumentar os custos de manutenção de canteiros e da administração local” (CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 93). Os efeitos das chuvas também se fazem sentir em outros aspectos dos empreendimentos de engenharia, como ocorre com a produtividade dos serviços em campo.

¹⁷⁴ Neste sentido: “Inicialmente, deve-se ter em mente que as chuvas não repercutem de modo idêntico em qualquer tipo de serviço. Existem etapas da obra que pouco ou nada são influenciadas. O reboco interno de uma edificação é um deles, como também o contrapiso, a pintura, os portais e as instalações. A terraplanagem, não obstante, é altamente impactada” (CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 95).

¹⁷⁵ Neste sentido, “As produções adotadas não contemplam a ocorrência de condições climáticas desfavoráveis, as quais influenciam, em função da frequência e intensidade, de modo específico,

A precificação dos efeitos da chuva sobre a produtividade deveria haver ensejado, neste caso, a flexibilização dos preços teto de referência, acompanhada das justificativas técnicas necessárias. Como sustentamos, havendo uma adequada objetivação da alocação de riscos, pode-se dizer que se os limites de preço utilizados como referência numa determinada licitação de obra pública não foram flexibilizados para fazer frente aos sobrecustos decorrentes dos efeitos de condições climáticas, estes sobrecustos, quando verificados durante a execução da obra, deverão ser objeto de ressarcimento ou realinhamento de preços, a depender do caso e do momento de sua constatação, como meio de reequilibrar o contrato. Pleitos com esse objetivo têm sido frequentes nos contratos de obra pública¹⁷⁶.

Não havendo a precificação dos efeitos do clima sobre a produtividade do empreendimento e existindo cláusula contratual expressa determinando que os sobrecustos decorrentes de efeitos climáticos – salvo configuração de força maior – deveriam ser suportados pelo contratante, tal cláusula deve ser desconsiderada e tida por não escrita, dada sua abusividade no contexto de restrição da autonomia de liberdade de contratação determinada pela dinâmica dos contratos administrativos¹⁷⁷.

3.4.2.2. Metodologia de cálculo nos *disruption claims* e seu efeito sobre a objetivação da análise dos pleitos de reequilíbrio

cada tipo de serviço. Na elaboração do Orçamento de um Projeto Final de Engenharia, há necessidade de, em função dos dias de chuva previstos dentro do prazo total desejado para a execução dos serviços, serem computadas as horas improdutivas calculadas” (DNIT, 2003, p. 21).

¹⁷⁶ “As chuvas merecem um capítulo particular. São dezenas de julgados do TCU a tratar da aferição de preços de obras e serviços de engenharia na estação chuvosa” (CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 93).

¹⁷⁷ Contrariando a constatação de que os preços teto a que estão adstritos os licitantes não contemplam os efeitos das chuvas sobre o prazo para execução dos serviços a serem contratados e baseando-se apenas na hipótese de que os contratados estão formalmente obrigados a ter pleno conhecimento das condições de campo para a realização da obra, CAMPELO e CAVALCANTE (2013, p. 93) posicionam-se em sentido contrário ao que aqui sustentamos e indicam o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, que se escora na premissa de que outros fatores – inclusive os de incremento de produtividade como poder de barganha, ganhos de escala e produtividades mais atuais dos equipamentos – também não são considerados nos valores do SICRO e que uma revisão de preços em decorrência da variação da produtividade deveria ter caráter sempre holístico e jamais pontual e direcionada para um determinado fator¹⁷⁷. Mesmo este argumento, entretanto, parece perder sua força no caso de chuvas que ultrapassem as médias históricas para o período de execução dos serviços contratados, como reconhecido pelos autores citados.

A análise da produtividade de uma determinada atividade é relativamente simples quando temos como resultado da operação econômica um produto específico, tornando-se, entretanto, complexa quando o produto final é composto por um emaranhado de elementos parciais conjugados, como no caso dos grandes empreendimentos de engenharia.

Nem sempre será possível, em tais circunstâncias, uma demonstração cabal dos valores adicionais incorridos, o que poderia tomar a forma, por exemplo, de notas fiscais relativas ao sobrecusto em cada serviço. Isto se deve a que, nesses casos, apesar de uma distorção dessa espécie poder ser identificada de forma segura como uma fonte específica de custos adicionais seus efeitos se espalham alcançando aspectos do empreendimento a que não está, em princípio, diretamente ligada¹⁷⁸.

Sendo tecnicamente inviável a quantificação precisa, o valor a ser ressarcido deverá ser arbitrado em certa medida – com base nos custos globais do empreendimento, por exemplo – a partir de abstração matemática, com a melhor aproximação possível do impacto real dos fatores ensejadores de desequilíbrio sobre a economia do contrato.

As dificuldades na caracterização e quantificação desta espécie de desequilíbrio são comuns aos contratos públicos e privados¹⁷⁹. Esta impossibilidade de demonstração às últimas consequências de todos os valores cujo ressarcimento seria necessário ao reequilíbrio contratual, contudo, causa maior impacto nos contratos administrativos.

Isto faz o pleito do particular afetado correr o risco de parar diante de uma interpretação restritiva do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo esta perspectiva, o interesse público é igualado aos recursos financeiros

¹⁷⁸ Nesse sentido: “Although the problem can be identified as a source of specific additional cost, the effect does not stop there but creates expanding ripples which adversely affect seemingly unrelated activities” (LEONARD, 1988, p. 1).

¹⁷⁹ Esta questão é retratada por WICKWIRE *et al.*, para quem “Em geral, é muito difícil uma precificação adequada para os custos incorridos nos casos de *disruption*, perda de eficiência, e trabalhos executados fora de seqüência porque esses custos não são normalmente identificados especificamente nos registros de preços de projetos” (WICKWIRE *et al.*, 2003, p. 543, tradução nossa).

do Estado, levando ao limite a ideia segundo a qual “na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição de vontade do administrador*” (MELLO, 2012, p. 77). A proceder desta forma, contudo, mantém-se um impasse negocial que pode interromper a execução do empreendimento.

A impossibilidade de demonstração com documentos fiscais de cada sobrecusto do empreendimento apropriando tais valores a tal ou qual serviço – sendo da própria natureza desta espécie de desequilíbrio contratual denominada *disruption* – não impede o reequilíbrio contratual¹⁸⁰. É necessário, contudo, o estabelecimento de lastro probatório sólido para sustentar o arbitramento de valores capazes de reestabelecer o equilíbrio contratual. Existem técnicas adequadas para esse arbitramento de valores. Nesses casos, a prova do desequilíbrio concentra-se mais na fundamentação e comprovação exaustiva das causas de tal distorção, da relação dessas causas com quem seja responsável por elas e da qualidade do impacto gerado sobre o empreendimento.

Uma das formas de cálculo largamente adotada para os *disruption claims* é o chamado *total cost method* (WICKWIRE et al., 2003, *passim*) ou *differential cost calculation* (LEONARD, 1988, *passim*). O método consiste no cálculo da diferença entre os custos planejados de acordo com o orçamento e os custos reais do empreendimento¹⁸¹.

Esta metodologia encontra dificuldades dada sua generalidade, especialmente por permitir uma defesa também genérica por parte do contratante, que colocará em destaque eventuais equívocos ou ineficiências de responsabilidade do contratado. A subjetividade subjacente a esta espécie de análise, às vezes incontornável a depender da documentação gerada e arquivada ao longo da execução do contrato, representa mais um dos aspectos que contribuem para a ampliação de impasses negociais durante o processo de reequilíbrio contratual.

¹⁸⁰ É verdade que “existe a necessidade de a parte lesada comprovar o montante do prejuízo sofrido” (TANAKA, 2007, p. 173), mas isso se dará, a depender das circunstâncias do caso concreto, de forma indireta, de acordo com formas usuais de cálculo ou expectativas de produtividade adotadas pela engenharia.

¹⁸¹ Isto é, “compara a produtividade alcançada pelo contratante durante um período normal, não impactado, ao do período impactado” (LEONARD, 1988, pp. 4-5, tradução nossa).

Para a objetivação da análise dessa espécie de pleitos, é aconselhável, inicialmente, que ao menos quanto a alguns dos serviços afetados com esse impacto na produtividade haja uma demonstração mais precisa da perda de eficiência e do sobrecusto daí decorrente para a melhor caracterização da lógica de análise utilizada no pleito de reequilíbrio¹⁸². Ocorre que a produtividade de uma determinada atividade econômica pode ser avaliada tanto em nível global - *macro* - como particular - *micro* - (LEONARD, 1988, p. 8), e sua análise combinada reforça o argumento do desequilíbrio.

No caso de desequilíbrio contratual por perda de produtividade, os principais fatores a serem avaliados são equipamentos e mão de obra. Poderão haver histogramas previamente acordados para esses fatores que serviriam de base para comparação com os histogramas reais da obra. Contudo, não é usual a existência de tais documentos contratualmente oficializados em fase pré-operacional do empreendimento no caso de obras públicas. Seria recomendável que a legislação obrigasse a apresentação de tais documentos ainda em fase licitatória que deveriam ser avaliados ou rejeitados pela administração, tornando-os documentos oficiais dos contratos. Este seria um relevante aporte à avaliação objetiva do equilíbrio contratual.

Na ausência de tais documentos, é necessário buscar alternativas de quantificação da produtividade adotada no processo de orçamentação do empreendimento. No caso de obras públicas, no Brasil, haverá, via de regra, um conjunto de Composições de Preços Unitários apresentado durante o processo licitatório a partir dos quais se originará o valor da proposta¹⁸³.

¹⁸² Neste sentido, “Para provar a perda de produtividade, o contratado deve demonstrar que uma determinada unidade de produção realmente exigiu mais trabalho, mas em função de alguma ação do governo ou contratante” (WICKWIRE, 2003, p. 543, tradução nossa).

¹⁸³ Com efeito, o art. 7º, § 2º, inc. II da Lei nº 8.666/93 determina que – para os regimes de contratação previstos na Lei Geral – “As obras e serviços de engenharia somente poderão ser licitados quando: [...] existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços” (BRASIL [f], 2015). A Súmula nº 258 do TCU confirma a obrigatoriedade de sua exigência nos editais de licitação de obra pública: “SÚMULA Nº 258 – As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou unidades genéricas” (BRASIL [aa], 2015). Mesmo nos contratos a preço global do tipo EPC haveria a obrigação de elaboração do detalhamento dos custos unitários do empreendimento, na forma apontada pelo Acórdão 2894/2012-TCU-Plenário, conforme voto do Rel. Min. Aroldo Cedraz: “friso que nem mesmo as contratações realizadas na modalidade *Engineering*,

As composições de preços unitários, inclusive de acordo com os modelos SICRO/SINAPI, costumam conter as seguintes informações: designação do serviço; código do serviço; equipamentos utilizados (unidade, custo unitário, coeficiente de produtividade e custo total); mão de obra utilizada (unidade, custo unitário, coeficiente de produtividade e custo total); materiais (unidade, custo unitário, coeficiente de produtividade e custo total); transportes (DMT, consumo de combustível, custo unitário, custo total); custo unitário direto do serviço; bonificações e despesas indiretas; e preço unitário total.

A partir desses dados é possível, de acordo com o volume e quantidade de serviços constantes do escopo contratual, elaborar histogramas de equipamento e mão de obra para o empreendimento. Tais histogramas não poderão ser rejeitados *a priori* por serem decorrência lógica das Composições de Preços Unitários, documentos oficiais do contrato. A irregularidade de determinada composição, se arguida, deverá ser demonstrada tecnicamente, indicando a incompatibilidade do orçamento do serviço com a produtividade ordinariamente alcançada nos parâmetros de mercado. É parte da própria finalidade destes documentos (CPUs) servirem de lastro de objetividade para futuros reequilíbrios contratuais¹⁸⁴. A demonstração de eventual inconsistência em tais composições deverá ser rigorosa e apontar um desvio relevante, uma vez que a produtividade média de mercado é apenas um horizonte e seu valor real é determinado pelas peculiaridades do empreendimento e da empresa prestadora do serviço.

Produzidos esses parâmetros iniciais de produtividade, a eles serão comparados valores reais constantes de histogramas que considerem o montante real de mão de obra e equipamentos empregados no empreendimento. Os quantitativos reais de mão de obra e equipamentos estão disponíveis nas anotações no Registro Diário de Obra, documento ordinariamente estabelecido de forma obrigatória pelos contratos de obra pública, onde costumam constar discriminados os tipos de equipamento e pessoal empregado na obra, com local para preenchimento do quantitativo diário real de tais fatores de produção. A partir

Procurement and Construction – EPC Full dispensam a necessidade de elaboração de orçamentos detalhados, de modo a permitir que a regularidade dos gastos efetuados com recursos públicos seja aferida pelos órgãos de controle” (*apud* CAMPELO e CAVALCANTE, 2013, p. 115).

¹⁸⁴ Neste sentido, como é de opinião de CAMPELO e CAVALCANTE (2013, p. 113), estes documentos servem “de lastro probatório para o discernimento de futuros pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro”.

daqueles valores é possível elaborar os histogramas reais de equipamento e mão de obra do empreendimento. Os livros de Registro Diário de Obra devem ser assinados diariamente pelas partes do contrato, na pessoa de seus representantes competentes para tanto. As informações constantes dos RDOs não podem ser contestadas, portanto, aprioristicamente. A arguição contrária a tais informações deve contar com provas cabais e ser feita ponto a ponto e não de forma genérica.

Do confronto entre as informações dos histogramas planejados e reais será possível avaliar o impacto global na produtividade do empreendimento. A fragilidade do método descrito está no fato de que nesta operação eventuais ineficiências na execução do contrato que sejam de responsabilidade do contratado ou erros na elaboração do orçamento serão contados como se decorressem dos fatores alegadamente responsáveis pelo desequilíbrio contratual¹⁸⁵. Contudo, esta ineficiência ou outros fatores dessa espécie devem ser arguidos em momento oportuno e registrados nos documentos contratuais, isto é, registro diário de obras, correspondências, multas contratuais etc. Devem ser arguidos, portanto, durante a execução do contrato e registrados de forma adequada.

Isto é, se durante todo o período contratual não houver qualquer indicação por parte do contratante público de que os serviços não foram executados de forma adequada o argumento de ineficiência do particular para o contratante eximir-se da recomposição do equilíbrio contratual perde força. Especialmente quando o desequilíbrio envolver e se manifestar também através da ampliação do prazo original de contratação, a questão deve ter sido levantada previamente.

Com efeito, conquanto não entendamos que este raciocínio possa ser aplicado diretamente a todos os casos concretos, é possível sustentar que a aplicação de sanções em sede de contrato administrativo é ato vinculado, conforme defendem autores como, por exemplo, Heraldo Garcia Vitta¹⁸⁶. Ora, seguindo este

¹⁸⁵ Neste sentido, "Portanto, empreiteiros comumente calculam os custos de impacto simplesmente subtraindo seus custos planejados de seus custos reais. Os contratantes e os tribunais de justiça, no entanto, não vêem com bons olhos tal cálculo, pois ele não leva em conta as ineficiências do contratado, e os riscos que assumiram por força do contrato" (LEONARD, 1988, p. 5, tradução nossa).

¹⁸⁶ "Por isso, penalidade administrativa deve ser (dever) imposta pela autoridade competente (se acaso apurada a infração, no bojo de um processo administrativo), pois o Estado não detém disponibilidade a respeito dela. Cuida-se, por assim dizer, de potestade (disciplinar), no qual subjazem a ideia de dever e a ideia de poder, sendo esta (meramente) instrumental para o

entendimento, caso não tenham sido aplicadas penalidades quando da prorrogação do prazo para a execução do objeto contratado, é de supor-se que os fatores impeditivos do descumprimento do prazo inicialmente estipulado não decorrem de culpa do particular contratado. Caso contrário, estaria a contratante obrigada a penalizá-lo.

Portanto, a simples possibilidade de incorporação da ineficiência do particular no montante a ser ressarcido não é suficiente para refutar o método de cálculo global do sobrecusto por perda de produtividade. Para tanto, seria necessário a demonstração, por documentação idônea da espécie mencionada, de que tal ineficiência do particular teve lugar durante a execução do objeto contratado. Ainda neste caso, pelo contraste entre os dados que comprovam a ocorrência dos fatores que impactaram a eficiência na execução do empreendimento apresentados pelo particular e aqueles apresentados pela Administração para comprovar a ocorrência de má gestão do contratado, que devem ser ponderados de acordo com sua relevância, deve-se arbitrar o valor a ser ressarcido com vistas à reaproximação da equação contratual de sua situação de equilíbrio. Em determinadas circunstâncias fáticas o método de avaliação dos custos globais é o único que permite uma aproximação razoavelmente confiável do impacto econômico-financeiro suportado por determinado contrato de obra pública, devendo, portanto, ser utilizado¹⁸⁷.

cumprimento (efetivo) daquela" (VITTA, 2013, p. 976). A jurisprudência parece caminhar no mesmo sentido, conforme, por exemplo, entendimento sedimentado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Contudo, é necessário observar que o art. 87 da Lei Federal nº 8.666/93 parece indicar a natureza discricionária da aplicação de sanções administrativas em sede de contratos públicos, uma vez que se utiliza da expressão **poderá**: "Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração **poderá**, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções" (grifamos). Interpretada a questão nesse sentido, ganharia destaque a motivação dos atos administrativos sancionatórios, uma vez que o objetivo almejado pela aplicação da penalidade seria, assim, a consecução adequada do interesse público consistente no objeto do contrato. Não remanesceria a motivação, portanto, na simples identificação de irregularidades no cumprimento do contrato, mas deveria considerar, por exemplo, os efeitos da pena sobre o desenvolvimento das atividades contratadas. Não se poderia aplicar sanção, por exemplo, que *a priori* tivesse por consequência a inviabilização da atividade da empresa contrata, isto é, que, v.g., a levasse à inviabilidade econômico-financeira.

¹⁸⁷ WICKWIRE *et al.* descrevem, conforme jurisprudência norte americana na matéria, as circunstâncias que permitem a utilização do *total cost method* e os requisitos para o deferimento de pleitos produzidos através dessa metodologia: "Tribunais e árbitros permitem o reequilíbrio pelo método de custo total quando: existem (1) lastro probatório adequado; (2) não há melhor método de provar custos; e (3) existe alguma base para a determinação de uma quantidade razoável relacionada com a direito. A aceitabilidade do método de custo total depende de prova de que: (1) a natureza dos prejuízos torna impossível ou altamente impraticável para determinar o montante com

3.5. Obstáculos à adoção de um regime transparente de alocação de riscos em obras públicas e possibilidades de avanço

O emprego das práticas de alocação e controle de riscos desenvolvidas e amplamente aplicadas nos contratos privados de engenharia, especialmente em nível internacional, encontra uma notável dificuldade em sua transposição para o regime dos contratos de obra pública. Ocorre que se no regime privado – ainda que diante das limitações que nos são esclarecidas pela Teoria dos Contratos Incompletos¹⁸⁸ – podemos usar a fórmula geral segundo a qual riscos para os quais corresponde contingenciamento de despesas no orçamento contratual devem ser alocados ao contratado e os demais ao contratante, nos contratos de obra pública tal contingenciamento encontra barreiras estritas e não costuma ser explicitado em orçamento.

Os editais de licitação que estabelecem as regras da concorrência entre as construtoras interessadas num determinado contrato fixam os parâmetros de apresentação dos orçamentos para aquela obra. Se na formatação apresentada pelo órgão licitante não constar rubrica específica para contingenciamento de riscos tais valores não poderão ser explicitados em orçamento, sob pena inclusive de desclassificação da empresa licitante. Em outros casos, existe rubrica específica constante do percentual de BDI para contingenciamento de riscos, mas normalmente sob o título genérico *Riscos*, sem uma definição precisa do que estaria abarcado em tal conceito – mantendo a indefinição quanto à questão.

Evidentemente, o fato de não ser explicitado em orçamento não significa que não haverá contingenciamento de valores pelas empresas de engenharia,

um grau razoável de precisão; (2) proposta ou estimativa do contratado era realista; (3) os custos reais apresentados pelo contratado eram razoáveis; e (4) o contratado não era responsável pelas despesas adicionais” (WICKWIRE *et al.*, 2003, pp. 489-490, tradução nossa).

¹⁸⁸ A Teoria dos Contratos Incompletos levanta a questão dos custos de transação – isto é, custo de negociação, monitoramento e coordenação entre as partes – como um dos elementos determinantes para o nível de detalhamento e aprofundamento alcançado pelos instrumentos contratuais, o que inclui a objetivação do regime de alocação de riscos. Nesse sentido, “a magnitude dos custos de transação irá definir o grau de incompletude do contrato” (NÓBREGA, 2009, p. 5).

muitas vezes precedido de estudos técnicos mais ou menos detalhados quanto aos riscos relacionados ao empreendimento. A sua não explicitação, contudo, impede que estes estudos se transformem numa clara e bem definida alocação contratual de riscos.

Outra questão que se coloca de maneira incisiva contra uma melhor estipulação do regime de alocação de riscos nos contratos de obra pública é a limitação de valores da contratação àqueles estipulados pelos sistemas oficiais de referência de preços.

Quando a esta questão, a limitação aos preços de contratação é o centro de um debate recente. Observem que a determinação de tal limitação, no caso das obras públicas, constava expressamente dos termos da lei até a LDO de 2013, conforme artigo 102 da Lei nº 12.708/12, que transcrevemos:

"Art. 102. O custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil".

Sempre houve certa liberdade para a adaptação dos valores constantes nesses sistemas de preço, o que dependeria, contudo, de sua justificação de acordo com características especiais do empreendimento em questão. Entretanto, esta não é uma prática usual nos contratos de obra pública.

Alterando uma tradição das Leis de Diretrizes orçamentárias, a LDO de 2014 eliminou a previsão legal de limitação de preços pelos sistemas de referência. Tal alteração da prática orçamentária da União resulta de Veto Presidencial, conforme Mensagem nº 595, de 24 de dezembro de 2013, em que foi eliminado o artigo 107 do Projeto de Lei nº 2, de 2013-CN¹⁸⁹, que tinha redação semelhante à adotada nas leis orçamentárias anteriores quanto à matéria.

Nas razões do veto presidencial, podemos ler:

¹⁸⁹ Que "Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014 e dá outras providências" (BRASIL [b], 2014).

"Os critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia transcendem um exercício financeiro e por isso já estão disciplinados pelo Decreto no 7.983, de 8 de abril de 2013, que assegura a necessária segurança jurídica sobre as regras a serem aplicadas. Além disso, a redação proposta não contempla especificidades previstas no Decreto, como as regras para empreitada a preço global e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, podendo gerar insegurança jurídica" (BRASIL [c], 2014).

Com a repercussão negativa do veto presidencial foi necessário a publicação de nota oficial do Ministério do Planejamento, em que se afirma que a metodologia padrão de referência de preços de obras públicas seguia a mesma, conforme a redação do Decreto citado pelo Veto Presidencial, e que o veto estaria justificado uma vez que

"é mais seguro tratar dessas notas por um Decreto, já que a LDO tem vigência anual, portanto há risco potencial de haver várias Leis impactando uma obra que exceda um ano de duração. Como consequência da anualidade da LDO, a mesma conduta praticada no contrato de uma obra, pode ser analisada como regular em um ano e irregular no outro, a depender das alterações realizadas na Lei" (BRASIL [a], 2014).

Não nos parece que um decreto possa trazer mais segurança jurídica que uma lei e, muito menos, quando o dispositivo em questão, ainda que presente em lei de vigência anual, vem sendo repetido com redação semelhante há muitos anos e representa um posicionamento ainda mais antigo do Tribunal de Contas da União. Logo em seguida, a nota parece explicitar as reais intenções do veto presidencial que, entendemos, caminha no sentido de buscar, entre outras coisas, uma solução para a questão apontada nesta pesquisa:

"Cabe destacar também que o processo de orçamentação de obra pública é de natureza administrativa e sujeito a ajustes. Definições de parâmetros técnicos na LDO submetem tais necessidades de ajustes à tramitação de Lei, o que pode ser incompatível com a dinâmica de contratações públicas. Além disso, houve a criação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), por exemplo, que não estava tratado na emenda à LDO. Essa ausência criaria insegurança jurídica para o novo sistema de contratação, que está trazendo ótimos resultados na superação de entraves às obras" (BRASIL [a], 2014).

Quando partimos para a leitura do decreto citado nas razões do veto presidencial, isto é, Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, observamos que não há uma mera absorção do conteúdo que costumava constar das leis orçamentárias, mas são introduzidas novas questões importantes.

Merece menção específica o artigo 9º do Decreto nº 7.983/13 (BRASIL [d], 2015):

"Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - taxa de rateio da administração central;

II - percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III - taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e

IV - taxa de lucro".

Devemos dar especial atenção a que o inciso III do artigo colacionado determina que deve constar obrigatoriamente do valor correspondente ao BDI *taxa de risco*, o que representa um avanço na matéria, mas não deixa de manter a imprecisão que lhe tem sido característica.

Para a concretização dessa nova configuração de BDI foi alterado o § 5º e seguintes, artigo 42, do Decreto nº 7.581/11 (que regulamenta o RDC), que vinculava este valor ao BDI de referência dos sistemas de preço do SICRO e do SINAPI, o que ocorreu através do Decreto nº 8.080, de 20 de agosto de 2013. Na nova configuração, esta restrição não seria aplicável ao regime de contratação integrada. No caso dos contratos nos regimes de empreitada por preço global e empreitada integral o Decreto nº 7.983/13 (BRASIL [d], 2015) vai um pouco mais além na relativização do teto dos valores contratuais, na forma do seu artigo 13, inciso I:

"Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência previstos neste Decreto, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o art. 9º, fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração pública obtidos na forma do Capítulo II, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações".

Apesar do debate acerca da exclusão dos sistemas de preço SICRO e SINAPI das Leis de Diretrizes Orçamentárias, desde 2011 eles constam

expressamente da Lei do RDC, nº 12.462/11, no parágrafo 3º, artigo 8º, com a flexibilização concedida pelos parágrafos que seguem.

Não se pode dizer, desta forma, que os valores constantes dos sistemas de preço oficiais não continuarão a ser impostos pelos órgãos licitantes, receosos de que valores superiores sejam considerados acima dos preços de mercado pelo Tribunal de Contas da União e demais órgãos competentes, implicando inclusive cominação de penalidades, até mesmo em caráter pessoal aos servidores responsáveis pela contratação.

Continua a haver, portanto, uma clara limitação à precificação dos riscos. Contudo, o relativo afrouxamento do limite de despesas indiretas nos contratos de infraestrutura é um indício de que será possível um equacionamento mais racional na disposição dos riscos contratuais, desde que a partir desse permissivo seja criado um protocolo de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública.

É nesse sentido que se apresenta esta pesquisa. A necessidade de revisão de alguns dos paradigmas do direito administrativo vem sendo apontada, por exemplo, por Eros R. Grau (2011, *passim*). Entendemos, também, ser necessário observar o substrato real do aparelho estatal e promover a proposição de soluções para os problemas concretos cuja solução passa incontornavelmente pelo Estado¹⁹⁰.

O quadro descrito nesta pesquisa indica a necessidade de uma nova solução jurídica para a alocação de riscos nos contratos de obra pública. Nesse sentido, a legislação regente da matéria deve caminhar rumo à obrigatoriedade de apresentação de Matriz de Riscos Contratual nos Editais de licitação de obras públicas com a indicação dos principais riscos do empreendimento, prevendo a possibilidade e condições de contingenciamento de valores na proposta, tratando, no mínimo, das questões colocadas nesta pesquisa, além daquelas decorrentes das vicissitudes do empreendimento.

¹⁹⁰ Isto é, “se impõe a crítica e a defesa da legalidade, o que supõe, como premissa, o conhecimento da realidade como ela é (...) Um direito administrativo voltado à análise da funcionalidade da Administração, capaz de discernir, na complexidade da organização estatal, os inúmeros pontos a harmonizar na atuação de suas entidades – não uma fotografia exatamente estática, mas o movimento de sua ação” (GRAU, 2011, p. 261).

Assim, seria possível definir que a identificação do desequilíbrio contratual deve considerar como relativos à álea ordinária os elementos cujo risco de ocorrência, de acordo com os parâmetros do Edital de licitação, poderiam ser objeto de precificação quando da apresentação da proposta; e à álea extraordinária aqueles que não poderiam ser precificados.

No mesmo sentido, deveria ser estabelecida a obrigatoriedade da adoção dos documentos de acompanhamento próprios dessa espécie de contrato, com destaque para histogramas de pessoal e equipamentos e cronogramas de atividades – apresentados ainda na fase licitatória - e Registro Diário de Obra, partes diárias de equipamentos, relatórios fotográficos, atas de reunião e correspondências – produzidos durante a execução do contrato, com uma periodicidade mínima definida. As informações constantes desses documentos deverão ser presumidas verdadeiras *juris tantum*, conferindo segurança jurídica adequada ao empreendimento; esses documentos servirão de parâmetro para a aferição do desequilíbrio contratual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos demonstrar nesta pesquisa os efeitos do regime jurídico que rege o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obra pública sobre o mercado de infraestrutura brasileiro. Ao longo da pesquisa, buscamos inicialmente identificar como o regime jurídico e as práticas contratuais usualmente adotadas nos empreendimentos de infraestrutura pública tem afetado esse mercado. Quanto a isto, foram possíveis as seguintes conclusões:

1) O equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos é conceito jurídico indeterminado quando aplicado a contratos complexos, como no caso de contratos de infraestrutura pública. Desta forma, a operacionalização do conceito recai numa ampla zona cinzenta interpretativa.

2) A indeterminação do conceito, aliada à indefinição e amplitude adotada pela legislação, pela doutrina e pelos modelos contratuais adotados pela Administração tornam a sua aplicação difícil a contratos complexos. As decisões em casos concretos, então, ficam sujeitas a análise amplamente subjetiva, especialmente quanto à previsibilidade ou não dos fatores ensejadores de desequilíbrio contratual.

3) Na fase de execução do contrato, a imprecisão do conceito de equilíbrio contratual abre espaço para impasses negociais quando da avaliação do desequilíbrio econômico financeiro. Esses impasses criam incentivos para a questão seja solucionada por mecanismos fora do campo jurídico.

4) Um desses mecanismos é o abuso da posição negocial do particular contratado, dada a especificidade dos ativos em questão. Neste caso, a situação tenderá ao abandono do empreendimento pelo particular contratado ou a diminuição drástica dos efetivos por ele empregados na obra como forma de pressão sobre os agentes responsáveis pelo deferimento do reequilíbrio ainda na seara administrativa. Os projetos de engenharia interrompidos no país talvez encontrem parte de sua explicação neste aspecto da questão.

5) Outro mecanismo identificado como prática do mercado para a solução dos impasses sobre o equilíbrio contratual é a corrupção dos agente envolvidos para que, dentro do espectro interpretativo existentes no caso, decidam de forma favorável ao particular contratado. Esta análise tangencia o financiamento da política nacional, o que, portanto, coloca nosso objeto de estudo num quadro muito mais amplo dos problemas enfrentados pelo país.

Demos a essa configuração geral da infraestrutura no país, em que tomam destaque a corrupção, a ineficiência e a paralisação de empreendimentos o rótulo de uma forma social específica. Neste sentido, afastamos nossa análise da casuística e do personalismo para um enfoque estrutural dos problemas da infraestrutura nacional.

Contribuem para a manutenção dessa forma social muitos fatores, cuja enumeração não poderia ser taxativa, mas dentre os quais podemos citar fatores culturais, econômicos e políticos. Nesse quadro também se coloca, e a nosso entender com destaque, a questão jurídica. A concepção do equilíbrio econômico-financeiro e as práticas relacionados ao reequilíbrio de contratos de obra pública precisam ser alteradas para agir como força na transformação dessa forma estrutural de reprodução social que encontramos no mercado de infraestrutura.

Foi o que propusemos nessa pesquisa. Quanto a isto, identificamos um dos caminhos possíveis no sentido de alterar o quadro identificado pela pesquisa. Quanto a isto, foram possíveis as seguintes conclusões:

6) É necessário o estabelecimento de critérios objetivados para a identificação e quantificação do desequilíbrio dos contratos de obra pública. Essa questão passa pela fixação de critérios claros para a definição da fronteira entre álea extraordinária e álea ordinária nesses contratos, uma vez que o regime jurídico aplicável à espécie define que a forma de tratamento em um caso e no outro serão amplamente distintas. No primeiro caso, cabe reequilíbrio contratual, com o ônus sendo assumido pelo contratante público; no segundo caso, os ônus são assumidos pelo particular, que segue obrigado ao cumprimento de seus deveres contratuais.

7) Para a objetivação do regime aplicável é necessário uma melhor modelagem dos contratos de infraestrutura pública, que permitam uma avaliação clara do regime de alocação de riscos, o que pode incluir o estabelecimento prévio de matriz contratual. Ali estarão dispostos os riscos previsíveis do empreendimento, sendo os demais considerados imprevisíveis.

8) Estabelecido esse regime inicial de alocação de riscos, é necessário observar se os riscos alocados ao particular poderiam ser objeto de precificação e contingenciamento, nos termos ditados pelo Edital de licitação. Se tanto era possível, mesmo que na formação do orçamento não tenha tido lugar (isto é, sendo objeto de desconto para a vitória no certame), esses serão os riscos ordinários quanto aos quais não caberá reequilíbrio. Nos demais casos de desequilíbrio, a equação contratual deverá ser reequilibrada.

9) Na fase de execução do contrato, a objetivação do regime incidente depende, ainda, de uma adequada gestão contratual. A presença obrigatória desta atividade nos contratos de obra pública, assim como no caso de um regime objetivado de alocação de riscos na fase de modelagem contratual, pode ser retirada do dever geral de planejamento já constante do ordenamento jurídico vigente. Contudo, seria positivo um aporte legislativo específico, especialmente para a definição dos seus parâmetros de atuação e para tornar vinculada a presença de seus instrumentos e de sua operacionalização nos contratos de obra pública, notadamente com a obrigatoriedade de produção dos documentos de acompanhamento do equilíbrio contratual com uma periodicidade definida, de que são exemplo os Registros Diários de Obra, Histogramas de Pessoal e Equipamentos, Partes Diárias, Cronograma de Atividades, Relatórios Fotográficos, Atas de Reunião e Correspondências.

10) A alteração nas práticas de mercado na forma proposta tenderia, quanto ao equilíbrio dos contratos de infraestrutura pública, a reduzir os impasses verificados ao longo dos empreendimentos e, quando verificados, reduzir os incentivos a soluções fora do campo jurídico, uma vez que diminuiria a zona de incerteza interpretativa quanto à matéria no caso concreto.

A análise da viabilidade dos pedidos de reequilíbrio contratual, tomando por base a alocação objetiva dos riscos do contrato, lastreada nas informações geradas pela gestão contratual e inscritas nesses documentos de acompanhamento geram os necessários parâmetros de objetivação capazes de dar respostas às questões surgidas ao longo dos complexos contratos de obra pública.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Claudio Weber. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*. Relatório de pesquisa Kroll/Transparência Brasil, 2002. Disponível em: < <http://www.transparencia.org.br/docs/kroll-tb-sumario.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

_____. *Relações entre índices de percepção da corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina*. Cadernos Adenauer, v. 10, 2000. Disponível em: < <http://www.transparencia.org.br/docs/onze.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

_____[a]. *Poder econômico e financiamento eleitoral no Brasil. Parte 1: Custo do voto*. Transparência Brasil, Jan/2014. Disponível em: < http://www.excelencias.org.br/docs/custo_do_voto.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

_____[b]. *Poder econômico e financiamento eleitoral no Brasil. Parte 2: Concentração e efetividade das doações privadas*. Transparência Brasil, Jan/2014. Disponível em: < http://www.excelencias.org.br/docs/financia_desigualdade.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

ABRAMO, Claudio Weber; CAPOBIANCO, Eduardo; NAVES, Rubens. *Áreas de vulnerabilidade: Contratações de obras e serviços (licitações)*. In: Caminhos da Transparência, pp. 44-57. Disponível em: < https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2567/1/caminhos_da_transparencia.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

AKKARI, Abla Maria Proência. *Proposição de um método de nivelamento de recursos a partir das teorias das restrições para programação operacional*. Tese (Doutorado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: Escorço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. *National Alliance Contracting Guidelines: Guide to Alliance Contracting*. Victoria: Department of Infrastructure and Transport, 2010.

BAETA, André Pachioni. *Calculando contingências em orçamentos de obras públicas utilizando Simulações de Monte Carlo – Estudo de caso do orçamento de uma quadra poliesportiva*. Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas – SINAOP XVI: “Desafios da infraestrutura: do planejamento à execução”, 19 a 23 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/16_sinaop/apenas/ap/Calculando_Contingencias_orcamentos_obras_simulacao_MonteCarlo.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação?* Revista de Direito Público da Economia – RDPE,

Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64262>>. Acesso em: 25 de julho de 2012.

BAHIA. Secretaria de Desenvolvimento Urbano. *RDC PRESENCIAL N° 002/13*, de 13 de janeiro de 2014. Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (CONDER). Disponível em: <http://www.conder.ba.gov.br/arquivos/biblioteca/82/PDF_BIBLIOTECA.PDF>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – F.A. Belo Horizonte, ano 1, n. 6, ago. 2001.

BAUMAN, Zygmund. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BOAS, Taylor C.; HIDALGO, F. Daniel; RICHARDSON, Neil P. 2012. *The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil*. Disponível em: <http://people.bu.edu/tboas/political_investment.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

BOBBIO, Norberto. *Ni con Marx ni contra Marx*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL [a]. Assessoria de Comunicação Social – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Planejamento esclarece matéria sobre veto de artigos da LDO publicada hoje pelo jornal O Estado de São Paulo*. Nota disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=10794>>. Acesso em: 16 de março de 2014.

_____. [b]. *Projeto de Lei n° 2, de 2013-CN*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=573061>>. Acesso em 16 de março de 2014.

_____. [b]. Subchefia para assuntos jurídicos da casa civil. *Mensagem n° 595*, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/ldo2014/Mensagem_Veto.pdf>. Acesso em 16 de março de 2014.

_____. [a]. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____. [b]. *Decreto n° 2.745*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____ [c]. *Decreto n° 7.581*, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____ [d]. *Decreto n° 7.983*, de 8 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7983.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____ [e]. *Decreto n° 8.080*, de 20 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8080.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____ [f]. *Lei n° 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [g]. *Lei n° 8.987*, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [h]. *Lei n° 9.076*, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [i]. *Lei n° 9.478*, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [j]. *Lei n° 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [l]. *Lei n° 10.520*, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [m]. *Lei n° 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [n]. *Lei n° 12.462*, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [o]. *Lei n° 12.688*, de 18 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12688.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [p]. *Lei n° 12.722*, de 3 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12722.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [q]. *Lei n° 12.745*, de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12745.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [r]. *Lei n° 12.708*, de 17 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12708.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____ [s]. *Lei n° 12.846*, de 1° de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015. _____ [t]. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.306.350 – SP (2011/0192981-9)*. Recorrente: SOEB Construção e Pavimentação LTDA.. Recorrido: Município de Guarulhos. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 17/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31416528&num_registro=201101929819&data=20131004&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

_____ [u]. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 776.790 (2005/0141318-9 – 28/10/2009)*, Segunda Turma. Recorrente: Estado do Acre. Recorrido: Agel Goes e Pereira LTDA. Relator: Ministro Mauro Campbell Marque. Julgado em: 15 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6693094&num_registro=200501413189&data=20091028&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____ [v]. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 1.465/13-TCU-Plenário*, em 12 de junho de 2013. Natureza: Relatório de auditoria. Unidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130613/AC_1465_21_13_P.doc>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____ [x]. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 2.174/13-TCU-Plenário*, em 14 de agosto de 2013. Natureza: Relatório de auditoria. Unidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S. A. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/009.099-2013-1%20Ferrovia%20Norte-Sul%20-%20Palmas%20-%20Uruacu.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____ [z]. Tribunal de Contas da União. *Decisão 215/1999-TCU-Plenário*, em 12 de maio de 1999 (DOU de 21/05/1999). Natureza: Consulta. Órgão de origem: Ministério do Meio Ambiente. Interessado: Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho. Relator: Ministro José Antônio B. de Macedo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC02151899P.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

_____ [aa]. Tribunal de Contas da União. *Súmula n° 258*. Dados de aprovação: Acórdão n° 1.350-TCU-Plenário, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

BUENO, Júlio César. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. 2ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Semeando gigantes: Centralização de capitais e diversificação das atividades das empreiteiras brasileiras no final da ditadura civil-militar*. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 25/26, pp. 72-87, 2º sem. de 2010 e 1º sem. 2011. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/neils/downloads/Vol.2526/pedro-henrique-pedreira-campos.pdf>>. Acesso em: 22 de abril 2015.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Colección Filosofía y Derecho 3. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008.

_____. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5ª Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Luiz Fernando. *O pensamento crítico no direito*. Seqüência (Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC), v. 16, n. 30 (1995). Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15826/14317>>. Acesso em: 04 de abril de 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAHL, Robert. *Poliarquia: Participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. In: CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (coords.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. *Alterações dos contratos administrativos: economicidade, razoabilidade e eficiência*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez./2005.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT. *Manual de Custos Rodoviários*. V. 4, Tomo 1, 2003. Disponível em: <

<http://www.dnit.gov.br/servicos/sicro/manual-de-custos-rodoviaros>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIEHL, Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. *Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas: Métodos e Técnicas*. São Paulo: PEARSON-Prentice Hall, 2004.

DORNELAS, Ricardo Cruvinel. *Estudo de métodos para prognóstico da atividade na execução de rodovias: terraplenagem e pavimentação asfáltica – uma nova abordagem*. Tese (Doutorado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo - Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2013.

DUSSEL, Enrique. *Cátedra de Pensamiento Crítico*. Primeira sessão. *Universidad Autónoma de la Ciudad de México*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aAPmri7Hlpc>>. Acesso em: 04 de Abril de 2014.

EXXATA. *Relatório Exxata*. 1ª Ed. Disponível em: <http://www.exxata.com.br/arquivos/publicacoes/Publicacao_6.pdf>. Acesso em: 03 de Abril de 2014.

FERNANDES, J. U. Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERNANDES, Wanderley; RODRIGUES, Caio Farah. *Aspectos contratuais da "Aliança" em empreendimentos de infraestrutura*. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos de organização da atividade econômica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORES, Mariana. *Atraso na execução de seis obras do PAC causa prejuízo de R\$ 28 bilhões*. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS CNI. Publicado em 26 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/05/1,38391/atraso-na-execucao-de-seis-obras-do-pac-causa-prejuizo-de-r-28-bilhoes.html>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. *PT recebe mais doações que PSDB, PMDB e PSB juntos: empresas deram R\$ 80 mi ao partido de Dilma, recorde em ano sem eleição*. Domingo, 18 de maio de 2014, pg. A4.

FONSECA, Bruno; BARROS, Ciro; AFIUNE, Giulia. *Copa de 2014: obras de estádios levaram pelo menos 4,8 bilhões de reais dos cofres públicos*. BRASILPOST. Publicado em 11 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/06/11/dinheiro-publico-estadios_n_5485448.html>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Parcerias Público-Privadas: repartição objetiva de riscos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito do Estado – USP, 2011.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Porto Alegre: L&PM, 2014.

GALGANO, Francesco. *The New Lex Mercatoria*. Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2: Iss. 1, Article 7. Disponível em: <[HTTP://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7](http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7)>. Acesso em: 19 de Agosto de 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito Comercial – USP, 2007.

GOMÉZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz; XAVIER, Sayonara Mariluzza Tapparo. *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006.

GRAMSCI, Antonio. *La política y el Estado moderno*. Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010.

_____. *Direito posto e direito pressuposto*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento de encargos salariais*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Nº 21 – fev./mar./abr. 2010 – Salvador/BA. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 23 de out. de 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entra a facticidade e a validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2012.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado: Processos de transformação do sistema capitalista de Estados*. Trad. Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: O breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KIEFF, F. Scott; LAYNE-FARRAR, Anne. *Incentive effects from different approaches to holdup mitigation surrounding patent remedies and standard-setting organizations*. *Journal of Competition Law & Economics*, nov/2013, pp. 1091-1123. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2014.

KRUGMAN, Paul R; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEAHY, Joe. *Brazil risk lost decade as it bungles infrastructure boost*. *Financial Times*, São Paulo, 22 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/f2296aa8-2373-11e3-98a1-00144feab7de.html#axzz2iO0Jj2d6>>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

LEONARD, Charles A. *The effects of change orders on productivity*. Dissertação Master of Engineering (Building). Concordia University. 1988. Disponível em: <<http://spectrum.library.concordia.ca/5043/1/ML49088.pdf>>. Acesso em: 07 de Abril de 2014.

MANCUSO, Wagner Pralon. *Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura e agenda de pesquisa*. Trabalho apresentado no 8º. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, realizado em Gramado/RS entre os dias 01 e 04 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/6_8_2012_21_14_53.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

MANCUSO, Wagner Pralon; SPECK, Bruno Wilhelm. *Financiamento de campanhas e prestação de contas*. *Cadernos Adenauer XV*, n° 1, 2014, pp. 135-150. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/doc/13776-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

MANECHINI, Guilherme. *5 trilhões de reais em 20 anos*. In: Anuário EXAME de Infraestrutura. São Paulo: Ed. Abril, 2013. pp. 24-30.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5ª Ed. São Paulo: 2009, Atlas.

MARINELLI, Andresa Andrade. *Identificação dos Principais Fatores Impactantes na Gestão de Tempo e na Gestão de Custo em projetos na Construção Civil*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado Departamento de Engenharia da Produção da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – Pós-Graduação em Gestão de Projetos da Fundação Vanzolini. São Paulo, 2014.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões regidas pela Lei n° 8.987/95*. Dissertação de Mestrado. Direito do Estado – PUC/SP. São Paulo, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação*. In: *Parceria Público Privada: aspectos jurídicos relevantes*. Maria Campos de Souza (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 18, ano 5, Julho/Setembro 2007. Disponível em: <[HTTP://www.bidforum.com.br/bid/PID0006.asp?pdiCntd=47239](http://www.bidforum.com.br/bid/PID0006.asp?pdiCntd=47239)>. Acesso em: 19 de jun. de 2013.

MARX, Karl. *Uma Contribuição para a Crítica da Economia Política*. (1859) The Marxists Internet Archive. Versão em português para plataforma Kindle. Disponível em: <www.amazon.com>. Acesso em: 11 de Abril de 2014.

MASCARO [a], Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____[b]. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____[c]. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª Ed. São paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Contrato administrativo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 71, v. 562, p. 37-63, ago. 1982.

_____. *Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 211, p. 21-29, jan./mar. 1998.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, Nov/dez 2005. Disponível em: <

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2014.

MELO, Marcus André. *O Controle Externo na América Latina*. Instituto Fernando Henrique Cardoso, maio de 2007. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/1794.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

MILLS, Wright C. *A imaginação sociológica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

MOREIRA, Egnon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 31 de maio de 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, Ano 14, n. 156, pp. 9-20, fev. 2014.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MUSSOLINI, Caio Cesar; TELES, Vladmir Kühl. *Infraestrutura e produtividade no Brasil*. Revista de Economia Política, Vol. 30, n.º 4 (120), pp. 645-662, outubro-dezembro/2010. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=015be6a3-f94d-4f95-986e-f5d9412802b2%40sessionmgr115&vid=1&hid=127>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o estado de direito*. Revista Lua Nova, n.º 37, São Paulo: 1996, pp. 93-106. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100006&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em: 28 de outubro de 2014.

NÓBREGA, Marcos. *Contratos Incompletos e Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2015>.

OCTAVIANI, Alessandro. *Hegemonia e Direito*. In: *Hegemonia e direito: uma reconstrução do conceito de Gramsci*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Departamento de Ciência, Universidade de São Paulo – USP, 2005. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/274520/mod_resource/content/1/Aula%2004%20-%20Octaviani.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Tradução do original inglês de Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. LUA NOVA, n.º 44-98,

1997, pp. 27-54. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>>. Acesso em: 26 de maio de 2014.

OLIVEIRA, Hércules Alberto de; NETO, José Antônio Pessoa; TORRES, Rômulo Braz. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: a experiência da INFRAERO*. VI Congresso de Gestão Pública do Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração. Brasília/DF – 16, 17 e 18 de abril de 2013. Painel 48/182 – Experiências inovadoras na gestão de compras e contratos. Disponível em: <<http://consadnacional.org.br/wp-content/uploads/2013/05/182-REGIME-DIFERENCIADO-DE-CONTRATA%C3%87%C3%95ES-P%C3%9ABLICAS-RDC-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DA-INFRAERO.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

OTTA, Lu Aiko. *Atraso em seis obras do PAC provoca perda de R\$ 28 bilhões*. O ESTADO DE SÃO PAULO. Publicado em 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,atraso-em-seis-obras-do-pac-provoca-perda-de-r-28-bilhoes,185889e>>. Acesso em: 26 de maio de 2014.

PECORARO, Eduardo, *Arbitragem nos contratos de construção*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PESSANHA, Charles. *Fiscalização e Controle: O Poder Legislativo na Argentina e no Brasil Contemporâneos*. VI Congreso del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina - CEISAL, Sessão “El Poder Legislativo y su Funcionamiento a Treinta Años de Democracia en la Región”, Toulouse, França, 30 de junho a 3 de julho de 2010. Disponível em: <<http://hal.inria.fr/docs/00/49/88/46/PDF/CharlesPessanha.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

PIETRO, Maria Sylvia di. *Direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito administrativo*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

POWER, Timothy J. and GONZALEZ, Júlio. *Cultura política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial*. *Rev. Sociol. Polit.* [online]. 2003, n.21, pp. 51-69. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n21/a05n21.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

ROCHA, Leonel Severo. *Crítica da “teoria crítica do direito”*. Sequência (Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC), v. 04, n. 06 (1983). Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16924/15494>>. Acesso em: 04 de abril de 2011.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: A aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5 Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *CRÍTICA DA RAZÃO INDOLENTE: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SÃO PAULO [a]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 02/2009*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [b]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 03/2009*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [c]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 04/2009*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [d]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 02/2010*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [e]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 01/2011*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [f]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 06/2012*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. [g]. Secretaria de Administração Penitenciária. *Editais de Concorrência n° 03/2011*. Disponíveis em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/editais/editais.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. Edição online publicada por OrdemLivre.org mediante autorização da Editora Fundo de Cultura. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Capitalismo-socialismo-e-democracia-Joseph-A.-Schumpeter.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. V. I. Coleção "Os Economistas". São Paulo: Nova Cultural, 1988, pág. 17-54. Disponível em: <

http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/4881/mod_resource/content/3/CHY%20A%20Riqueza%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2014.

SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos padrão para os contratos FIDIC*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SORJ, Pablo. *Financiamento para infraestrutura no Brasil: o mercado da dívida e a iniciativa dos “project bonds”*. In: Construindo um novo Brasil: Principais desafios do regime jurídico da infraestrutura. São Paulo: Imprensa Régia, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. Cadernos Adenauer, n° 10, 2000. Disponível em: < <http://www.transparencia.org.br/docs/BSpeck4.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

_____. *Objetivos e estratégias do setor privado no financiamento das campanhas eleitorais: Um modelo de análise baseado em dados da campanha eleitoral no Brasil em 2010*. Disponível em: < http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_26330.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

SPECK, Bruno Wilhelm; FERREIRA, Valeriano Mendes. *Sistemas de Integridade nos Estados Brasileiros*. 1ª Ed. Instituto Ethos: São Paulo, 2012. Disponível em: < <http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/Sistema-de-Integridade-nos-Estados-Brasileiros-mar%C3%A7o-20121.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. *Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. *A competência sancionadora das agências reguladoras no direito brasileiro: breves comentários*. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro de 2013, pp. 967-980.

WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Seqüência (Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC), v. 03, n. 05 (1982), pp. 48-57. Disponível em: <

<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 04 de abril de 2011.

_____. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade*. In: Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WASSANAER, Arent Van. *Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de projetos melhores*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WICKWIRE, Jon M.; DRISCOLL, Thomas J.; HURLBUT, Stephen B.; HILLMAN, Scott B. *Construction scheduling: preparation, liability and claims*. 2ª Ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

ZIZEK, Slavoj. *The pervert's guide to ideology*. Direção: Sophie Fiennes. 136 min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=XM2qIJTIDgo>>. Acesso em: 08 de Novembro de 2014.

ZYMLER, Benjamin. *A visão dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública. Ano 3, nº 30, p. 3863-3878, jun./2004.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.