

Gestão de riscos e incertezas nos contratos administrativos: Análise do modelo de aplicação da matriz de risco

MARINA BORGES DE FREITAS*

YURI ALEXANDER N. G. NASCIMENTO**

Resumo: O presente trabalho propõe-se analisar as contratações públicas como elementos determinantes na qualidade das políticas públicas prestadas pelo Poder Público. A partir desse conceito, expõe-se uma reflexão sobre os riscos e as incertezas que as acompanham da melhor forma de preveni-los. Para tanto, analisar-se-á o instrumento da matriz de risco e em que medida ela é capaz de mitigar os riscos advindos das contratações públicas, distribuindo, de maneira satisfatória, o desequilíbrio típico das contratações públicas.

Palavras-chave: Contratos Administrativos; Matriz de risco; Licitações; Risco e incerteza.

* Mestre pelo Programa de Graduação Stricto sensu Direito e Inovação da UFJF com pesquisa em crimes de violência doméstica e familiar contra mulher e Justiça Restaurativa. Advogada. Professora contuista da Pós-Graduação Legale e da Faculdade Única. Professora do Instituto Goiano de Direito (IGD) e do Logos Concursos. Parecerista da Revista Alethes e orientadora Orientação de alunos do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Pós Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS) e em Direitos da Mulher e advocacia feminista pela Faculdade Legale. Sendo atualmente membro discente da Academia Brasileira de Direito Civil desde 2016.

| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0023044017634811>

| Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-7994-9705>

** Procurador do Estado de Goiás (PGE) desde 2022 e ex-procurador do município de Ouro Preto/MG e da Câmara municipal do município de Juiz de Fora /MG. Especialista em Filosofia do Direito e Teoria Jurídica pela PUC Minas e Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Aluno especial no Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (UFG).

| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3487823015923340>

| Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-2056-2630>

Abstract: This paper proposes to analyze public contracts as determining elements in the quality of public policies provided by the Public Power. Based on this concept, a reflection is presented on the risks and uncertainties that accompany them and the best way to prevent them. To this end, the risk matrix instrument will be analyzed and to what extent it is capable of mitigating the risks arising from public contracts, distributing, in a satisfactory manner, the imbalance typical of public contracts.

Keywords: Administrative Contracts; Risk matrix; Tenders; Risk and uncertainty.

Enviado em 5 de maio de 2024 e aceito em 6 de dezembro de 2024.



Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a figura do risco nos contratos administrativos e delimitar as possibilidades de utilização da matriz de risco como cláusula de mitigação de sua ocorrência.

O tema ganha maior destaque com a superveniência da Lei Federal n. 14.133/2021 que passou a prever expressamente a gestão de risco como um elemento determinante do planejamento público.

Nota-se, por exemplo, que enquanto a revogada Lei n. 8.666/1993 utilizava-se do termo “risco” apenas três vezes, a Lei 14.133/2021 se vale do termo 49 vezes. Assim, ainda que a análise de risco sempre tenha sido elemento estruturante de uma licitação adequada, é somente com o novo modelo legal que ela passa a ser positivada de modo relevante no ordenamento jurídico.

Em que pese a novidade do tema no procedimento licitatório, ele se trata de termo já analisado e estudado por diversas áreas do conhecimento, desde as Ciências Atuárias, passando pela Economia e até mesmo pelo Direito, em especial, pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito.

Nesse sentido, a primeira parte desse trabalho consistirá na análise do conceito de risco e sua diferença para o conceito de incerteza. Para essa diferenciação serão utilizados textos bibliográficos jurídicos e extrajurídicos, em especial, a obra "Risk, Uncertainty, and Profit" de Frank Knight que faz a divisão primordial entre risco e incerteza.

Na segunda parte, a análise se dará sobre a influência do risco nos contratos administrativos. Ou seja, focar-se-á na análise do modo como os contratos administrativos

são afetados pelo elemento da imprevisibilidade.

Na terceira parte, a análise se debruçará sob o modelo de matriz de risco proposto pela Lei 14.133/2021. Analisar-se-á sua capacidade de mitigar o risco nos contratos administrativos e, em especial, destacar-se-á sua dupla natureza: de elemento de planejamento da licitação (e por conseguinte, de conhecimento do objeto licitação) e de mecanismo de manutenção do equilíbrio contratual.

Ao fim, concluir-se-á que a matriz de risco é um elemento capaz de aperfeiçoar as licitações e contratações nacionais, ainda que o modelo seja passível de críticas.

A título de desambiguação, desde já é válido dizer que o conceito de risco pode englobar tanto o risco positivo, quanto o risco negativo (por todos, *vide* Norma ISO 31000:2018), ou seja, tanto o risco que traz prejuízos quanto o risco que traz benefícios aos contratantes.

Todavia, toda a análise do artigo se focará no risco negativo por ser aquele que gera maior possibilidade de paralisação dos contratos públicos e de desperdício das verbas públicas.

Eventuais análises do risco positivo podem ser realizadas com fundamento nas ideias aqui expendidas, com as devidas adaptações, mas recomenda-se a análise em trabalhos futuros e específicos sobre o tema.

1. Metodologia

O tema das contratações públicas é complexo e multifacetado, de modo que sua análise depende de um amplo rol de conhecimentos que não se extinguem na mera definição positivista das normas contratuais.

Isso ocorre porque as contratações públicas são relevantes na composição do PIB nacional (TREVINO-LOZANO, 2022) e, portanto, um bom indicador do chamado “bem-estar econômico”¹ e, também, porque a realização dos direitos fundamentais e sociais pelo Poder Público perpassa pela obtenção de bens e serviços no mercado.

Nesse sentido, a análise de sua modelagem jurídica não pode se abster da análise de temas relevantes para os contratos públicos que desbordem a mera análise legal, ou seja, o contexto de análise das contratações públicas atuais deve ser multidisciplinar.

Com isso em mente, o presente artigo focou sua atenção em um aspecto específico das contratações públicas, qual seja, a gestão de risco e, dentro da gestão de risco, em uma ferramenta específica, qual seja, a matriz de risco.

A ferramenta de pesquisa principal foi a pesquisa bibliográfica, tanto de fontes primárias quanto de fontes secundárias.

E, para essa análise, valeu-se, primariamente, de bibliografias diversas que perpassam várias áreas do conhecimento humano, exemplificativamente, as Ciências Econômicas (KNIGHT, 1969), as Ciências Contábeis (FAGUNDES, SCHNORREBERGER), a Historiografia (BERNSTEIN, 2019) e as Ciências Jurídicas (NÓBREGA, 2024).

Também foram usadas outras fontes secundárias, em especial, o Manual de gestão de riscos do Tribunal de Contas da União (2020), a Avaliação da OCDE sobre o Sistema

¹ Mankiw (2019) esclarece que o PIB é um mecanismo de medição de disponibilidade de insumos e, portanto, capaz de demonstrar a capacidade de uma sociedade de produção e de acesso aos bens materiais. Assim, ainda que seja, por si só, um indicador de qualidade de vida *lato sensu* ele é capaz de fornecer alguns *insights* sobre o bem-estar social sob a ótica econômica.

de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira (2021) e a Norma ISO 31000/2018. E fontes primárias, das quais a principal foi a Lei n.º 14.133/2021 que passou a regulamentar o sistema de contratações públicas brasileiro.

A metodologia de análise que se utilizou foi a da “análise econômica do Direito”, cuja principal característica é analisar o comportamento dos agentes jurídicos em situações de normatividade específica e cuja principal vantagem é a facilidade para incorporar conhecimento não apenas econômicos, mas também de outras áreas do conhecimento (GICO JÚNIOR, 2010).

Ou seja, a pesquisa desborda a análise de validade do texto legal para perceber o potencial de modificação social possível com a inclusão da matriz de risco nos contratos administrativos vindouros, sob um ótica de natureza jurídico-econômica.

2. Risco e Incerteza: Diferenças conceituais

Os contratos administrativos possuem uma dimensão multifacetada, além de sua natureza de instrumento de consecução de interesses públicos, também são um modo de circulação de riquezas entre a Administração Pública e os particulares. Assim, os contratos administrativos são, em última análise, mecanismos econômicos de realização do interesse público.

Ademais, conforme exposto por TREVIÑO-LOZANO (2022, p. 461), em média 6% do PIB e 17,4% dos recursos públicos totais dos países Latino Americanos são gastos em compras públicas. Especificamente no Brasil, houve uma participação média de 12% das compras públicas na composição do PIB no

período de 2002 a 2019, com pico de 14% em 2008 (RIBEIRO; INÁCIO JÚNIOR, 2019, p. 35)

Valer-se de uma análise de cunho econômico dos contratos administrativos permite uma análise prognóstica de possíveis problemas futuros, o que garante melhora na qualidade das decisões administrativas, economia de recursos públicos e uma atuação voltada ao desenvolvimento econômico nacional.

Ainda, esse modelo de análise permite uma atuação preventiva mais acertada, economia de recursos e o melhor atendimento ao interesse público (LIBÓRIO, 2020). Em que pese isso, a pesquisa sobre o tema na doutrina brasileira ainda é inicial, há parca produção acadêmica sobre o tema, e as análises pecam pela ausência de interdisciplinariedade, sendo focadas nos aspectos jurídicos (LIBÓRIO, 2020).

A compreensão dos contratos não se exaure na sua natureza jurídica. O contrato possui implicações de cunho econômico, de modo que é essencial a compreensão de que as falhas nas contratações públicas não são exclusivamente atribuíveis a inadequações ético-morais dos gestores públicos ou falhas na compreensão de institutos jurídicos, mas, por muitas vezes, as inadequações decorrem da compreensão do substrato econômico dos contratos (NOBREGA, JURUBEBA, 2020).

Logo, a utilização de ferramentas econômicas em conjunto com as técnicas jurídicas tradicionais são essenciais à compreensão e ao tratamento dos problemas que envolvem os contratos administrativos, dentre essas ferramentas, está o estudo do risco e da incerteza.

O estudo do risco e da incerteza remonta às fundações da teoria econômica e da tomada de decisões. Esses conceitos são

essenciais para compreender como os agentes econômicos avaliam e enfrentam diferentes situações no contexto da incerteza inerente à vida e aos negócios.

O conceito de risco surge com o desenvolvimento da estatística e da probabilidade. Assim, quando da compreensão da existência aleatoriedade pela ciência, houve uma substituição da “vontade da deidade” pela análise matemática dos resultados para a explicação de eventos imprevistos (BERNSTEIN, 2019). Ou seja, os elementos de incerteza inerentes à existência deixam de pertencer à esfera metafísica, passando a compor o domínio das ciências.

Para uma análise aprofundada, este trabalho recorreu a Frank Knight, cuja distinção entre risco e incerteza tem influenciado a teoria econômica e financeira desde o início do século XX.

Frank Knight, em sua obra seminal "Risk, Uncertainty, and Profit" (1921), delineia uma distinção crucial entre risco e incerteza. Segundo o autor, o risco está associado a situações nas quais as probabilidades dos resultados possíveis são conhecidas. Isso implica que os agentes podem atribuir probabilidades a diferentes eventos e calcular expectativas de retorno com base nessas probabilidades.

Por outro lado, a incerteza, está relacionada a situações em que as probabilidades dos resultados possíveis são desconhecidas ou imensuráveis. Aqui, os agentes enfrentam um ambiente onde não podem atribuir probabilidades aos eventos futuros, tornando a tomada de decisão mais complexa e subjetiva.

Uma distinção fundamental entre risco e incerteza reside na natureza da informação disponível. No caso do risco, os agentes têm

acesso a dados históricos, modelos probabilísticos e outras fontes de informação que lhes permitem estimar as probabilidades dos resultados possíveis.

Por outro lado, na incerteza, a informação disponível é limitada, ambígua ou inexistente. Situações de incerteza são comuns em ambientes complexos e dinâmicos, como inovações tecnológicas, mudanças políticas e eventos extremos. Nesses casos, os agentes enfrentam dificuldades em prever e quantificar os resultados futuros, o que pode levar a decisões baseadas em intuição, julgamento subjetivo e aversão ao desconhecido.

Nóbrega (2024, p. 62) define a incerteza como “uma situação na qual os agentes não sabem sobre os estados futuros de um sistema” e, ainda, apresenta a ideia de que quanto mais longo o horizonte de tempo do contrato, maior o nível de incerteza.

Nas palavras de Arlindo Alegre Donário e Ricardo Borges dos Santos:

Existe risco quando se podem associar probabilidades aos resultados de qualquer evento. Nestes casos, de risco, o decisor conhece a distribuição das probabilidades em relação às situações são produzidas. Existe incerteza quando essa associação não pode ser realizada caracterizando situações em que existe um conjunto de possíveis resultados desconhecidos (DONÁRIO, SANTOS, 2016).

Assim, o conceito de risco, como se nota, está ligado a uma natureza de controle probabilístico. A International Organization for Standardization (ISO), na Norma ISO 31000:2018, explica que o termo “probabilidade”, em gestão de riscos, é uma tradução possível termo “likelihood”².

² O termo “likelihood” não é facilmente traduzível, pois enquanto o conceito de “probability” é correlacionado com o

Isso é relevante, pois o termo “likelihood” não é próprio da probabilística e se correlaciona a uma análise mais ampla e menos técnico matemática do que o conceito de “probabilidade”.

Quer dizer, quando se fala em probabilidade de risco não é necessária a busca por uma precisão matemática, mas a simples indicação da potencialidade de ocorrência do risco, por meio de análise técnica justificável.

Em todo caso, tanto para o risco quanto para a incerteza, a aversão à imprevisibilidade é uma característica marcante do comportamento humano e dos mercados (FAGUNDES, LUNKES, SCHNORRENBARGER, 2018). Os indivíduos tendem a preferir situações onde os resultados são conhecidos e previsíveis, buscando minimizar a exposição à incerteza sempre que possível,

É nesse sentido de aversão ao risco, que Arlindo Alegre Donário se utiliza de um termo do mercado para explicar os comportamentos humanos, afirmando que não só o mercado, mas os indivíduos também buscam o “prêmio de risco”, ou seja, o quanto de riqueza estão aptos a sacrificar em prol de maiores chances de certeza de se obter o resultado desejado (DONÁRIO, 2010)

Na teoria financeira moderna, a distinção entre risco e incerteza desempenha um papel crucial na modelagem de ativos e na gestão de carteiras. Modelos de precificação de ativos, como o Modelo de Precificação de Ativos Financeiros (CAPM) e a Teoria de Portfólio

Moderna (MPT), são baseados na suposição de que os investidores são avessos ao risco, mas capazes de avaliar e precificar ativos com base em suas características de risco e retorno esperado.

No entanto, mesmo esses modelos se mostram frágeis diante da incerteza e a possibilidade de eventos extremos e imprevisíveis (FAMA, FRENCH, 2007). A crise financeira de 2008, por exemplo, demonstrou claramente as limitações dos modelos tradicionais de gestão de riscos, revelando a interconexão complexa e imprevisível dos mercados globais e os efeitos de eventos extremos na economia real e, de modo mais recente, a pandemia de COVID-19 demonstrou que há impossibilidade de incluir a incerteza nos modelos teóricos tradicionais.

Em suma, o estudo do risco e da incerteza é essencial para compreender como os agentes econômicos enfrentam e respondem a diferentes situações no ambiente de negócios e na vida cotidiana.

Essa situação é tão destacada que a Avaliação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira (OCDE, 2011) coloca como recomendação-chave para o setor público brasileiro o dever de “Integrar a gestão de riscos como elemento-chave da responsabilidade gerencial, de modo a promover a integridade e prevenir a improbidade, os desvios e a corrupção”.

Essa sugestão foi incorporada no modelo federal no ano de 2017, quando foi publicada a Instrução Normativa n.º 5, de 26 de maio de 2017 do Ministério de Planejamento e Gestão que inovou no tema e trouxe a concretização do gerenciamento de riscos por intermédio da

conceito matemático de probabilidade o termo “likelihood” não possui o equivalente em português. Uma tradução possível seria “potencialidade” de ocorrência ou mesmo “causalidade possível”, ou, para mantermos termos jurídicos clássicos, poderíamos usar o termo “verossimilhança” de modo mais adequado. De modo mais técnico, “likelihood” seria algo próximo à chamada probabilidade subjetiva.

previsão de confecção de mapa de riscos (PEDRO, 2022).

A título de conclusão preliminar, pode-se definir que, enquanto o risco está associado a situações onde as probabilidades dos resultados possíveis são conhecidas, a incerteza surge em contextos onde essas probabilidades são desconhecidas ou imprevisíveis. Assim, reconhecer e gerenciar tanto o risco quanto a incerteza é crucial para tomar decisões informadas e adaptar-se a um mundo em constante mudança.

3. O risco e a incerteza nos contratos administrativos

Um dos principais desafios enfrentados pelos contratantes públicos e privados é a identificação e avaliação dos riscos associados aos contratos administrativos. Esses riscos podem surgir de várias fontes, incluindo mudanças nas políticas governamentais, instabilidade econômica, questões ambientais, entre outros.

É importante reconhecer que esses contratos muitas vezes envolvem atividades complexas e de longo prazo e que estão sujeitos a uma série de variáveis e circunstâncias que podem afetar seu curso e resultado final.

Nesse contexto, os riscos emergem como elementos-chave que podem comprometer a execução dos contratos e gerar custos adicionais para as partes envolvidas.

Compreender como os riscos podem afetar os contratos administrativos é essencial para uma gestão eficaz dos recursos públicos e para a manutenção da integridade e eficiência das relações entre o setor público e seus contratados.

Uma das dificuldades basilares na análise de riscos é o seu caráter multifacetário, pois o

tema envolve questões jurídicas, econômicas, matemáticas e técnicas, abrangendo, concomitantemente, diversas áreas do conhecimento que compõe as ciências atuariais.

Todavia, ainda que se trate de análise complexa, ela não pode ser descuidada pelo administrador público, pois a alocação de riscos possui impacto direto no custo e na efetividade do contrato público.

Isso porque a decisão de alocação de capital público ou privado tem por fundamento a análise risco e retorno de modo que quanto maior o risco, mais elevado é o retorno desejado (ASSAF NETO, 2021. p. 144), ou dito de outro modo, quanto mais arriscado for um contrato administrativo para o particular, maior será o custo para a Administração Pública. Assim, gerenciar riscos contratuais é parte importante do processo de planejamento de tomada de decisão de investimentos públicos.

A relevância da análise de riscos é exposta no manual de “Riscos e Controle nas Aquisições” (Brasil, 2020), produzido pelo Tribunal de Contas da União. Em seu corpo, o Manual inclui, dentre os elementos essenciais ao Estudo Técnico Preliminar, e por conseguinte, ao planejamento das licitações, o controle de riscos.

O principal instrumento para o sucesso é a elaboração adequada do contrato administrativo com repartição de riscos e alinhamento de incentivos entre as partes (NÓBREGA, 2024, f. 51). Isto é, a falta de clareza nas especificações do contrato e a inadequação na alocação de responsabilidades também podem contribuir para o surgimento de riscos durante a execução do contrato.

Além disso, os contratantes públicos enfrentam desafios específicos relacionados à disponibilidade de recursos orçamentários e à capacidade de financiar e manter os projetos ao longo de sua duração. A incerteza quanto à disponibilidade de fundos pode comprometer a execução dos contratos e gerar incertezas quanto à capacidade do contratante público de cumprir suas obrigações contratuais.

Para lidar com os riscos e incertezas associados aos contratos administrativos, é fundamental adotar uma abordagem proativa e baseada em princípios de gestão de riscos. Isso inclui a realização de uma análise detalhada dos riscos potenciais antes da celebração do contrato, a identificação de estratégias de mitigação e a implementação de mecanismos de monitoramento e controle ao longo da execução do contrato.

Dentre as estratégias de mitigação de riscos, está a inclusão de cláusulas contratuais flexíveis que permitam ajustes às condições do contrato em caso de mudanças significativas nas circunstâncias, a realização de análises de custo-benefício e a alocação adequada de responsabilidades entre as partes contratantes.

Além disso, a transparência e a comunicação eficaz entre as partes contratantes são fundamentais para gerenciar os riscos e incertezas ao longo da execução do contrato. Isso inclui a manutenção de um diálogo aberto e colaborativo, a pronta notificação de mudanças nas condições contratuais e a busca de soluções negociadas para resolver eventuais conflitos e disputas que possam surgir durante a execução do contrato.

Para fins de sistematização, pode-se dividir os riscos em duas categorias, os subjetivos e os objetivos, os primeiros estão

ligados aos comportamentos e aos relacionamentos esperados das partes, enquanto os segundos estão ligados à própria natureza do objeto.

Assim, são subjetivos aqueles riscos ligados aos contratantes que possam gerar efeitos deletérios aos contratos administrativos. Por exemplo, a contratação de licitantes impedidos de licitar e contratar em outros entes federados (art. 156, inciso III, da Lei 14.133/2021) é um risco de caráter subjetivo, pois denota a possibilidade da má prestação do contrato pelo licitante. Do mesmo modo, é um risco subjetivo a eventual habitualidade administrativa em realizar extemporaneamente os pagamentos devidos aos licitantes, denotando baixa aderência da Administração Pública aos princípios da boa gestão.

Os riscos subjetivos, quando relacionados aos contratados, devem ser controlados pela seleção adequada na fase de habilitação, bem como pela utilização de instrumentos capazes de revelar a qualidade da atuação pretérita do licitante, por exemplo, a exigência de programas de integridade (art. 25, §4º e art. 60, inciso IV ambos da Lei 14.133/2021) e análise de desempenho em licitações anteriores (art. 60, inciso II e art. 88, §3º ambos da Lei 14.133/2021).

Por sua vez, quando ligado à Administração Pública, o controle do risco subjetivo está intimamente relacionado ao aperfeiçoamento da gestão pública e, dentre outros pontos, se dará pelo aperfeiçoamento das linhas de defesa (art. 169 da Lei 14.133/2021).

Já os riscos objetivos possuem um rol maior de elementos de mitigação, dentre eles, a contratação de seguros (art. 22, §3º da art. 169 da Lei 14.133/2020), o oferecimento de

garantias (art. 96 da Lei 14.133/2021) e, destaca-se, o objeto central do presente trabalho, a matriz de risco.

4. Matriz de Risco em Contratos Administrativos: Gerenciamento e Impactos

A gestão eficaz de contratos administrativos é fundamental para o bom funcionamento das atividades governamentais e para a prestação de serviços públicos de qualidade à sociedade. No entanto, o ambiente em que esses contratos operam é permeado por uma série de riscos e incertezas que podem afetar significativamente o seu desempenho e os resultados pretendidos.

A análise tradicional de atribuição dos riscos tradicionais se dava sob a forma da teoria das áleas, por meio da qual era atribuído à Administração Pública os riscos extraordinários e ao particular os riscos ordinários.

Dentre os problemas da aplicação dessa teoria, estava a dificuldade da diferenciação entre riscos ordinários e extraordinários, que, por vezes, gerava longas discussões jurídico-legais sobre a natureza do risco. Além do que, uma vez que o risco é consolidado há a tendência de vê-lo como um risco ordinário, em virtude do chamado “viés de retrospectiva”.

Um segundo problema, igualmente relevante na aplicação da teoria da álea, é a desconexão entre a capacidade de gestão do risco e a atribuição de sua responsabilidade.

Quer dizer, se o critério de classificação do risco se dá unicamente sob a ótica de sua natureza ordinária/extraordinária, ignora-se que um dos “fundamentos econômicos da alocação de riscos (...) é gerar incentivos para

que as partes se comportem de forma eficiente” (GOMES, 2020), ou seja, ignora-se o dever de atribuição do risco à parte que tem capacidade de mitigá-lo.

Nesse sentido, a redação do art. 103, §1º da Lei 14.133/2020 evitou esse segundo problema, prevendo o dever do gestor de atribuir o risco à parte que pode, efetivamente, mitigá-lo.

É nesse cenário que se insere a matriz de risco em contratos administrativos, cuja função é a identificação, avaliação e mitigação dos diversos riscos que podem surgir ao longo da execução contratual. Trata-se de instrumento que visa proporcionar maior transparência, previsibilidade e controle sobre os processos contratualizados, minimizando possíveis impactos negativos e promovendo uma gestão mais eficiente dos recursos públicos.

Para compreender a importância da matriz de risco em contratos administrativos, é necessário considerar a natureza complexa e multifacetada desses contratos.

Em primeiro lugar, os contratos administrativos frequentemente envolvem projetos e atividades de grande porte e alto custo, com prazos estendidos e múltiplos *stakeholders* envolvidos. Essa complexidade intrínseca aumenta a probabilidade de ocorrência de riscos e a necessidade de uma gestão proativa.

Além disso, os contratos administrativos estão sujeitos a uma série de regulamentações e normas específicas que visam garantir a legalidade, a eficiência e a economicidade na contratação pública. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), por exemplo, estabelece os princípios e procedimentos a serem observados na celebração e execução desses

contratos, incluindo disposições relacionadas ao gerenciamento de riscos.

No âmbito da matriz de risco, é fundamental a identificação precoce dos riscos potenciais associados ao objeto do contrato, às condições de execução, ao ambiente regulatório e a outros fatores relevantes. Essa identificação pode ser realizada por meio de análises de cenários, consultas a especialistas, revisões contratuais e outras técnicas de avaliação de riscos.

Uma vez identificados, os riscos devem ser avaliados quanto à sua probabilidade de ocorrência e ao seu impacto potencial sobre o contrato e as partes envolvidas. Essa avaliação permite priorizar os riscos mais significativos e desenvolver estratégias de mitigação adequadas, incluindo a alocação de responsabilidades, a definição de medidas preventivas e a elaboração de planos de contingência.

É importante ressaltar que os riscos em contratos administrativos podem assumir diversas formas, tais como atrasos na entrega de bens ou na prestação de serviços, aumento de custos, mudanças nas condições de mercado, instabilidade política e jurídica, dentre outros³. Cada tipo de risco requer uma abordagem específica de gerenciamento,

adaptada às características do contrato e às necessidades das partes envolvidas.

Dito isso, um ponto relevante é que a lei não exige a utilização de matriz risco em todos os contratos administrativo, limitando sua obrigatoriedade a contratos com maior relevância ou complexidade tais como as contratações de grande vulto (art. 22, §4º da Lei 14.133/2020) e as contratações integradas e semi-integradas (art. 22, §4º da Lei 14.133/2020).

A escolha pela facultatividade da matriz de risco é acertada. Isso porque a utilização da referida cláusula exige a análise individualizada dos riscos do contrato, devendo ser realizada caso a caso, com o aprofundamento necessário. Dito de outro modo, a utilização indiscriminada do instrumento tenderia a transformá-lo em mera formalidade na contratação pública, tornando-a padronizada e ineficiente para subsidiar a análise de riscos do contrato.

Assim, não se deve confundir a obrigação da análise de risco que deve ocorrer em todo contrato administrativo (art. 18, inciso X da Lei 14.133/2020) com a utilização da matriz de risco que deve ser utilizada em contratações cuja a capacidade econômica do contrato seja capaz de suportar o custo extra da construção da matriz.

Nos contratos em que for utilizada, a matriz de risco do art. 6º, inciso XXVII da Lei 14.133/2020 constitui o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Assim, os riscos encartados na matriz e que venham a se consolidar já são previamente distribuídos (art. 22, §2º, inciso I da Lei 14.133/2020). Essa definição prévia minimiza os custos de transação de eventuais discussões de reequilíbrio contratual.

³ É interessante destacar-se a diferença entre o risco e o descumprimento contratual. Risco é aquela situação não previsível, e portanto involuntária, enquanto o descumprimento contratual é oriundo de uma atuação voluntária da parte. Assim, uma determinada situação pode se enquadrar como risco ou como descumprimento, com consequências diversas. Somente no descumprimento contratual há possibilidade de punição do contratado enquanto na consolidação do risco há mera necessidade de reequilíbrio do contrato. Assim, por exemplo, a impossibilidade de entrega do bem adquirido no prazo por excesso de demanda pode ser um risco atribuível ao particular que arcará com seus custos. Por outro lado a mera não entrega do produto por incapacidade da contratada é um descumprimento contratual e passível de punição, além da atribuição dos custos à parte faltosa.

É importante destacar que há críticas à ferramenta da matriz de risco, em especial Nóbrega (2024) defende que a Lei n. 14.133/2020 erigiu a matriz de riscos como a ferramenta de gestão de riscos contratuais e como âncora para o reequilíbrio contratual. Todavia, a lei teria descurado da natureza não ergódica do contrato, de modo que o uso da ferramenta tende a potencializar ineficiências e criar problemas próprios maiores do que os de desequilíbrios dos contratos.

Em verdade, ao se incluir a perspectiva da complexidade contratual e do fator tempo na análise, é possível afirmar que os contratos administrativos se enquadram naquilo que a Análise Econômica do Direito chama de “contratos incompletos” (NÓBREGA, 2010).

O contrato incompleto é “uma técnica de decisão presente no ato de gerir as relações contratuais que se caracterizarem pelo grau de complexidade e problema” (CAMINHA, LIMA, 2014). Em suma, ante a complexidade inerente das relações contratuais, torna-se inviável a previsão *a priorística* de toda e qualquer situação-problema que possa surgir durante sua execução.

Nesse sentido, o contrato incompleto é um modelo alternativo de administração de riscos cuja decisão de sua alocação é dada *ex post*, com a criação de um clima de cooperação entre as partes.

Em que pese isso, não há incompatibilidade entre a noção de incompletude dos contratos e a previsão de matriz de riscos contratuais. Isso porque é possível identificar na matriz de risco, ao menos, duas funções, para além da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato: a distributiva de riscos e a interpretativa de incertezas.

Pela primeira função, a matriz distribui os riscos à parte com maior capacidade de mitigá-lo, impondo-a o dever de arcar com os custos de sua ocorrência. Nesse cenário, ela funciona como verdadeira cláusula contratual de previsão de responsabilidades, com a peculiaridade de impor deveres não diretamente ligados à execução principal, mas correlacionados com eventos futuros e imprevisíveis. Algo similar ao que faz a cláusula de boa-fé objetiva sob a ótica da teoria geral dos contratos.

Pela segunda função, a matriz serve como modelo interpretativo do contrato como um todo, pois a distribuição de riscos serve não só para eventuais discussões sobre aditivos em casos de riscos consolidados, mas de vetor interpretativo para incertezas e riscos não previstos. Por exemplo, em uma matriz de risco que atribua ao contratado o risco pela variação cambial ordinária, pode-se interpretar que a variação extraordinária corra por conta da Administração Pública.

Em suma, a matriz de risco serve como uma forma de reduzir os custos da imprevisibilidade do contrato, mas não para a eliminar. Além disso, por se tratar de cláusula contratual (art. 6º, XXVII, da Lei 14.133/2020), a própria matriz de riscos pode ser, justificadamente, reequilibrada pelas partes.

Uma segunda crítica ordinária à matriz de riscos é a possível incapacidade dos órgãos públicos na sua confecção. Essa crítica parece pouco subsistente, pois a dificuldade inerente na utilização do instrumento denota mais uma incapacidade subjetiva da Administração Pública do que uma inadequação da ferramenta.

De todo modo, o risco e a incerteza são condições inerentes aos contratos

administrativos, especialmente em projetos de longo prazo ou inovadores, nos quais as condições e os requisitos podem evoluir ao longo do tempo. Nesses casos, a flexibilidade contratual e a capacidade de adaptação são essenciais para garantir a eficácia e a sustentabilidade do contrato no longo prazo.

Nesse sentido, a matriz de risco em contratos administrativos desempenha um papel fundamental na promoção de uma gestão eficiente e transparente dos recursos públicos, mitigando os impactos negativos dos riscos e incertezas e permitindo uma melhor gestão de longo prazo dos contratos administrativos.

É preciso ter em mente que, ao adotar uma abordagem sistemática e proativa de gerenciamento de riscos, as organizações governamentais podem aumentar a probabilidade de sucesso na execução de seus projetos e na entrega de serviços públicos de qualidade à população.

É certo que a matriz de riscos não é a panaceia que resolverá todos os problemas das contratações públicas. Entretanto sua utilização permitirá a reflexão dos gestores sobre as condições de riscos e incertezas dos contratos, aprofundando a fase de planejamento das licitações.

Conclusões alcançadas:

Os contratos públicos são as ferramentas dadas à Administração Pública para a tutela dos interesses públicos constitucionais. Nesse sentido, é inviável se pensar em políticas públicas adequadas, sem pensarmos em contratações públicas adequadas.

Assim, a análise das contratações públicas são elementos centrais no desenvolvimento do modelo democrático nacional, em grande parte porque é um componente estruturante

da economia nacional e, por conseguinte, no modelo comportamental dos agentes econômicos. Buscou-se demonstrar que a adequada gestão pública pressupõe um olhar atento à gestão de riscos e que contratos cada vez mais complexos, exigem técnicas cada vez mais complexas de manutenção de seu equilíbrio.

Nesse sentido, analisou-se o conceito de risco e de incerteza, correlacionando-os com preceitos jurídicos contratuais. Assim, trabalhou-se sobre a teoria das áleas, bem como as perspectivas e as potencialidades da matriz de risco.

Ao fim, é de se notar que a realização de boas contratações públicas depende do controle e mitigação dos riscos inerentes aos contratos administrativos, bem como do bom desenvolvimento dos conhecimentos públicos sobre o tema. De modo que o presente trabalho abre possibilidades para novas pesquisas de cunho empírico, sobre a suficiência e eficiência da matriz de risco como condutor de gestão de risco na Administração Pública brasileira.

De todo modo, se é verdade que há um verdadeiro avanço na Lei 14.133/2020 pelo fato dela ter majorado a relevância do tema da mitigação dos riscos. Além disso, concluiu-se que também a verdadeira modificação do perfil de contratações públicas depende de atuação administrativa prática e de incorporação dos conceitos na lida diária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Alta Books. Rio de Janeiro, 2019.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Manual de gestão de riscos. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/manual-de-gestao-de-riscos.htm>>. Acesso em: 19/04/2024.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 155-200, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5DN3pCsXtkG3jYqCtsQ7WPN/>>. Acesso em: 01/04/2024.

DONÁRIO, A. A. SANTOS, R. B. **A incerteza e o risco**. Repositório da Universidade Autónoma de Lisboa, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3154/3/A%20INCERTEZA%20E%20O%20RISCO.pdf>, acesso em 04/05/2024.

DONÁRIO, Arlindo Alegre. **Análise econômica da regulação social: causas, consequências e políticas dos acidentes de viação**. Repositório de dados da Universidade autónoma de Lisboa, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/3164>, acesso em 04/05/2024.

FAMA, E. F. FRENCH, K. R. Modelo de precificação de ativos de capital: Teoria e evidências. **Revista Re-Clássicos**, vol. 47, n. 02, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/Sr4XwwbSJVQBPzgrnHk6cvw/?format=pdf&lang=pt>

FAGUNDES, E. LUNKES, R. J. SCHNORRENBARGER, D. Aversão ao risco na tomada de decisões organizacionais: análise

da literatura e oportunidades de pesquisa. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (online)**, Rio de Janeiro, v. 23, n.2,,p.19-p.36.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic analysis of law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

GOMES, Milton Carvalho. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, p. 2179-2239, 2020.

LIBÓRIO, Matheus Pereira et al. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, v. 12, n. 2, p. 110-144, 2021.

KNIGHT, Frank. **Risk, Uncertainty, and Profit**. The Riverside Press. Boston, 1921.

PEDRO, Alexandre Raphael Pereira. **Gestão de riscos nas licitações do CINDACTA I: um estudo de caso. 2022**.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia** – Tradução da 8ª edição norte-americana. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Cengage Learning Brasil, 2019.

MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. **Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada**. Conjur, 3 jun. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opinioao-gestao-riscosmatriz-riscos-contratos-empreitada>, acesso em: 04/05/2024.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, DF de A. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. Revista Brasileira de Direito Público–RBDP, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 9-32, 2020.

NÓBREGA, Marcos. **UM OLHAR ALÉM DO ÓBVIO - TEMAS AVANÇADOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NA LEI 14.133/21 E OUTROS ASSUNTOS – 2ª** Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2024.

OCDE. Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira –Gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra. OCDE, 2011. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacaointernacional/convencao-daocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>>. Acesso em: 19/04/2024.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. O mercado de compras governamentais brasileiro: mensuração e análise. Distrito Federal: **Repositório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. 2019. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9315>, acesso em 28 jun 2023.

TREVIÑO-LOZANO, Laura; MARTIN-ORTEGA, Olga. Sustainable public procurement of infrastructure and human rights: linkages and gaps. Em: Sustainable public procurement of infrastructure and human rights: beyond building green. Cheltenham: Edward Elgar. 2023. P. 2-27.