

Alterações do Contrato Administrativo: Releitura das Normas de Regência à Luz do Gerenciamento de Riscos, em Gestão Pública Comprometida com Resultados¹

Jessé Torres Pereira Júnior e
Marinês Restelatto Dotti

1. INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva do direito público, a chamada “crise do sistema financeiro internacional”, que contamina o planeta desde 2008, talvez possa ser tida como o ponto de inflexão da curva de um gráfico demonstrativo dos desafios do século XXI. Este estará confrontando as sociedades humanas com a urgente necessidade de gerir o estado de acordo com novos paradigmas, no desempenho da mais permanente de suas funções: garantir, em parceria com outras instituições, o acesso de todos, sem exclusão, aos direitos fundamentais que, há mais de duzentos anos, vêm sendo proclamados e consagrados por sucessivas e cumulativas gerações, mediante declarações em tese.

Do estado liberal ao intervencionista, em maior ou menor escala, passando pelo estado do bem-estar e chegando ao estado mínimo, muitos têm sido os rótulos que intentam exprimir a ênfase posta, por tal ou qual escola de pensamento ou práxis de exercício do poder, na função primordial do estado, sem que esta, a rigor, se altere em sua essência.

Os rótulos escondem convicções antes ideológicas, sinceras ou oportunistas, comprometidas ou não com a aptidão do estado como instrumento político a serviço do desenvolvimento e da paz para todos, sem exclusão – eis a sua utilidade e a sua razão de ser. Todos querem o estado – ou dizem que o querem – apto para desincumbir-se dessa função, mas cada qual propõe a via que reputa a mais adequada para realizá-la, sem que qualquer delas o seja por si só e completamente.

A universalidade da crise do sistema financeiro assim o demonstra, ao se instalar em estados de variável teor democrático, com maior ou menor grau de regulamentação do sistema, exibindo taxas de desenvolvimento e índices de qualidade de vida os mais discrepantes.

Jessé Torres Pereira Júnior é
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Marinês Restelatto Dotti é
Advogada da União

O direito, como ciência a serviço da civilização, dispõe-se, periodicamente, a rever seus institutos, conceitos e definições, princípios, normas e regras, processos e procedimentos, com o fim de dar conteúdo jurídico – vale dizer, disciplinador de condutas gerais, expandindo, limitando, transformando ou racionalizando políticas e círculos de convivência, vinculando-os a normas ora pedagógicas, ora repressoras, ora de mero reconhecimento cultural – a ferramentas que, não raro manejadas em outras áreas do conhecimento, carecem de força bastante para impor-se à gestão do estado enquanto não forem incorporadas à ordem jurídica aceita e praticada. Processo permeado de historicidade, eticidade e socialidade, com os seus respectivos ativos e passivos, erros e acertos, avanços, desvios e recuos.

Um dos mais antigos institutos jurídicos – o contrato – é convocado, a cada quadra histórica, a dar a sua contribuição no caminhar civilizatório do direito. Foi pelo contrato que o direito capturou o sentido econômico das relações patrimoniais (Enzo Roppo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, *apud* Ustároz, Daniel, *Responsabilidade Contratual*, págs. 22 e segs. Revista dos Tribunais, 2.ed., 2007). Privilegiou-o tanto que os juristas passaram a preocupar-se em reduzir o teor de autonomia da vontade e o apego excessivo à forma – pretextos da supremacia do economicamente mais forte e do voluntarismo discriminador –, para atribuir-lhe uma função social, na tentativa de reequilibrar forças culturalmente antagônicas, desavindas em caráter intrínseco ou contingente. Daí a inserção, nas relações contratuais, da boa-fé objetiva, da prevenção do enriquecimento sem causa, da gradação da lesão que resolve os contratos, da responsabilização por danos materiais e morais, do reconhecimento de tutela específica e especial sobre relações geneticamente desequilibradas, como as de consumo.

Instituto jurídico central, o contrato ocupa lugar de destaque também na atividade estatal, direta, indireta ou delegada. Por meio do contrato, o estado, seja por sua própria administração, ou através de empresas que a lei cria para o desempenho de específicos cometimentos (as empresas públicas e sociedades de economia mista), ou, ainda, mediante empresas privadas por ele contratadas para executar a prestação

de serviços públicos delegados (concessionárias e permissionárias), realiza, gerencia, estimula, regula, fomenta um sem-número de atividades, programas e projetos de interesse para a sociedade.

Eis a chave para perceber-se a extensão e a gravidade do desafio pós-moderno à atividade contratual do estado – estabelecer e medir os resultados que a execução de cada contrato deve propiciar. Os resultados alcançados terão sido os planejados? E estes o foram de acordo com o interesse dos destinatários das ações contratadas, que, a seu turno, haveriam de harmonizar-se com as prioridades da sociedade? Terão sido levados em conta os possíveis riscos, inerentes a toda empreitada humana? Se o foram, quais terão sido os mecanismos jurídicos, técnicos, econômicos e gerenciais previstos para enfrentá-los e conjurá-los? Se não o foram, haveria responsabilidades a apurar? A avaliação dos riscos do contrato constitui uma obrigação, cujo negligenciamento gera responsabilidade, na acepção de obrigação secundária que ocupará o lugar daquela, primária, que não se cumpriu?

A gestão pública comprometida com os resultados já é tema recepcionado na doutrina e na jurisprudência, esta dos tribunais judiciais e de contas, por toda parte. Será que já é tema permanente nas preocupações e na prática dos gestores públicos brasileiros? Estes reconhecem e praticam técnicas de gerenciamento de riscos na administração pública, em especial na gestão dos contratos administrativos?

O presente estudo pretende reler a legislação, a doutrina e a jurisprudência atuais, pertinentes à alteração dos contratos administrativos, sob a ótica da avaliação de riscos, disciplina que integra a grade de cursos de formação de administradores de empresas, mas que ainda não terá sido juridicamente emoldurada para integrar o dia-a-dia da gestão pública.

2. GESTÃO DE RISCOS NO SERVIÇO PÚBLICO

A sociedade contemporânea expressa, de modo cada vez mais claro, o desejo de contar com alimentos e medicamentos mais seguros, meio ambiente saudável, produtos de qualidade aferida e controlada, padrões de vida de melhor qualidade, notadamente no pertinente à moradia, ao emprego,

à educação, à segurança pública e à segurança das relações jurídicas. Não apenas desejo. Molda-se a consciência de que se trata de direitos subjetivos públicos, de que todos e cada um são titulares, por isto que aos estados incumbe assegurá-los, incidindo em censurável omissão, ou em ação ineficiente, os governos que não concebem, nem executam, com eficácia, políticas públicas a tanto destinadas.

Integra aquela consciência o reconhecimento de que essas políticas e as ações delas decorrentes são naturalmente expostas a risco, definido este como

a incerteza em torno de eventos e resultados futuros [...], expressão da probabilidade e do impacto de um evento que pode influenciar a consecução dos objetivos de uma organização [...] Risco, portanto, é a probabilidade de que um evento, seja ele bom ou mau, ocorra no futuro [...] enfocamos o aspecto negativo do risco, mas é importante lembrar que o risco inclui tanto eventos positivos como negativos [...] A gestão de riscos frequentemente exige meios-termos. Ações e inovações que podem gerar benefícios devem ser equilibradas contra seus possíveis custos. Muitos dos riscos enfrentados na sociedade moderna resultam de benefícios gerados pela inovação social e tecnológica. A gestão de riscos reflete o desejo de melhorarmos processos decisórios em condições de incerteza, visando maximizar benefícios e minimizar custos. No setor público, uma grande preocupação em relação à gestão de riscos é o nosso dever de cuidar do público – os riscos sempre devem ser administrados, acima de tudo, com o interesse público em vista (Stephen Hill, *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*, págs. 37-38. in *Cadernos da Escola Nacional de Administração Pública*, traduzido com a permissão da Escola de Serviço Público do Canadá, 2006).

Órgãos governamentais brasileiros, cuja missão institucional é o controle da administração pública, ensaiam os primeiros passos rumo à gestão de riscos. Como a Controladoria Geral da União, cuja Revista nº 3 (Anexo II, dezembro/2007, páginas 38-40) veiculou importante contribuição, assinada por Sergio Nogueira Seabra:

[Na experiência internacional], os gestores de riscos do setor público têm alguns instrumentos de políticas à sua disposição para administrar e minimizar riscos e lidar com os impactos de resultados potencialmente adversos após um fato consolidado. O grau de coerção desses instrumentos varia de regulações diretas a instrumentos econômicos, iniciativas voluntárias, ações educacionais e comunicação. No processo de desenvolvimento de políticas, devem ser definidos objetivos e metas claros e implementados programas para que seus objetivos sejam alcançados. Se o *feedback* logrado e o monitoramento indicarem que os objetivos não estão sendo alcançados, os programas devem ser mudados. Se os objetivos deixarem de ser relevantes, novos objetivos devem ser estabelecidos. Esses objetivos devem ser compatíveis com requisitos legais, estatutários e internacionais [...]

Questões de equidade e justiça são logo levantadas em qualquer discussão sobre a responsabilidade por riscos. Os processos usados para a designação de ônus e responsabilidades pela ocorrência de um resultado potencialmente adverso são importantes. Entre outras perguntas que exigem respostas, temos as seguintes: o público vai arcar com o custo? O setor privado será responsável? O que será feito em prol das vítimas que sofrem impactos adversos involuntariamente (por exemplo, os que contraíram hepatite C após uma transfusão de sangue)? Como impactos irreversíveis serão compensados (por exemplo, a extinção de espécies e ecossistemas)?

O envolvimento precoce e permanente de todas as partes interessadas e do público numa discussão sólida e transparente sobre riscos ajudará a garantir prioridades aceitáveis e uma divisão adequada de responsabilidades. A pedra angular de uma comunicação eficaz de riscos é manter um diálogo adequado entre as partes interessadas em torno da melhor forma de administrar riscos. (Hill, *op. cit.*, pág. 44).

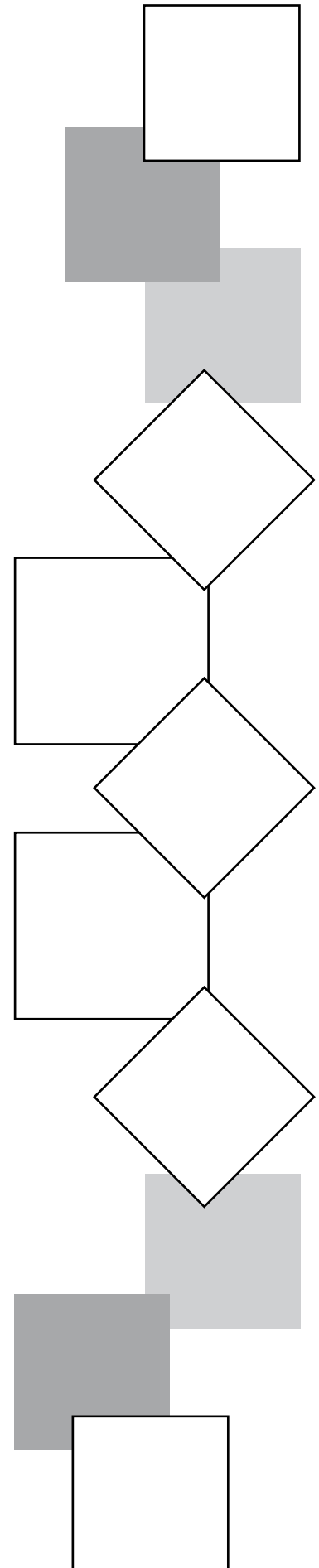
3. AS PRERROGATIVAS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de risco e seus desdobramentos devem iluminar a releitura das normas que, na Lei Geral das Licitações e Contratações, regem o contrato, a sua execução e fiscalização. Especialmente no que respeita à prerrogativa de alteração unilateral dos contratos, que dita lei confere à Administração, novos horizontes se abrem para os agentes públicos, sejam aqueles que atuam na seara da execução, sejam aqueles que atuam nos controles ou aqueles que os assessoram, técnica ou juridicamente.

O art. 54 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, submete os contratos administrativos, cujo objeto seja a execução de obras, a prestação de serviços, a compra ou a alienação de bens, à regência do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

A norma especializa o regime de regência em atenção à presença do interesse público, mas não cria, por evidente, um terceiro gênero, como se o contrato administrativo não fosse contrato. O que a especialização acarreta é a incidência de prerrogativas, que conferem à Administração, quando ocupante de um dos polos da relação contratual, poderes-deveres de agir conforme as finalidades públicas que se espera sejam o alfa e o ômega do contrato, isto é, determinem a necessidade do contrato e os resultados que se colherão com a sua execução.

O compromisso com a causa e os resultados revela-se em cláusulas ditas exorbitantes e derogadoras do direito comum, daí a relevância de a lei fixar as prerrogativas e de serem elas adequadamente manejadas pelos agentes públicos que modelam os objetos a serem contratados, conduzem os processos de contratação, fiscalizam e gerenciam a execução dos contratos celebrados.



Quer o contrato administrativo se origine de um procedimento competitivo seletivo público, chamado licitação, quer não – quando cabível uma das exceções legais de sua dispensa ou inexigibilidade –, as prerrogativas do regime jurídico especializado garantem e impõem à Administração o exercício daqueles poderes-deveres.

A Lei nº 8.666/1993, ao mesmo tempo em que relaciona as cláusulas essenciais de todo contrato administrativo (art. 55), prevê as hipóteses em que tais cláusulas podem sofrer alterações no curso do contrato, ou seja, consagra a mutabilidade das condições originalmente estipuladas. Decorre que, antes mesmo da formalização do contrato, ou durante a sua execução, podem advir situações que demandem alterações que o ajustem a realidades supervenientes. O que nem de longe poderia ser interpretado como autorização para que a definição do objeto a ser contratado pudesse ser feita sem rigoroso compromisso com a causa e o resultado.

Escusam-se os que aditam contratos a metro ou a peso com o argumento de que a Administração poderá, a qualquer tempo, alterar o que especificou e contratou, com ou sem licitação. Não se dão conta de que todo contrato há de ser pensado e celebrado com o propósito de ser cumprido tal como convencionado (o art. 66 da Lei nº 8.666/1993 quer que o contrato seja “executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”). As alterações devem ser sempre consideradas excepcionais que carecem de fundada justificação, com o fim de alcançar e preservar os resultados pretendidos. Alterações amiudadas denotam recriminável superficialidade no planejamento, na elaboração de projetos, na avaliação dos riscos, na gestão do contrato enfim.

Esse é o tom característico de toda prerrogativa, na acepção com que a emprega o jargão do direito público – condição que viabiliza a satisfação do interesse público ou da finalidade administrativa com ele comprometida. De sorte que toda prerrogativa é irrenunciável e impostergável. Dever de agir, não faculdade para agir. Poder instrumental para providenciar, prevenir, corrigir, punir. A inércia ou a omissão de seu exercício equivale a falta a dever

funcional, que arrisca a perda dos objetivos que deveriam ser atingidos na execução do contrato, por isto que atraente de responsabilização do agente inerte ou omissor, isto é, faltoso a seu dever funcional.

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993 é a sede das prerrogativas que a lei entendeu de confiar à Administração. O inciso I alinha, como a primeira delas, a de modificar o contrato unilateralmente. Como toda prerrogativa deve estar vinculada à preservação dos resultados planejados, a de impor alteração unilateral em cláusula contratual somente se legitimará se almejar “melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”, tal como explicita o inciso em sua parte final, de molde a vincular a alteração àquela adequação e a esse respeito, ambos – adequação e respeito – evidentes limitadores da discricionariedade administrativa para fazer uso da prerrogativa.

A lei não faculta à Administração alterar as condições previamente ajustadas à nova realidade fática; impõe-lhe o poder-dever de fazê-lo, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados. Mas tão só nessa hipótese. Ilegítimo será – transformando-se em abuso de poder ou desvio de finalidade – o exercício da prerrogativa sem compromisso com esses resultados, que traçam, em verdade, os seus limites.

A prerrogativa da alteração unilateral incide exclusivamente sobre cláusulas de execução, também chamadas de regulamentares ou de serviço. As cláusulas que versam sobre o preço não podem sofrer alterações unilaterais; haverão de ser negociadas depois de definida a alteração incidente sobre a execução, se esta se refletir no preço.

O fundamento jurídico necessário dessa negociação é o direito do contratado - que o art. 37, XXI, da CR/88 assegura (v. item 6, *infra*) - a que se mantenha em equilíbrio a equação econômico-financeira do contrato, estabilizada quando a Administração aceitou a proposta do particular porque conforme ao que foi por ela especificado, significando que o respectivo preço atende às expectativas de ambas as partes, que o têm por vantajoso e de acordo com o praticado no mercado.

Outra limitação ao exercício dessa prerrogativa está na fidelidade ao objeto contratado, que não pode ser substituído por outro. Se a realidade superveniente demonstrar que o objeto originalmente especificado e contratado deixou de servir ao interesse público ou a fins administrativos com ele comprometidos, a Administração deverá cogitar de rescindir o contrato, não de deformá-lo a ponto de ser outro o seu objeto. Os custos e retardamentos que acompanham uma rescisão podem ser elevados e desastrosos para o interesse público, por isto que deveria haver sido considerados em prévia análise de riscos.

Essas mesmas cautelas e limitações balizam, com as adaptações próprias ao conteúdo de cada uma delas, o exercício de todas as demais prerrogativas arroladas no mencionado art. 58, dado que nenhuma prerrogativa existe para atender a voluntarismos dos agentes e gestores públicos, sob qualquer de suas mais frequentes motivações, tais como oportunismos eleitoreiros, arbitrariedades lesivas de direitos fundamentais, improbidades as mais variadas.

4. ALTERAÇÕES UNILATERAIS EXPRESSAS

A Lei nº 8.666/1993 autoriza, nos artigos 57, § 1º, e 65, a Administração a fazer uso da prerrogativa de alterar, unilateralmente, as cláusulas contratuais, quando:

4.1 mostrar-se necessário nos prazos originariamente pactuados para o início das etapas de execução, de conclusão ou de entrega do objeto, decorrente de situações que podem advir independentemente de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, tais como:

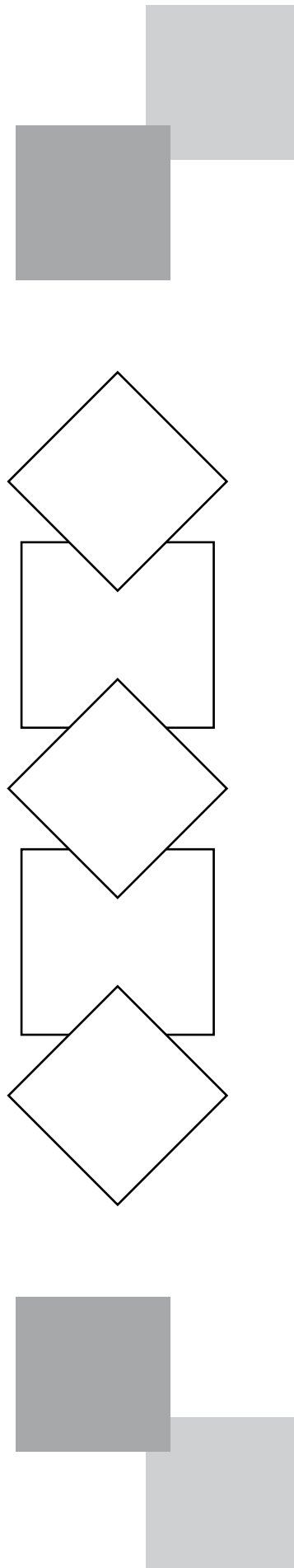
(a) fatos externos, estranhos à vontade das partes contratantes, como na hipótese de superveniência de fato excepcional ou imprevisível que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

(b) necessidade de alterar-se o projeto ou as especificações do objeto, sem desnaturá-lo (daí a necessidade de haver a Administração elaborado, na fase preparatória do processo de contratação, projeto básico ou termo de referência – conforme se trate de concorrência, tomada de preços, convite ou pregão – suficientemente pormenorizado e apto a produzir os resultados almejados pela Administração);

(c) indispensável for a interrupção da execução do contrato ou a diminuição do ritmo de trabalho, por ordem e no interesse da Administração;

(d) sobrevir impedimento para a execução do objeto do contrato por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

(e) recomendar-se o aumento de quantidades inicialmente previstas no contrato;



(f) houver omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto a pagamentos previstos, de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis;

4.2 no curso da execução do contrato, verificar-se a necessidade de modificação:

(a) no projeto ou nas especificações inicialmente estabelecidas, desde que para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração; ou

(b) no valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões que se fizerem em obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, mantido o índice de 25% em caso de supressão.

A expressa previsão dessas hipóteses em lei torna intuitivo, à vista do princípio da precaução, que a análise de riscos se detenha sobre cada uma delas, com o fim de evitar, o mais possível, ocorrências onerosas e indesejáveis que as tenham por motivo, acaso inevitável.

5. ALTERAÇÕES PASSÍVEIS DE INTRODUÇÃO NO CONTRATO MEDIANTE ACORDO

A Lei nº 8.666/1993 distingue certas alterações decorrentes de acordo entre as partes, a saber:

(a) ser conveniente a substituição da garantia de execução fixada no instrumento convocatório;

(b) ser necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

(c) ser necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, e

vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

(d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual; e

(e) quando houver necessidade de suprimir-se o objeto em percentuais que ultrapassem os limites fixados no art. 65, § 1º.

Não se infira desse elenco explicitado que outras cláusulas não possam ser objeto de alteração por acordo. Em princípio, toda cláusula contratual é passível de alteração havendo acordo entre os contraentes.

O significado dessa explicitação é diverso do que poderia sugerir sua aparência restritiva. É o de deixar claro que, nessas hipóteses, a lei não admite decisão unilateral porque qualquer daquelas alterações – a substituição de garantia de execução, a modificação de regime de execução de obra ou serviço, ou o modo de fornecimento de compra, a modificação da forma de pagamento, a aplicação da teoria da imprevisão – pode afetar, reflexamente, o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Havendo anuência do contratado, todavia, qualquer dessas situações poderá gerar alterações no contrato, vedadas à falta dela. Vale dizer que outro risco a ser previamente analisado é o referente às consequências de o contratado recusar-se a concordar com a alteração, o que seria legítimo, porém poderia acarretar dificuldades ou impedimentos à consecução dos resultados planejados.

6. INTANGIBILIDADE DAS CLÁUSULAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS

Todas as alterações nas cláusulas regulamentares ou de serviço originais devem assegurar a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (preço) e monetárias (atinentes a correção e reajustes), caso essas alterações desequilibrem a relação encargo/remuneração inicialmente estabelecida. Ao mesmo tempo em que à Administração Pública cabe a prerrogativa de alterar unilateralmente cláusulas de serviços de seus contratos, em contrapartida, ao contratado assiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face das modificações impostas mercê do uso da prerrogativa (Lei nº 8.666/1993, art. 58, §§ 1º e 2º).

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser tisonado sequer por força de lei, dado ser esta submissa, necessariamente, ao art. 37, XXI, da Constituição da República, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, ou seja, assiste ao contratado o direito à manutenção da equação econômico-financeira inicial. Extrai-se, pois, que a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras ficará defendida tanto contra as intercorrências que o contratado sofra em virtude de alterações unilaterais, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda, temas que serão examinados adiante. Frise-se: a intangibilidade é da equação equilibrada, não da literalidade do preço; este pode ser alterado, desde que mantida aquela.

7. FORMALIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

As alterações que se fizerem necessárias nos termos iniciais ajustados devem ser expressas (Lei nº 8.666/1993, art. 60), observar os princípios que regem as contratações públicas e seguir as exigências impostas por lei, que são, dentre outras: necessária e prévia justificativa (exposição das razões de fato e de direito que demonstrem a imprescindibilidade e a vantagem das alterações para o implemento dos resultados de interesse público planejados – art. 65, *caput*); existência de dotação orçamentária que atenda ao aumento da despesa, quando for o caso

(art. 65, § 8º); autorização da autoridade competente (art. 57, §§ 2º e 4º); formalização por meio de instrumento adequado, guardadas a análise e a aprovação, em caso de termo aditivo, por assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único); publicidade pertinente (art. 61, parágrafo único).

Ao que estabelece o art. 4º da Lei nº 8.666/1993, o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal. Significa que quaisquer alterações nas condições previamente ajustadas também devem ser procedidas formalmente, segundo os requisitos previstos em lei, como garantia de atendimento aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência das ações dos agentes públicos.

8. PERFIL GENÉRICO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Passa-se ao exame dos aspectos gerais das várias possibilidades de alterações contratuais, unilaterais ou por acordo, sem a pretensão de esgotá-las, dada a infinidade de situações que podem surgir na casuística das contratações públicas.

8.1 ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS

O objeto descrito no projeto anexo ao instrumento convocatório ou integrante do processo de contratação direta – seja o básico (art. 7º, I), o executivo (7º, II) ou a especificação completa dos bens na hipótese de compras (art. 15, § 7º, I) – poderá receber modificações pela Administração contratante, caso esta verifique e justifique que os resultados pretendidos somente serão alcançados se houver melhor adequação técnica nas condições originalmente estabelecidas, mantendo-se intocada a natureza do objeto.

As hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do inciso I, do art. 65, decorrem da prerrogativa concedida à Administração Pública de alterar unilateralmente as condições inicialmente ajustadas.

O contratado não pode opor-se às alterações, desde que respeitado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, acaso afetado pelas alterações unilateralmente impostas. Tanto que o § 1º do mesmo preceptivo estabelece que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até

25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. Em havendo necessidade de supressão desse objeto (reforma de edifício ou de equipamento), esta deverá limitar-se a 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 215/1999, citada no Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, assentou que:

9.3.2 proceda a rigoroso acompanhamento das obras do Projeto de Irrigação Várzea de Sousa/PB (Convênio nº 071/98 - SIAFI 353321), e observe, na hipótese de vir a ser solicitada nova alteração no projeto aprovado, o contido na Decisão nº 215/1999 - Plenário - TCU, que firmou o entendimento de que tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, só se admitindo a extrapolação desse limite em casos excepcionalíssimos, desde que satisfeitos os pressupostos fixados na referida decisão. Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar, Processo TC 013.791.2001-7, DOU de 3 de outubro de 2003.

Eis as situações de excepcionalidade, definidas na Decisão plenária nº 215/1999, que pôs fim a extensa discussão doutrinária e jurisprudencial:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravosíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; Relator Min. José Antonio Barreto de Macedo, Processo TC 930.039.1998-0, DOU de 21 de maio de 1999.

Seguem-se julgados acerca da possibilidade excepcional de ultrapassar-se o limite legal estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993:

9.1. determinar à Petróleo Brasileiro S.A. que:

9.1.1 atente para o disposto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas celebrando termos aditivos de valores superiores a 25% do valor inicial contratado nas hipóteses excepcionais previstas na Decisão nº 215/99-Plenário; - Acórdão nº 1.329/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 011.173/2003-5, DOU de 18 de novembro de 2003

8. [...] este Tribunal já entendeu que se trata de serviços de natureza continuada, admitindo prorrogações de prazo por iguais e sucessivos períodos, desde que limitadas a 60 meses, segundo o entendimento expresso no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. É possível, pois, que, no cômputo final, o valor de um contrato dessa espécie ultrapasse o limite de 25% permitido em lei, desde que as alterações sejam decorrentes de ações com as mesmas características daquelas formalizadas no objeto original, a serem executadas nos períodos relativos às respectivas prorrogações de prazo. Como bem sustentado na análise da unidade técnica, tal entendimento restou consubstanciado, recentemente, no Voto condutor do Acórdão nº 643/2007, de minha autoria. - Acórdão nº 1.626/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 001.986/2006-8, DOU de 17 de agosto de 2007.

8.2 REQUISITOS NECESSÁRIOS DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS

As alterações unilaterais previstas no dispositivo citado exigem da Administração a observância, dentre outros, dos seguintes requisitos:

(a) existência de projeto básico, tratando-se de obras e serviços: tendo em vista que as alterações propõem-se a modificar o projeto ou as especificações inicialmente estabelecidas, qualitativa ou quantitativamente, também elas, as alterações, devem ser precedidas de projeto básico, incluindo nova análise de riscos (“9.3.13. elaborar projeto básico previamente à realização de aditamentos contratuais, em especial, quando implicar acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 65, I, b, do mesmo diploma legal;” Acórdão nº 740/2004, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 013.661.2003-0, DOU de 25 de junho de 2004);

(b) motivação expressa pela autoridade competente, podendo servir de supedâneo pareceres e estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, de modo a configurar a superveniência, em relação à instauração da licitação ou à instrução do processo de contratação direta, dos fatos determinantes das alterações;

(c) ato administrativo que autoriza a alteração por meio de aditamento, também pela autoridade competente;

(d) existência de recursos orçamentários, na hipótese de a alteração gerar aumento de despesa;

(e) formalização por meio de termo aditivo, cuja minuta, elaborada pelos setores administrativos interessados, deve passar por análise e aprovação pela assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993);

(f) publicação do resumo do termo (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).

Não se altera contrato, muito menos se executa a alteração, sem termo aditivo, ao que se extrai de julgado do Tribunal de Contas da União - “3.4 passe a

promover, em tempo hábil, por meio de aditamento, a devida formalização das eventuais alterações contratuais sempre que houver modificação dos projetos ou das especificações originariamente contratadas, em conformidade com o disposto no art. 65, inciso I, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei n. 8.666/93”. (Decisão nº 545/1996, Plenário, Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Processo TC 003.859/96-7, DOU de 16 de setembro de 1996).

8.3 CONTRATOS DE VALOR ESTIMADO

O planejamento adquiriu *status* de princípio fundamental da Administração Pública com o Decreto-lei nº 200/1967, na dicção de seu art. 6º - “As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento”.

O planejamento é inseparável de toda a atividade administrativa, inclusive no trato com licitações e contratações públicas, por ser imperiosa a necessidade de os administradores definirem as prioridades que devam ser atendidas, em que medida e tempo. Como segmento inicial do ciclo completo da gestão técnica (planejamento, execução, controle e avaliação), deve reunir elementos suficientes para uma visão global do objeto da contratação, propiciando condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público.

Dentre os elementos que auxiliam o administrador no planejamento eficaz de suas contratações figuram: (a) a estimativa da quantidade e do custo do objeto, este obtido pela realização de ampla pesquisa de preços junto ao mercado; e (b) a definição dos recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas, computadas as eventuais prorrogações do prazo de vigência contratual, nas hipóteses admitidas em lei.

Não obstante a realização de um planejamento eficaz do objeto de que necessite a Administração, em algumas contratações, somente é possível conhecer-se o valor devido ao contratado por ocasião do pagamento da despesa. Prevendo essa possibilidade, a Lei nº 4.320/1964, art. 60, instituiu ser “vedada a realização de despesa sem prévio empenho. [...] § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar”.

A índole estimativa é da despesa, não da nota de empenho, que só deverá ser extraída após a formalização do processo de liquidação e pagamento de cada despesa, à vista da nota fiscal apresentada pela contratada e atestada pela Administração contratante.

Como dedução do orçamento vigente, cada empenho gera um bloqueio formal da parcela envolvida, cujo valor reduz o saldo até então disponível. Infringir essa determinação legal sujeita o agente responsável a penalidades, tais a desorganização e a incerteza que a infração acarreta para o controle orçamentário, expondo a Administração Pública e seus usuários aos efeitos da mora (atraso no cumprimento de obrigação) ou do inadimplemento (não cumprimento definitivo de obrigação).

O empenho de recursos admite três modalidades²:

Ordinário (quando o pagamento deve ser efetuado em parcela única e o valor exato pode ser conhecido a priori. Exemplo: aquisição de caderno para anotações);

Estimativo (quando o valor exato do montante não pode ser conhecido a priori. Geralmente, os empenhos feitos por estimativa são pagos em várias parcelas à medida que se vai, mensalmente, tomando conhecimento dos respectivos valores. Exemplo: consumo de energia elétrica em um certo trimestre);

Global (quando as despesas dependem de contrato e de outras despesas vinculadas ao sistema de parcelamento, cujo valor exato de cada parcela e do montante geral possa ser conhecido a priori. Exemplo: locação de um equipamento a valor fixo mensal, durante um trimestre).

J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis³ lecionam:

Já foi citado o caso de falta de dotação para pagar a conta de energia que cabe perfeitamente aqui. Se não se sabe, ou não se pode calcular, o montante exato da despesa, faz-se o empenho

– sempre prévio e por estimativa; o valor exato da despesa poderá ser conhecido no exercício de origem ou no exercício subsequente.

No exercício de origem:

- Se a estimativa for menor que o valor exato, far-se-á o empenho complementar da diferença;
- Se a estimativa empenhada for maior que o valor exato, anula-se a parte referente à diferença, revertendo esta à dotação por onde correu a despesa.

No exercício subsequente, as despesas que não se processaram na época própria poderão ser pagas à conta da dotação Despesa de Exercícios Anteriores, de conformidade com as disposições do art. 37 da lei.

8.3.1 CONTRATO DE VALOR ESTIMADO E LIMITE
FIXADO NO ART. 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993

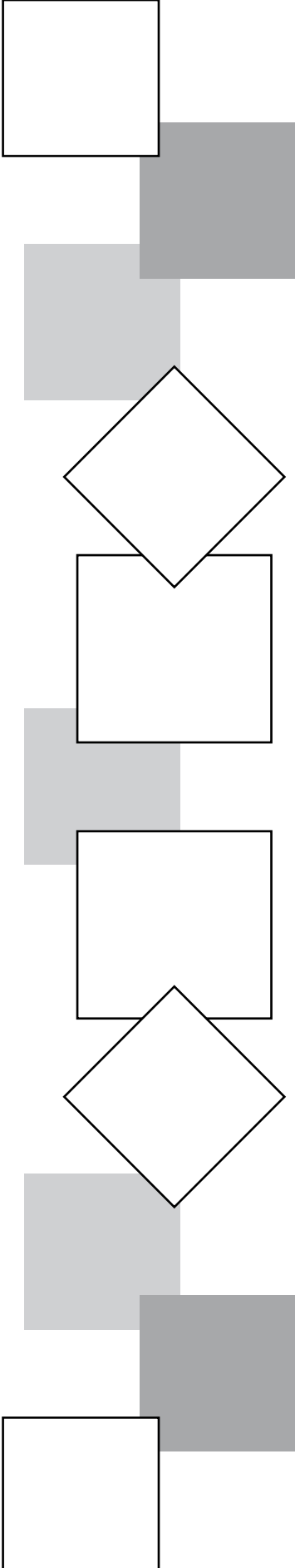
Nos contratos de valor estimado, as alterações quantitativas do objeto não ficam limitadas ao percentual de 25% do valor inicial atualizado. Airton Rocha Nóbrega⁴ faz ver que:

Despesa Estimada em Contratos Administrativos

(...)

Questão que se propõe no cotidiano da administração visa saber como tratar as situações em que não se tem condições de estabelecer previamente um valor certo e determinado para a execução do contrato, limitando este a determinados montantes, como é previsto e desejável.

A proposta, em tal caso, contemplará o valor relativo a determinadas unidades que comporão o valor global ofertado e estas unidades servirão como parâmetro para o cálculo de serviços que, se solicitados e efetivamente prestados, serão remunerados. É o caso, por exemplo, do transporte aéreo de passageiros, manutenção de máquinas e equipamentos, manutenção predial, fornecimento de água, luz e telefone, dentre outras inúmeras situações.



Constata-se, em tais circunstâncias, que, ao estipular-se um valor para o contrato, os parâmetros se referem aos diversos itens que compõem a proposta, mas não ao montante global da despesa. O planejamento desta se fará de modo estimado, embora não se tenha sequer a certeza de que ele será alcançado ou mesmo de que não será superado além dos limites previstos no art. 65, § 1º. Vincula-se o valor do contrato, em tais circunstâncias, às necessidades da administração, não podendo estas atender aos parâmetros usualmente adotados em relação a outras situações.

Prevedendo essa possibilidade, indica a Lei nº 4.320/64, no bojo do § 2º do art. 60, que 'será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar'. Oportunos comentários a respeito asseveram que 'Podem ser empenhadas por estimativa despesas cujo valor exato seja de difícil identificação e aquelas que obrigatoriamente são realizadas, dada a sua importância e natureza'. Adita-se ainda a respeito que 'são empenháveis por estimativa despesas tais como: compra de produtos químicos para tratamento de água; combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; despesas de viagem; telefone, água, adiantamentos a funcionários; juros e outras'³. (op. cit., p. 123).

A solução legal prevista para a situação ora cuidada, pelo que estampa o ordenamento visto, impõe, de todo modo, a emissão de empenho com indicação de um valor que não prevê o montante determinado, mas sim o custo provável a ser oportunamente realizado. A especificação dos gastos, para efeitos de destaque de recursos, terá em conta uma quantia estimada, calculada de forma aproximada em face de montantes anteriormente despendidos. Assim determinada a despesa, pode esta ser objeto de variação tanto para mais quanto para menos.

Indagação que disso resulta, visa a saber se ficará o contrato, celebrado em tais condições, submetido às mesmas hipóteses de variação de seus montantes e, em especial, vinculado, para seus acréscimos e reduções, ao limite de gasto de 25%, especificado no art. 65, I, "b" c/c § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A resposta que se pode ofertar, considerando o que a respeito se detecta na legislação própria, é no sentido de que a estipulação de valor estimado não cria uma vinculação para a administração que a impediria de ir além de tais limites. O quantum estimado da contratação gera a possibilidade de executar-se o contrato com valores bem inferiores ao estimado, observadas as necessidades reais detectadas durante sua execução, pois nenhuma certeza se deferiu ao contratado de que seria atingido tal montante. De igual forma ter-se-á como proceder quando se venha a sentir a necessidade de efetuar gasto superior àquele estipulado.

Forçoso reconhecer que quando se tratar de contratação que teve por objeto não a indicação de um valor determinado para o objeto a ser executado, mas sim quantum estimado de gastos a serem feitos, não se pode falar em aditamento limitado a 25% do valor inicialmente previsto. Comporta a situação objeto da presente análise clara solução no sentido de que, em tais casos, quando não tiver o contrato um valor prefixado, passa a administração a ter a possibilidade de realizar sempre a alocação de novos recursos para a sua execução, desde que demonstrada a necessidade da prestação dos serviços e a possibilidade de assunção do gasto a que se propõe.

Há de atentar-se, pois, não para a **previsão estimada**, mas sim para o limite que naturalmente resulta da modalidade de licitação adotada, devendo esta constituir-se em limite específico para os gastos pretendidos. Adotada, por exemplo, a **tomada de preços**, vinculada estaria a administração ao piso máximo para esta fixado no art. 23, I e II. Caso fosse o convite a modalidade adotada, estaria adstrita à despesa do montante inscrito na mesma disposição normativa. Respeitar-se-ão os limites anteriormente aludidos e, enquanto vigente o contrato, os valores nele previstos variarão consoante as necessidades da administração.

A realização de tais gastos, é certo, deve ser antecedida da emissão de empenho de dotação orçamentária suplementar, impondo, com esse objetivo, apenas o **apostilamento** a que se refere o art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, ficando dispensada a celebração de termo aditivo para esse fim. Esta a orientação que melhor se adequa a tais situações, quando, pela própria natureza da contratação, não se tem como estipular um valor fixo para a despesa a ser feita.

8.4. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS DECORRENTES DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO DA CONTRATADA

Interpretando o disposto no art. 78, VI, da Lei Geral das Licitações e Contratações, o Tribunal de Contas da União tem considerado que, se não houver expressa regulamentação no instrumento convocatório ou no contrato a ele anexo, dispondo de modo diverso, é possível manter vigentes contratos cujas empresas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado por um desses processos, desde que: (a) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original ou no procedimento realizado para a contratação direta; (b) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (c) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (d) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

A modificação da razão social e demais registros da pessoa jurídica contratada, na hipótese de fusão, cisão ou incorporação, efetivam-se por meio de termo aditivo, sendo desnecessária a celebração de novo contrato, tendo em vista que todas as condições convencionadas no contrato original e em eventuais aditamentos devem permanecer inalteráveis. Nada obstante, da fusão, cisão ou incorporação de que resulte nova empresa, a recomendar que a Administração analise os riscos de com esta manter o contrato, ainda que não impedida de fazê-lo. A minuta de termo aditivo não prescinde de prévia análise e aprovação pela assessoria jurídica (art.

38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993) e publicação na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único, da mesma Lei).

Sumarie-se a orientação do Tribunal de Contas da União:

9.3. comunicar ao Dnit que este Tribunal não encontra óbices a que a empresa Xingu Construtora Ltda., resultante da cisão da empresa Xingu Construtora de Obras Ltda., venha a celebrar o contrato resultante da licitação nº 002/99/DER/DO-PR, Lote 2, desde que atendidas as seguintes condições:

9.3.1. no processo de contratação, reste efetivamente comprovado o atendimento, pela Xingu Construtora Ltda., de todas as condições de habilitação e qualificação previstas no Edital licitatório;

9.3.2. o eventual contrato seja celebrado nos termos previstos no Edital da citada concorrência;

9.3.3. seja revisado o projeto da obra, verificando-se, inclusive, a conformidade com as especificações técnicas de rodovias federais;

9.3.4. a revisão acima não produza alteração significativa no objeto da licitação realizada, bem como não resulte prejuízo para Administração em função do aumento de quantitativos de itens que tenham preços unitários acima do mercado e da redução de quantitativos de itens com preços unitários abaixo do mercado, levando em consideração as determinações do Acórdão nº 583/03-Plenário, retificado pelo Acórdão nº 1.034/03-Plenário;

9.3.5. haja previsão legal para a aplicação de recursos federais em trechos incluídos na MP 82/02;

9.3.6. não haja outros óbices legais e prevaleça o interesse da administração na efetivação da contratação; - Acórdão nº 365/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 017.793/2006-2, DOU de 16 de março de 2007.

Ainda:

“9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham

passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;”- Acórdão nº 634/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 009.072/2006-0, DOU de 23 de abril de 2007.

9. PERORAÇÃO

Quando, no início do século, o sistema financeiro internacional deu os primeiros sinais de que uma crise se avizinhava, os Bancos promoveram o Acordo da Basileia, cuja implementação deveria entrar em vigor em 2006.

[Dizia-se, então, que] exigências em relação a tempo, preço e prazo tornaram-se cruciais para as instituições conseguirem manter-se no mercado. Nesse contexto, mitigar riscos e perdas é fundamental para a sobrevivência das empresas, tão importante quanto a criação de novos produtos e serviços [...] O Bank for International Settlements (BIS) catalogou, em publicação datada de setembro de 2001, os diversos tipos de riscos inerentes às operações bancárias, classificando-os em sete categorias distintas:

fraudes internas – ações intencionais realizadas para fraudar a instituição mediante a prática de atividades ou transações não-autorizadas; registros errados; depósitos sem valor; fraudes em créditos; apropriação indevida de ativos; destruição proposital de ativos; evasão fiscal etc.

fraudes externas – ações intencionais executadas por terceiros, visando fraudar a instituição (roubo, falsificação etc.);

práticas incorretas – violação de leis, regulamentos e acordos relacionados à segurança das pessoas, incluindo terceiros; discriminações;

práticas inadequadas em relação a negócios, produtos e serviços – falhas não-intencionais ou negligência face às obrigações

profissionais perante clientes, por exemplo, quebras contratuais, vendas agressivas, mau uso de informações confidenciais etc.;

danos em ativos físicos – danos causados por desastre ou outros eventos – terrorismo, vandalismo, terremotos etc.;

falhas ou interrupções de negócios – problemas de sistemas em hardware, software, telecomunicações, interrupção de energia elétrica etc.;

falhas de execução – falhas de processamento ou de gerenciamento (NETO, Beraldo Crisante; CRESTO, Vicente. *Risco operacional: o porquê de se registrarem perdas*, Resenha BM&F, nº 156, p. 47-51, 2007).

Impressiona, a uma, a afinidade entre essas categorias de riscos, presentes nas atividades das instituições financeiras em geral, e os riscos a que está sujeita a operação das funções administrativas estatais, especialmente nas contratações de compras, serviços, obras e alienações. A duas, que tais riscos, objeto de diagnósticos e recomendações, não hajam produzido medidas que evitassem a crise que afinal explodiu entre 2007 e 2008, e ainda se irradia em escala mundial, incluindo a falência de bancos e de outras instituições financeiras e econômicas, negligentes no gerenciamento dos riscos previstos ou estimáveis.

É vero que o Estado não quebra, mas não é menos real que o funcionamento estatal sem compromisso com os resultados de interesse público e o gerenciamento dos riscos inerentes à sua atividade vai semeando o descrédito em relação à capacidade de as instituições públicas responderem com eficácia às expectativas e necessidades das sociedades. As perdas não se medem apenas economicamente, mas politicamente, para demérito e desprestígio do estado democrático de direito.

A cultura da Administração Pública exerce poderosa, quando não decisiva, influência sobre o gerenciamento do risco. Como adverte, ainda, Sergio Nogueira Seabra:

A própria definição do que vem a ser um risco é socialmente construída e influenciada pela cultura da organização. Muitas vezes, a causa do não alcance dos objetivos da organização ou de graves perdas financeiras não está em nenhum evento específico identificado pela organização como ‘risco’, mas em um grande número de pequenas anomalias, culturalmente aceitas como normais pela organização, que eventualmente se acumulam, resultando na ocorrência do evento indesejável (Vaugh, Diane, *Organizational rituals or risk and error*, Cambridge University Press, 2004). Além disso, se inapropriadamente aplicados, modelos de gerenciamento de risco podem trazer efeitos adversos, expondo a organização a riscos enquanto passa uma falsa impressão de controlabilidade.

Em outras palavras, a aplicação de modelos de gerenciamento de riscos traz consigo seus próprios riscos.

[...] gestores públicos correm o risco de ficarem mais preocupados em [...] se resguardar contra culpa ou riscos à sua reputação. Portanto, se inapropriadamente aplicado, modelo de gerenciamento de riscos pode exacerbar a tendência de ‘evitamento’ de culpa (*blame-avoidance*), que caracteriza a cultura das organizações públicas em geral (Hood, Christopher e Rothstein, Henry, *Business risk management in government, pitfalls and possibilities*. Centre os Analysis of Risk and Regulation – London School of Economics, 2004)...] três conseqüências indesejáveis [...] A primeira é o deslocamento da responsabilidade pelos riscos para outras organizações politicamente mais fracas ou menos preparadas para lidarem com os riscos [...] A segunda refere-se ao uso de argumentação baseada em gerenciamento de riscos como desculpa para inação ou indesejável inflexibilidade, quando aplicada de forma mecânica ou apenas para cumprir obrigações legais. Por último, a abordagem de gerenciamento de riscos pode enfraquecer outros valores importantes para o setor público, como a transparência e a aprendizagem, quando é aplicado primariamente para evitar culpas e responsabilidades civis [...] Como forma de evitar essas conseqüências indesejadas, Hood e Rothstein sugerem três ‘boas práticas’ relacionadas à aplicação de abordagem de gerenciamento de riscos nas organizações públicas: (i) envolver todas as organizações que, de certa forma, estão relacionadas com a política ou programa; (ii) focar no risco sistêmico, ao invés de focar somente no risco para uma organização em particular; e (iii), talvez a mais importante, aplicar uma ‘abordagem inteligente’ de gerenciamento de riscos. A abordagem racional de gerenciamento de riscos deve ser aplicada de tal forma a não inibir julgamento e imaginação por parte dos atores envolvidos. Isso significa que a abordagem de gerenciamento de riscos deve sempre dar espaço para deliberações inteligentes e reflexivas sobre os processos envolvidos (*op. cit.*, p. 47-48).

NOTAS

- 1 Texto adaptado para adequação às normas editoriais da Revista do TCU. Versão integral disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais/publicacoes/titulo>.
- 2 Comentários à Lei 4320/1964. CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Aduino; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; BARBOSA, Rui Rogério Naschenweng. Atlas: São Paulo, 3. ed., p. 101.
- 3 A Lei 4320/64 comentada. Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 25. ed., Rio de Janeiro, p. 117.
- 4 *Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)*, Belo Horizonte, nº 32, ano 3 ago. 2004, p. 4.158 a 4.160.

