



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLA THAMILIS FONSECA CHAVES

**A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS
E OS REFLEXOS DELA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO**

**BRASÍLIA
2022**

CARLA THAMILIS FONSECA CHAVES

**A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS
E OS REFLEXOS DELA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Antônio Rodrigo Machado de Souza.

BRASÍLIA
2022

CARLA THAMILIS FONSECA CHAVES

**A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS
E OS REFLEXOS DELA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília – EDB, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Me. Antônio Rodrigo Machado de Souza.

BRASÍLIA – DF, 22 de novembro de 2022.

Prof. Me. Antônio Rodrigo Machado de Souza
Professor Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Dr. Marcos Nóbrega
Membro da Banca Examinadora
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Me. Marilene Matos
Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasiliense de Direito Público



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS E OS REFLEXOS DELA
NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO**

TCU'S VIEW ON INCOMPLETE CONTRACTS AND THEIR REFLECTIONS ON THE
LEGAL (IN)SECURITY OF THE PUBLIC MANAGER

RESUMO

Este artigo parte da teoria do contrato incompleto, prescrita no campo da análise econômica do direito, como sendo aplicável à realidade dos contratos administrativos de infraestrutura. Diante dessa perspectiva, analisa o emprego da expressão “contrato incompleto” na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e o seu significado no contexto das decisões. Constatada a utilização do termo com significado distinto ao que prescreve a teoria, o trabalho elenca os reflexos dessa visão diversa na segurança jurídica dos agentes públicos que lidam com contratos incompletos, ao passo em que recomenda a gestão de riscos como ferramenta relevante para a segurança do gestor contratual. O trabalho busca apoiar o controle do TCU na aplicação adequada do conceito de contrato incompleto, segundo a ótica da análise econômica dos contratos, assim possibilitando uma atuação mais pragmática e aderente à realidade dos contratos administrativos de infraestrutura.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato incompleto; contrato de infraestrutura; jurisprudência do TCU; segurança jurídica do gestor público; gestão de riscos.

ABSTRACT

This article starts from the theory of the incomplete contract, prescribed in the field of economic analysis of law, as being applicable to the reality of administrative infrastructure contracts. In view of this, it analyzes the use of the expression "incomplete contract" in the jurisprudence of the Federal Court of Auditors (TCU, in Portuguese) and its meaning in the context of decisions. Since the use of the term has a different meaning than that prescribed by the theory, the work lists the reflexes of this different view on the legal security of public agents who deal with incomplete contracts, while recommending risk management as a relevant tool for the security

of the contractual manager. This work seeks to support TCU in the adequate application of the concept of incomplete contract from the standpoint of the economic analysis of contracts; thus enabling a more pragmatic and adherent performance to the reality of administrative contracts of infrastructure.

KEYWORD: Incomplete contract; infrastructure contract; TCU jurisprudence; legal security of the public manager; risk management.

1. INTRODUÇÃO

A exploração da infraestrutura de transporte e logística nacional, que inclui portos, aeroportos, rodovias e ferrovias, é realizada diretamente por entes estatais ou mediante autorização, concessão ou permissão a entes privados. Embora existam distinções entre tais modalidades de exploração, em todas elas se utiliza, em alguma medida, de um mesmo instrumento jurídico: o contrato administrativo.

Os contratos administrativos representam instrumento chave para a consecução de fins e interesses públicos atrelados à infraestrutura, pois é a partir deles que se estabelecem ajustes com o fito de prover insumos, obras ou serviços indispensáveis às políticas públicas deste setor. Tais contratos além de abrangerem uma série de atributos legais, próprios do regime de contratação, incluem ainda premissas que devem ser lidas pela ótica de outras áreas do conhecimento, como a economia e a engenharia.

Da interface entre direito e economia emerge a análise econômica do direito, campo onde a teoria dos contratos incompletos é ponto de partida para a compreensão da eficiência nos contratos de infraestrutura que se referem a obras e concessões. Por esse modelo teórico, descrito por Grossman e Hart (1986) e Hart e Moore (1990), não é possível, no momento da contratação, especificar o que deve ser feito em todas as contingências contratuais possíveis.

Essa visão do contrato incompleto é facilmente assimilada pelos agentes que lidam diretamente com a gestão e contratação de obras de infraestrutura, por serem frequentes, no momento de elaboração do contrato, assimetrias de informação e custos de transação, que impossibilitam a especificação completa de contingências que impeçam renegociações futuras.

Nas relações contratuais, as renegociações são indesejadas por propiciarem a adoção de condutas oportunistas, onde uma das partes se torna refém da outra. Uma vez que do contrato incompleto podem advir tais efeitos, indesejados pela Administração Pública, coube indagar como o controle externo, representado pelo Tribunal de Contas da União, compreende o

contrato incompleto e quais os reflexos dessa compreensão para a (in)segurança jurídica dos agentes públicos que elaboram estes contratos ou renegociam suas cláusulas.

A ótica do controle externo foi identificada a partir da pesquisa jurisprudencial, que revelou o emprego frequente do termo para designar contratos defeituosos, ou para ratificar a exigência de um contrato completo. Dentre os dezessete casos analisados, em apenas um deles houve análise por parte do Tribunal à luz da análise econômica do direito, o que revelou o uso pouco frequente desse arcabouço teórico.

Esse distanciamento de pontos de vista entre controladores e gestores contratuais amparados na teoria, suscitou a análise das consequências dessa disparidade para a segurança jurídica de quem decide acerca dos contratos incompletos, o que culminou na constatação de que o gestor de boa-fé pode ver seus atos confundidos com os daqueles que se utilizam da incompletude contratual para ocultar interesses escusos.

Por fim, buscou-se indicar alternativas que confirmam segurança jurídica à atuação da cadeia de gestores públicos que lidam com contratos incompletos, que abrange projetistas, orçamentistas, ordenadores de despesa, gestores e fiscais de contrato. Nesse ponto, a gestão baseada em risco se mostrou instrumento potencialmente benéfico para gestores, por dar transparência e diminuir as assimetrias de informação entre eles e os controladores.

O trabalho pretende ser um contributo para que o controle enxergue o contrato incompleto a partir da ótica da análise econômica dos contratos, assim possibilitando uma atuação mais pragmática e aderente a realidade dos contratos administrativos de infraestrutura. Para tanto, propõe-se que o termo contrato incompleto seja empregado apenas nos casos em que a ausência de contingências contratuais não seja em razão de erro ou dolo por parte do gestor. Ou seja, onde as lacunas sejam inerentes ao objeto contratado.

2. A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E SUA APLICABILIDADE AOS CONTRATOS DE OBRAS E CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURA

O ponto de partida para a compreensão dos contratos de obra e concessão de infraestrutura é o direito administrativo, onde o contrato é conceituado como um ajuste entre a Administração Pública e ente público ou privado, sob regime jurídico de direito público e

supletivamente pelo direito privado, cuja finalidade está atrelada à consecução de fins e interesses públicos (CARVALHO FILHO, 2021, p. 233 e DI PIETRO, 2021, p. 284).

O direito contratual administrativo é balizado pela norma geral de licitações e contratos, cujos princípios estão expressamente elencados no art. 5º da novel Lei 14.133/2021¹. Dentre esses princípios figura a eficiência, tema que coloca este segmento do direito administrativo na fronteira com a análise econômica do direito, onde a persecução da eficiência econômica é considerada importante objetivo das leis ou relevante meio para atingir outros objetivos (BANDEIRA, 2015, p. 2696). A análise econômica do direito aplicada ao contrato utiliza de ferramentas da ciência econômica que contribuem para compreender as falhas de mercado, que afastam as trocas de mercado do seu modelo perfeito.

O modelo perfeito de contratação é o contrato completo, cujo conceito se assemelha ao de mercado perfeito e “perpassa pelos seguintes pressupostos: a) inexistência de custos de transação; b) racionalidade ilimitada dos agentes econômicos; c) existência de informações simétricas e perfeitas; d) escassez enquanto única limitação imputável às escolhas dos agentes econômicos; e e) inexistência de externalidades negativas.” (AGRA, 2020) A realidade, contudo, revela-se muito distante desse modelo, com claras falhas de mercado que atingem os ajustes firmados pela Administração, derivados da assimetria de informação, dos custos de transação e da racionalidade limitada.

O fenômeno da assimetria de informação ocorre em pelo menos dois cenários: “quando uma das partes possui mais informação do que a outra” (TIMM e GUARISE, 2014 p. 166), ou quando, no momento da celebração dos contratos, os contratantes “não dispõem de informações sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato” (SAMPAIO e ARAÚJO, 2014).

Timm e Guarise (2014, p. 167) explicam que do primeiro cenário advém dois problemas: seleção adversa e risco moral. A seleção adversa se materializa quando uma das partes está mal-informada sobre a qualidade ou características de um produto ou serviço, razão pela qual exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação. Isso faz com que agentes com boa reputação, ao não obterem um preço bom por seus produtos ou serviços, saiam do mercado, diminuindo a qualidade dos ofertantes. Ao afastar esses bons agentes a qualidade

¹ Segundo art. 5º da Lei 14.133/2021: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

média dos serviços e produtos daquele mercado irá diminuir (TIMM e GUARISE, 2014 p. 167). O risco moral (*moral hazard*) ocorre quando uma das partes vê incentivos para alterar o seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, a partir de uma informação privilegiada adquirida após a assinatura do contrato (TIMM e GUARISE, 2014, p. 167 e NÓBREGA, 2011, p. 111).

Segundo Sampaio e Araújo (2014, p. 316), da indisponibilidade de informações sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato decorre a "racionalidade limitada", cujo limite é dado pelas informações que não possuem, ficando essa racionalidade subordinada ao conjunto de informações que a parte conseguiu angariar.

As partes enfrentam limitações para se obter informações completas pois sua obtenção envolve custos de transação, descritos como aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais e compreendidos como falhas de mercado, que afastam o contrato da ideal completude. Além dos custos de procura e obtenção de informação, há ainda custos de negociação e custos para garantir a execução do contrato (TIMM e GUARISE, 2014, p. 168).

Os maiores custos de transação esperados são aqueles *ex ante*, necessários para a redação das cláusulas contratuais, ou seja, o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução (NÓBREGA, 2011, p. 12). A proporção desses custos irá variar de acordo com a complexidade do objeto.

Os contratos que envolvem a realização de obras de engenharia incorporam custos de procura e obtenção de informação que, nem sempre, serão suficientes para dirimir todas as eventuais incertezas que possam acometer o contrato. Em grandes obras, que envolvem robustas fundações e grandes escavações, o custo de investigação do subsolo se mostra um bom exemplo de custo de transação *ex ante*, cuja formulação não se mostra absoluta. As informações sobre as condições de solo balizam as especificações da obra, seus métodos e custos envolvidos. Por ser esta uma variável relevante, investigações insuficientes e inadequadas são frequentemente apontadas como causa para projetos e contratos que não refletem as condições reais de execução do objeto. Nesse ponto, investigar exhaustivamente poderia parecer uma solução óbvia o que, contudo, não prospera diante do custo e tempo para proceder uma ampla prospecção (custo de transação) e das limitações preditivas da própria engenharia geotécnica (racionalidade limitada).

Em face de complexidades como esta, a depender das circunstâncias, poderá parecer mais viável deixar certo grau de incompletude, apostando na possibilidade de repactuação mais

à frente. Além de custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude excessivamente onerosa,

“a incompletude contratual pode ser devida por fatores estruturais, como assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximizará a função de utilidade dos contratantes.” (NÓBREGA, 2011, p. 102).

Contudo, esta não é uma formulação absoluta, uma vez que a correta mensuração desses custos em face ao grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e determinará os custos da repactuação e do inadimplemento (NÓBREGA, 2011, p. 106). Segundo Nóbrega (2011, p. 102), a teoria sobre contratos incompletos, em sua maioria, supõe uma particular forma de incompletude contratual e não encara a questão como um problema de otimização.

Para Reis (2021, p. 257-258) deverá sempre ocorrer algum esforço de projeção “especialmente em relação àqueles dados que se revelem mais essenciais para a execução do objeto contratual. No entanto, deve-se reconhecer que não seria racional pretender realizar esse esforço quanto a todo e qualquer aspecto que possa impactar a economia do contrato.” Isso faz com que toda contratação envolva uma decisão tomada pelas partes quanto ao grau ótimo de incompletude a ser admitido em cada caso.

Do contrato incompleto decorre uma série de problemas que se materializam no curso da execução contratual. Um problema descrito na literatura sobre análise econômica dos contratos é o *holdup* contratual, sintetizado como a situação em a parte que se encontra em posição de superioridade ou vantagem adota conduta oportunista, tornando a outra parte refém. Isso ocorre “seja em razão da falta de simultaneidade no cumprimento das respectivas prestações ou da existência de assimetria de informações entre as partes” (AGRA, 2020, p.1545). Por consequências, a parte que descumpre o contrato é contemplada em algum benefício, o que vai desde uma renegociação dos termos originais, desta vez mais favoráveis à parte oportunista, até uma eventual resolução contratual com perdas patrimoniais derivadas do investimento realizado mediante o cumprimento da prestação que competia à parte que se encontra em posição de desvantagem (AGRA, 2020, p.1546).

Segundo Gómez-Ibáñez (2003, p. 84), a incompletude é a principal fonte de instabilidade na abordagem contratual e seus dilemas são mais agudos para os contratos de concessão do que para os contratos privados. Nos contratos de concessão os interesses dos clientes são representados pelo Governo, o que levanta a questão da confiança. Tais contratos geralmente são concedidos por meio de licitações abertas e competitivas, que visam assegurar aos cidadãos que está celebrando um acordo justo. Contudo, se com o passar do tempo esse contrato de concessão se mostrar obsoleto, a renegociação ocorrerá sem a salvaguarda da licitação competitiva, o que poderá levantar dúvidas populares, e das instâncias controladoras, sobre a probidade desta licitação. Os governos geralmente optam por renegociar contratos incompletos porque a perspectiva de conviver com serviços inadequados sob o antigo contrato pode parecer penosa. Ao renegociar, o Governo coloca sua credibilidade em risco com os cidadãos e investidores e, em última análise, compromete o apoio popular à infraestrutura privada (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2003, p. 84).

Nos contratos de infraestrutura, a incompletude exprime limitações e imperfeições que muitas vezes estão contidas nas análises, estudos e projetos que subsidiaram a lavratura do contrato. As concessões envolvem estimativas econômicas, tais como projeções de demandas, despesas e investimentos em obras de engenharia que, se mal estimados, fazem com que a execução contratual se afaste muito do cenário apresentado na licitação.

A teoria da imprevisão² é muitas vezes avocada para dar suporte a alegação de que contratos de concessão são incompletos por natureza e necessitam de certa margem de flexibilidade para ajustes futuros. Há, contudo, que se atentar para que o contrato incompleto não seja um escudo para análises e estimativas descuidadas e sem fundamentação, que podem acometer contratos de concessão e contratos de obras.

Nos contratos de obra pública, de modo mais evidenciado do que nos contratos de concessão, as condições estabelecidas no projeto de engenharia se mostram essenciais para a definição dos termos do contrato. Por conseqüente, certo grau de incompletude contratual é expressamente admitido nas hipóteses em que a licitação ocorre com informações a nível de

² “Segundo essa teoria, é permitida a revisão dos “contratos administrativos diante de circunstâncias imprevistas. No Direito Romano já se tinha essa noção, expressa na frase latina *rec sic standibus*. Essa expressão latina configura uma cláusula implícita em todos os contratos de prestação continuada e significa que o contrato vale da forma como foi previsto desde que as condições permaneçam as mesmas. Existem alguns requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, com a conseqüente revisão dos contratos. Em primeiro lugar, é necessário que as situações sejam, de fato, imprevisíveis, na sua ocorrência ou conseqüências. Além disso, é fundamental que sejam inevitáveis e que venham a onerar excessivamente uma das partes. No caso de teoria da imprevisão, as duas partes (Administração e contratado) devem arcar com os prejuízos” (NÓBREGA, 2011, p. 142)

anteprojeto ou projeto básico, permitindo que aspectos da obra e da execução sejam definidos *ex post*, após a celebração do contrato.

O conceito de projeto básico, recém aprimorado na Lei 14.133/2021 (Quadro 1), revela elementos essenciais que devem ser definidos *ex ante* e que implicam em custos de transação. Tais custos estão atrelados não somente a eficiência desejada, mas também a outros princípios do contrato administrativo, como o planejamento e a transparência da contratação, a motivação dos valores da proposta, a razoabilidade e economicidade do projeto e o desenvolvimento sustentável³. Ao definir atributos mínimos do projeto básico, o legislador além de estabelecer custos de transação indispensáveis, definiu balizas para se chegar ao grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo sob o ponto de vista da Administração.

Quadro 1 – Comparativo entre o conceito de projeto básico na Lei 8.666/1993 e Lei 14.133/2021, com destaque dos trechos inseridos.

Lei 8.666/1993	Lei 14.133/2021
<p>IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:</p> <p>a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;</p> <p>b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação</p>	<p>XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:</p> <p>a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;</p> <p>b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade</p>

³ Segundo Garcia (2015), foram propostas alteração da Lei nº 8.666/93 com inserções relacionadas à forma como os projetos básico e executivo são elaborados, incluindo principiologia própria para a elaboração dos projetos básico e executivo, a saber: planejamento, transparência, economicidade, eficiência, motivação e desenvolvimento sustentável. Como visto, tais princípios foram incorporados ao Art. 5º da Lei 14.133/2021 a serem observados na aplicação da referida lei.

<p>ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;</p> <p>c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;</p> <p>f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;</p>	<p>de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;</p> <p>c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;</p> <p>f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei;</p>
---	---

Nesse ponto podemos considerar que exista um mínimo de “completude” ou “incompletude” que distingue o projeto básico malfeito do projeto básico incompleto por natureza, ou seja, aquele em que se procedeu diligências para sua elaboração, mas ainda assim guardou incertezas naturais e epistêmicas⁴. O aditivo contratual e o reequilíbrio são os mecanismos previstos em leis, que amparam eventuais ajustes entre projetado e executado nos contratos de obras e concessões.

Contudo, apesar de haver prerrogativas legais que suportam as alterações no contrato, as renegociações são indesejadas por propiciarem a adoção de condutas oportunistas, como o

⁴ Segundo Assis (2021), na engenharia, é reconhecida a existência de incertezas em suas grandezas, processos e métodos (incertezas naturais e epistêmicas). Incertezas naturais são impostas por características e variabilidade espacial ou temporal cujas propriedades podem variar de forma aleatória com o tempo. As incertezas epistêmicas fazem parte dos processos e métodos de engenharia, como as técnicas de amostragem e sondagens, a determinação de propriedades em ensaios laboratoriais e os métodos de cálculo.

problema de *holdup*, anteriormente destacado. Desta maneira, uma vez que do contrato incompleto possam advir efeitos indesejados pela Administração Pública, é necessário compreender como o controle externo, representado pelo Tribunal de Contas da União, compreende esse fenômeno.

3. O CONTROLE DO TCU E A APLICAÇÃO DA EXPRESSÃO “CONTRATO INCOMPLETO” EM SUAS DECISÕES

O balizamento entre a completude e a incompletude dos contratos é matéria da qual se incumbe o controle administrativo⁵. O controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União atua sobre os limites do poder discricionário da Administração Pública, por meio da proteção e da concretização dos princípios constitucionais e diretrizes legais aplicáveis, (BRASIL, 2015, p.1).

As análises de contratos e licitações passam necessariamente pelo princípio da eficiência que, como foi visto, está em contato com a análise econômica do direito, campo onde a eficiência econômica está na centralidade. Para verificar como o TCU tem compreendido a teoria dos contratos incompletos, foi realizada pesquisa da expressão “contrato incompleto” em processos relacionados a contratos de infraestrutura. A pesquisa resultou em 26 (vinte e seis) acórdãos, dentre os quais foram selecionados 17 (dezesete) para análise, por estarem diretamente atrelados a obras e concessões de infraestrutura.

No contexto dos contratos de concessão, a expressão “contrato incompleto” foi identificada no relatório e voto do Acórdão nº 1446/2018 – TCU – Plenário⁶ (BRASIL, 2018a), na síntese das alegações da Casa Civil, no trecho em se buscou justificar a adaptação de contratos de arrendamentos portuários vigentes, tendo em vista a ampliação do seu prazo

⁵ O sistema de controle público está segmentado em: controle político, atrelado à divisão dos poderes e às regras de equilíbrio estabelecidas pela Constituição; e controle administrativo, designado como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.” (CARVALHO FILHO, 2021, p. 1014). Há vários critérios para classificar as modalidades de controle, um deles é se esse controle decorre de órgão integrante, ou não, da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. Por esse critério, o controle é interno quando cada um dos Poderes o exerce sobre seus próprios atos e agentes, e externo, se o controle é exercido por um dos Poderes sobre o outro, como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta (DI PIETRO, 2021, p. 916)

⁶ O julgado do Acórdão nº 1446/2018 – TCU – Plenário teve por objetivo dar início ao acompanhamento da implementação e aplicação das novas normas estipuladas pelo Decreto 9.048/2017. Buscava-se, adicionalmente, analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas, as premissas técnicas e jurídicas que fomentaram as discussões eventualmente ocorridas no âmbito do referido Grupo de Trabalho e as análises que embasaram a redação final do novo decreto. (BRASIL, 2018, p. 3)

máximo com base nos ditames do Decreto 9.048/2017, objeto de escrutínio pelo Tribunal naquele processo. No trecho analisado, a Casa Civil da Presidência da República defende que “contratos administrativos de infraestrutura seriam contratos incompletos e, portanto, demandariam providências regulatórias que lhes permitam incentivos” (BRASIL, 2018a, p. 14). Não se vislumbrou neste julgado trecho da relatoria ou da decisão em que o conceito de contrato incompleto tenha sido debatido.

O termo contrato incompleto foi empregado à luz da análise econômica do direito no voto da Ministra Ana Arraes, Acórdão nº 2195/2019 – TCU – Plenário, que se refere ao acompanhamento do processo de concessão de trecho da rodovia BR-101/SC (BRASIL, 2019a). No curso do processo a unidade técnica relatou risco de ocorrência de elevado percentual de inexecução contratual, acompanhado de elevação de tarifa de pedágio, constatação comum em concessões pretéritas. As causas seriam explicadas, em grande parte, “pelas vantagens decorrentes da inclusão de novos investimentos e serviços ao longo do prazo da concessão, os quais seriam inseridos por meio de aditivos contratuais ou de revisões tarifárias, permitindo significativas expansões de tarifas” (BRASIL, 2019a, p.1).

Diante deste contexto, o voto da relatora avaliou as problemáticas e respectivas soluções de encaminhamento propostas pela unidade instrutiva, sob a ótica da teoria econômica dos contratos, mais especificamente dos contratos incompletos. Em sua fundamentação retomou os modelos teóricos dos contratos incompletos desenvolvidos por Grossman e Hart (1986) e Hart e Moore (1990), no qual

Os autores argumentam que, na prática, os contratos não podem especificar o que deve ser feito em todas as contingências possíveis. No momento da contratação, contingências futuras podem nem ser descritíveis. Além disso, dificilmente as partes podem se comprometer a nunca se envolver em renegociações futuras. (GROSSMAN e HART, 1986 e HART e MOORE, 1990 *apud* BRASIL, 2019, p. 4.)

Segue relatando que os contratos incompletos têm por consequência o chamado *hold-up problem*, que se refere a “situação em que duas partes podem trabalhar com mais eficiência, cooperando, mas se abstêm de fazê-lo devido a preocupações de que elas podem dar à outra parte maior poder de barganha e, assim, reduzir seus próprios lucros” (BRASIL, 2019a, p. 4). No caso concreto de concessão, a relatora deduz que a situação temida pelo Governo seja a não entrega, com quantidade e qualidade, das obras para a rodovia, dado o preço de tarifa investida

ou a investir pelos usuários. Dessa forma, o *hold-up problem* no setor de concessões rodoviárias é a baixa execução de obras frente ao valor de tarifas pagas.

Ao citar Rogerson (1992)⁷ explica que a solução ótima (*first-best solution*) para o *hold-up problem*, seria possível desde que esse contrato obedeça às três condições: complexidade, ou seja, sejam contratos complexos, em termos de desenho de mecanismos, e sem ambiguidades; não ocorra o abandono de contrato; e não exista renegociações contratuais. A partir dessas considerações deduz que o intuito por trás da demonstração de Rogerson (1992) seja “equilibrar o poder de barganha dos contratantes *ex post*, com a finalidade de evitar que um ‘se aproprie’ dos lucros do outro” (ROGERSON, 1992 *apud* BRASIL, 2019a, p. 4).

Ao retomar os dados das concessões pretéritas, afirma que nas concessões rodoviárias as concessionárias de fato conseguiram elevado poder de barganha em relação ao poder público, potencializando os danos do *hold-up problem*. As condições para a solução ótima do *hold-up problem* são violadas por “contratos ambíguos; pela legislação (Lei 13.448/2017 c/c Decreto 9.957/2019) que possibilita relicitação do contrato sem maiores penalidades, em qualquer momento, a pedido do concessionário; renegociações incentivadas, sem manutenção dos descontos da licitação; e cláusulas contratuais que não possuem *enforcement* adequado”

⁷ “Para o caso de contratos incompletos – com informações dos agentes completamente privadas, ou seja, quando há dificuldades ou impossibilidades de obtenção de informações sobre investimentos e tipo (tipo entendido como função de utilidade, estrutura de custos, qualidade do investimento, características do agente) do outro contratante – é possível se encontrar uma solução ótima (*first-best solution*) para o *hold-up problem*. Rogerson (1992) o demonstra matematicamente, mesmo em um contrato incompleto, com informações dos agentes completamente privadas (também válido para informações totalmente públicas), desde que esse contrato obedeça às três condições:

Complexidade: contratos complexos, em termos de desenho de mecanismos, sem ambiguidades. Importante ressaltar que a complexidade dos contratos é mais crucial para o caso de os agentes não possuírem informações privadas (os agentes se conhecem completamente em termos de investimento e tipo), que não é o caso de concessões públicas.

Não abandono de contrato: os agentes não podem simplesmente decidir renegar o contrato se houver expectativa de perdas em algum momento; o mecanismo somente funciona se os agentes se convencerem de que elevadas penalidades podem realmente se materializar. As soluções contratuais identificadas atendem à racionalidade individual *ex ante*. Ou seja, no momento da assinatura, todos os agentes desejam assinar. No entanto, à medida que a incerteza se resolve ao longo da transação, os agentes individuais podem acabar em posição que irá lhes causar perdas. A solução de equilíbrio eficiente presume que os agentes afetados não podem simplesmente renegar o contrato. Eles devem continuar a participar, pois o mecanismo exige que sejam aplicadas multas potencialmente impactantes como parte do dispositivo que provoca revelação verdadeira de seus tipos. No limite, vão à falência. As grandes penalidades são aplicadas no caso de um agente mentir sobre seu tipo. Assim, o mecanismo só funciona se os agentes acreditarem que penalidades muito grandes podem ser aplicadas, do contrário o caminho do equilíbrio ótimo não poderá ser alcançado.

Não existir renegociações contratuais: o contrato deve impedir que os agentes tentem renegociar os resultados do contrato. O resultado eficiente é suportado por ameaças que impedem resultados ineficientes fora do caminho de equilíbrio. Para que essas ameaças sejam críveis, é necessário que não possam ser suprimidas e devem ser aplicadas fielmente ao longo do contrato.” (BRASIL, 2019, p. 4-5)

(BRASIL, 2019a, p. 6), todos estes fatores determinantes para altas inexecuções, elevação de tarifas e baixos lances na licitação⁸.

Em seu voto, a relatora fez alerta sobre projeto de concessão deficiente, repleto de ambiguidades, por estes abrirem as portas para demandas de renegociação. Em seu diagnóstico, “as razões para os fracos projetos de concessão variam de ciclos políticos a descuido ou falta de entendimento dos determinantes-chave dos contratos. As restrições políticas podem ser vistas como restrições de tempo: o desejo de realizar demais em muito pouco tempo” (BRASIL, 2019a, p. 7)

A constatação expressa no voto da ministra revela causas sistêmicas que levam a projetos insuficientes, incapazes de mitigar o comportamento oportunista do contratante. Não se observa pretensão de completude do contrato, mas o interesse em propor solução que o torne eficiente. Há, contudo, como se verá adiante, casos em que a expressão “contrato incompleto” é empregada para se referir a um contrato defeituoso em alguma medida.

No relatório do Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário (BRASIL, 2016a) e do Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017a), a expressão “contrato incompleto” é utilizada no tópico de análise de risco, ao elencar os fatores apontados em estudos teóricos acerca dos riscos nos procedimentos, metodologias e resoluções empregados pelo órgão regulador⁹. Neste contexto contrato incompleto se refere a “quando as regras firmadas entre reguladores e firmas reguladas apresentem lacunas ou dificuldades de compreensão e interpretação” (BRASIL, 2017a, p.6). Defende-se a necessidade de que “o contrato traga regras

⁸ A combinação dos fatores altas inexecuções, elevação de tarifas e baixos lances na licitação, teve seus mecanismos detalhados por Guasch (2004 *apud* Brasil, 2019), transcrito no voto da ministra Ana Arraes: ‘Lances agressivos, incentivados pela incompletude dos contratos, explicam a alta proporção de renegociações. Empresas vencem contratos de concessão com lances agressivos com a expectativa de que sejam capazes de renegociar no futuro. Os governos, muitas vezes, são incapazes de se comprometer a fazer cumprir os contratos. Poder-se-ia argumentar que, se todos os licitantes se comportassem dessa forma (com lances agressivos), um leilão poderia obter o operador mais eficiente, e ainda com lances competitivos. No entanto, esse argumento tem dois problemas. Primeiro, como a renegociação é uma negociação bilateral, o resultado final não precisa ser guiado pela eficiência, e ocorre em uma atmosfera não competitiva, que permite um melhor posicionamento do operador em relação à sua oferta inicial. Segundo, embora qualquer potencial operador possa fazer uma oferta com a expectativa de renegociação, as expectativas podem variar entre os concorrentes e não necessariamente estão correlacionadas com sua eficiência.’ (BRASIL, 2019a, p. 6)

⁹ “Estudos teóricos acerca dos riscos nos procedimentos, metodologias e resoluções empregados pelo órgão regulador apontam para os seguintes fatores: a) assimetria de informação, quando só as firmas reguladas dispõem ou dominam informações essenciais à regulação eficiente; b) contrato incompleto, quando as regras firmadas entre reguladores e firmas reguladas apresentem lacunas ou dificuldades de compreensão e interpretação; c) monitoramento imperfeito por parte da agência de regulação, decorrente de falhas nos sistemas de fiscalização e de acompanhamento, que prejudicam a observação, a mensuração e o controle das atividades reguladas; d) captura do regulador, quando o órgão regulador passa a confundir o bem comum com os interesses da indústria por ele regulamentada, passando a ser aliado das firmas reguladas. 40. Ainda segundo a literatura técnica, uma vez concretizados um ou mais desses contextos, haverá espaço para comportamento oportunista (*gaming*) das firmas reguladas, visando confundir, influir ou manipular decisões e ações do órgão regulador”. (BRASIL, 2017a, p.6)

contratuais claras, sem dificuldades de compreensão ou dupla interpretação, o que certamente beneficiaria a parte mais forte na relação contratual, em detrimento da parte hipossuficiente” (BRASIL, 2017a, p. 9-10). Essa seria a justificativa para motivar apontamentos acerca das diversas inconsistências no Programa de Exploração da Rodovia (PER) e nos fatores contratuais considerados.

O tema é retomado nos votos, ambos sob relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes (BRASIL, 2016b e BRASIL, 2017b), ao reiterar o risco de, no processo de concessão de serviços públicos para a exploração da iniciativa privada, ser firmado contrato incompleto, “com omissões, regras contratuais obscuras e dificuldades de compreensão, falhas que, certamente, beneficiam as empresas, que podem vir a se eximir de cumprir determinadas obrigações contratuais”. Relatou-se que, em decorrência de “interpretações conflitantes ou de deficiência da redação dos termos contratuais (contrato incompleto)”, os contratos de concessão vigentes estariam sendo “aditivados com objetivo de acrescer obras ou serviços que, em princípio, já estariam inclusos, mas não estão sendo cumpridos pelas concessionárias”. (BRASIL, 2017b, p.4)

O relatório do Acórdão nº 1180/2019 – TCU – Plenário fez menção a expressão “contrato incompleto” para indicar que a ausência de especificação de retornos em nível em projetos de duplicação de rodovia “poderiam ensejar, no caso concreto, em que se configurou uma contratação deficiente (contrato incompleto), o reequilíbrio econômico-financeiro da avença” (BRASIL, 2019b).

No relatório do Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário, a expressão foi empregada no parecer do Ministério Público de Contas (MPTCU) no trecho em que comenta sobre a inclusão, exclusão de obra e seu reequilíbrio em contratos de concessão de rodovia. Mencionou-se a necessidade de completude e clareza no contrato em razão da transparência desejável na relação usuário (consumidor) e prestador de serviço: “Se o contrato não permitir a plena transparência, o usuário ficará sem condições de verificar a real destinação dos seus recursos” (BRASIL, 2019c, p. 81). Nesse ponto retomou o risco de um “contrato incompleto”, mais uma vez compreendido como aquele em que “as regras firmadas entre reguladores e firmas reguladas apresentem lacunas ou dificuldades de compreensão e interpretação” (BRASIL, 2019c, p. 82 - Relatório), reiterando o termo empregado no relatório do Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário. Nessa perspectiva a completude do contrato se coaduna à transparência, atributo relevante para a compreensão do usuário sobre o escopo do serviço que está sendo prestado e pelo qual se está pagando.

O termo “contrato incompleto” aparece no voto do ministro relator, Bruno Dantas, no trecho em que recapitulou os argumentos do MPTCU e o ponto de vista do Ministério da Infraestrutura, que registrou: “os contratos de concessão são incompletos e precisam ter bons mecanismo de reequilíbrio, além do que o gestor público precisa ter capacidade e liberdade para tomar decisões, de acordo com as regras estabelecidas no contrato.” (Brasil, 2019d, p. 13)

Nesse ponto vale uma importante distinção entre os contratos administrativos de obra pública e os de concessão. Nos primeiros, o Estado contrata e entrega infraestrutura diretamente para a sociedade, por meio de serviços e bens fornecidos pelo particular, sendo a coletividade beneficiária e pagadora indireta pelos serviços prestados. A expectativa da entrega gerada por um contrato administrativo de obra pública é, portanto, direta entre a sociedade e o Estado, representado por seus agentes, o que faz com que o controle administrativo e social permeie mais facilmente a estrutura contratual para identificar irregularidades e danos.

Nos contratos de concessão, cujo objeto é a prestação de serviços públicos, é a população usuária quem frui e paga de maneira imediata pelos serviços prestados pelo particular. Nestes casos a relação é mais complexa e as melhorias eventualmente pagas e não fruídas são mais difíceis de serem identificadas pela população, conforme evidenciado no supradito acórdão, no ponto do relatório em que trata da insuficiência de transparência e do controle popular sobre o serviço rodoviário prestado via concessão (Brasil, 2019c, p. 10).

Tais casos revelam o emprego frequente da expressão “contrato incompleto” para designar um contrato falho, ambíguo, obscuro, lacunoso, omissivo, deficiente, de difícil compreensão e interpretação. Ou seja, um contrato defeituoso, que representa um risco para Administração por ensejar situações de reequilíbrio, sobretudo decorrentes da inclusão de novos investimentos, geralmente em obras.

Em contratos cujo objeto está em alguma medida atrelado a obra de infraestrutura, não é raro que se identifique alguma incompletude. Dentre julgados que se referem a contratos de obras há caso em que a expressão “contrato incompleto” é empregada para ratificar um pressuposto contrário, ou seja, a ideia de um “contrato completo”.

É esta a situação identificada no Voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário (BRASIL, 2018b, p. 10)¹⁰, ao alegar que a inclusão de

¹⁰ O Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário julgou tomada de contas especial instaurada pela Superintendência Estadual da Funasa no Estado de Mato Grosso – Funasa/MT, em razão de suposto prejuízo ao erário decorrente de superfaturamento na execução do Convênio 2.840/2006, celebrado com o Município de Cotriguaçu/MT, cujo

determinadas informações nos termos de convênios, editais e contratos custeados com recursos federais vai ao encontro da ideia de “contratos completos”, definida pela teoria econômica. Nesse contexto faz menção ao conceito de contratos completos como “aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado de natureza futuro”, e no momento em que defendem que “em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da transação” (CATEB e GALLO, 2009 *apud* BRASIL, 2018b).

Nos relatórios que subsidiaram os acórdãos nº 2934/2014 – TCU – Plenário (BRASIL, 2014), nº 185/2015 – TCU – Plenário (BRASIL, 2015a) e nº 2805/2015 – TCU – Plenário (BRASIL, 2015b), a expressão “incompleto ou inadequado” está atrelada a termos como “orçamento do edital/contrato/aditivo” (BRASIL, 2015a, p. 13, 41 e BRASIL, 2015b, p. 39, 41) e “orçamento do contrato” (BRASIL, 2014, p. 38 e BRASIL, 2015b, p. 68). Há também menção ao termo “incompleto” para se referir a “projeto básico” (BRASIL, 2015b, p. 27) e “estudos preliminares” (BRASIL, 2014, p. 9).

No relatório que subsidiou o Acórdão nº 1074/2020 – TCU – Plenário (BRASIL, 2020), embora a expressão “orçamento do contrato incompleto ou inadequado” não se referira diretamente à teoria dos contratos incompletos, mostrou-se pertinente no escopo de análise por revelar questões de fundo que, em alguma medida, se comunicam com a teoria dos contratos incompletos.

As duas situações encontradas, ou achados de auditoria, correspondem respectivamente ao orçamento do contrato, considerado incompleto ou inadequado, e à constatação de superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, que resultou em encaminhamento para abertura de processo de tomada de contas especial. A incompletude ou inadequação do orçamento seria derivada de: deficiência na estimativa de quantitativos quando da elaboração do projeto executivo, que fizeram com que a planilha contratual não refletisse o

objeto era a execução de sistema de abastecimento de água. Uma das ocorrências consistiu na identificação de preços acima dos preços de referência do Sinapi. Uma das alegações da sociedade empresária que teve suas contas julgadas irregulares foi a de que não constava no edital obrigação de a proposta, em preços unitários, obedecer a tabela Sinapi, o que ensejou a recomendação de tornar expressa, nos termos de convênios, editais e contratos custeados com recursos federais, que os proponentes, licitantes e contratados devem respeitar os preços máximos estabelecidos nas normas de regência de contratações públicas federais; e que o descumprimento desta regra pela Administração por parte dos contratados pode ensejar a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, após o devido processo legal, gerar as consequências mencionadas. (BRASIL, 2016, p. 10)

quantitativo total de serviços necessários à execução das obras; alterações no projeto executivo original, as quais não foram incorporadas à planilha contratual por meio da formalização de aditamento ao contrato; e itens de serviço que não estariam adequadamente detalhados. As causas da incompletude estariam, portanto, relacionados ao projeto executivo e à mutabilidade deste projeto e seu contrato ao longo da execução da obra, que ilustram uma dinâmica comum nos contratos de infraestrutura.

Nos relatórios dos acórdãos de nº 1979/2010 – TCU – Plenário (BRASIL, 2010a), nº 2941/2010 – TCU – Plenário (BRASIL, 2010b), e nº 302/2013 – TCU – Plenário (BRASIL, 2013), a equipe de auditoria registrou como irregularidade “orçamento do edital/contrato/aditivo incompleto ou inadequado”, atrelada a ausência de “pesquisa de mercado efetiva para obtenção do preço de aquisição das dragas”¹¹ e de “devida transparência quanto às fontes utilizadas para obtenção de parâmetros de cálculo, sem memória de cálculo ou justificativa adequada para adoção desses parâmetros”.

Esse caso reforça a compreensão de que a incompletude do contrato, frequentemente atrelada ao projeto, ao orçamento, ou a ambos concomitantemente, é considerada pelo Tribunal uma afronta ao princípio da transparência. Contudo, há caso em que a incompletude contratual foi além do descumprimento de um princípio, ao operar como facilitadora de aditivos contratuais que extrapolaram o crivo licitatório e a probidade.

Em auditorias acerca das obras de modernização e adequação do sistema de produção da refinaria do Vale do Paraíba – REVAP, a expressão “orçamento do contrato incompleto ou inadequado” foi reconhecida nos relatórios que subsidiaram o Acórdão nº 2005/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017c) e o Acórdão nº 2228/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019e), assim como na instrução do processo de tomada de contas especial que culminou no Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019f). Neste último foi evidenciado mecanismo fraudulento que se utilizou de projeto deliberadamente falho e omissivo (projeto incompleto) para obter vantagens ilícitas em aditivos contratuais¹².

¹¹ O Processo TC 007.337/2010-8, que deu origem ao Acórdão nº 2941/2010 – TCU – Plenário, e Processo TC 007.337/2010-8, que deu origem ao Acórdão nº 302/2013 – TCU – Plenário, dizem respeito a obras de dragagem do Porto de Santos/SP. O Processo TC 007.337/2010-8 que deu origem ao Acórdão nº 1979/2010 – TCU – Plenário, refere-se à auditoria nas obras de dragagem do Porto de Itaguaí/RJ.

¹² Depoimentos revelaram que a obtenção do contrato foi alvo de ajustes de mercado entre as empresas participantes do cartel Lava Jato: “Esclarecem, ainda, que só continuaram a execução do contrato, apesar de a Petrobras fixar valor abaixo do considerado ideal, porque [...] comprometeu-se a facilitar a aprovação de futuros aditivos, sob o argumento de que o projeto estaria incompleto, de que haveria problemas de engenharia e de que a obra provavelmente iria atrasar.”

A jurisprudência do Tribunal revela, portanto, o emprego frequente do termo contrato incompleto aos casos em que se verifica erro ou dolo por parte do gestor público, o que denota desconhecimento ou não utilização do arcabouço teórico da análise econômica do direito. Em sendo a incompletude uma característica do contrato de infraestrutura, esse tipo de entendimento, à margem do que defende a teoria, pode afetar a segurança jurídica dos agentes que lidam com esse tipo de contrato.

4. A INCOMPLETUDE CONTRATUAL COMO FATOR DE INSEGURANÇA: O QUE PODE SER FEITO PARA RESGUARDAR O (A) GESTOR(A) DE BOA-FÉ?

Como foi visto em alguns dos casos analisados, a incompletude é muitas vezes uma característica do projeto que se estende para o orçamento, edital e contrato. São inúmeros os casos em que os projetos básicos são meras peças de ficção e simplesmente não servem para o fim pretendido com a contratação, o que colaborou para que o Tribunal enrijecesse os limites das alterações contratuais qualitativas e quantitativas (URYN, 2016, p. 13). Para o TCU (BRASIL, 2014, p. 1),

“a elaboração de projeto básico deficiente que não contempla todos os elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado, para bem caracterizar o empreendimento e garantir a precisão na sua orçamentação, constitui falha grave que enseja a aplicação da multa aos responsáveis”.

É certo que existem projetos feitos às pressas, mal embasados e assumidamente inexequíveis, que são de fato projetos malfeitos. Contudo, mesmo os bons projetos de engenharia não são projetos completos, visto que o ideal de completude é algo inatingível pelas mesmas razões que impossibilitam um contrato completo: por exigirem altos custos de transação, pela assimetria de informação e pela racionalidade limitada dos agentes – a engenharia, muito embora às vezes se apresente como uma ciência exata, ela não o é.

A engenharia se relaciona com a natureza, aplicando materiais, métodos e processos reais, todos com variabilidade inerente, que resulta em incerteza do projeto como um todo. O engenheiro é treinado para estimar tais variáveis e tomar decisões com incertezas.

[...]

As variáveis são analisadas e adotadas e os riscos, estimados e assumidos. O bom engenheiro é treinado para analisar as variáveis intervenientes no processo e estimar os riscos, com a habilidade de decidir com dados inexatos. (AGOPYAN, 2019)

A norma técnica de referência que rege o projeto e a execução de fundações de todas as estruturas convencionais da engenharia civil, deixa clara tais limitações ao iniciar sua instrução reconhecendo que “a engenharia de fundações não é uma ciência exata e que riscos são inerentes a toda e qualquer atividade que envolva fenômenos ou materiais da natureza”, desta maneira, critérios e procedimentos constantes em norma procuram “traduzir o equilíbrio entre condicionantes técnicos, econômicos e de segurança usualmente aceitos pela sociedade na data da sua publicação” (ABNT, 2010, p.1).

Admitindo a inexatidão da engenharia é possível compreender que nem sempre será possível estimar todos os elementos necessários e suficientes para bem caracterizar o empreendimento e garantir a precisão na sua orçamentação e contrato. Em obras complexas são esperadas incertezas que precisarão estar amparadas por revisões contratuais sem que isso configure falha grave aos responsáveis. Denegar essa hipótese seria condenar todo projetista e gestor de contratos a responder a um processo administrativo disciplinar.

Há, portanto, três pontos sensíveis para a segurança jurídica dos agentes de boa-fé que lidam com contratos incompletos de infraestrutura: o controlador acreditar que contratos completos são possíveis; não estabelecer distinção entre o contrato incompleto por natureza e o contrato defeituoso; e não haver um sopesamento entre princípios na análise dos contratos incompletos.

O voto da Ministra Ana Arraes (BRASIL, 2019a) introduz na jurisprudência do TCU uma nova perspectiva do termo contrato incompleto, desenvolvida a partir da análise econômica do direito, que considera que no momento da contratação, contingências futuras podem não ser descritíveis. Pela singularidade desta decisão, nota-se quão raras as avaliações do contrato incompleto pautadas no princípio da eficiência econômica e persistente o apego ao ideal inalcançável de um contrato completo.

Segundo Nóbrega (2011, p. 115), apesar de eventos inesperados poderem ser considerados para fins de revisão contratual, pela arguição das áleas administrativas da teoria da imprevisão, do caso fortuito e da força maior, esses eventos são (ou deveriam ser) tão extraordinários que o *benchmark* teórico aponta no sentido da completude. Há, portanto, uma

presunção irrealista de completude nos contratos administrativos, advinda da dificuldade de entendê-los em ambientes de incerteza e informação incompleta.

Ao conceber análises de contratos, aditivos e reequilíbrios contratuais baseando-se em um inalcançável ideal de exatidão, previsibilidade e completude, o controle gera disfuncionalidades. Torna-se excessivamente inseguro ser projetista ou gestor de contrato de infraestrutura e se ver pessoalmente responsabilizado por riscos inerentes ao processo de contratação.

O segundo ponto que fragiliza a segurança jurídica dos agentes que lidam com contratos incompletos, é a não distinção deste contrato para o contrato defeituoso. As análises e votos que subsidiaram decisões do TCU evidenciam frequente associação do termo “contrato incompleto” para designar um contrato falho, ambíguo, obscuro, lacunoso, omissivo, deficiente, inadequado, de difícil compreensão ou interpretação. Trata-se de um contrato malfeito que, aos olhos do controle, representa riscos para a administração.

Tal distinção não é trivial. Ao empregar o mesmo termo para designar objetos de diferentes naturezas, possibilita-se que contratos incompletos sejam compreendidos como contratos desprovidos de zelo e contratos malfeitos tentem se refugiar na teoria dos contratos incompletos para se esquivar de responsabilização. Esta indistinção terminológica favorece o mau gestor e prejudica o gestor de boa-fé, que pode ver seus atos confundidos.

Como visto no relatório do Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019f), há casos em que se confirmam as suspeições que pairam sobre os contratos incompletos, o que sujeita qualquer gestor a sempre ter de demonstrar a lisura e boa-fé dos seus atos, que será aferida “objetivamente, sendo necessária a constatação de algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente” (BRASIL, 2018b, p. 14).

Tal demonstração da boa-fé não seria problema se fosse requisitada no decurso do contrato. Contudo, o controle muitas vezes incide anos depois de encerrado o contrato, como foi o caso julgado no Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário, onde a citação dos responsáveis ocorreu após decorridos nove anos e um mês do fato (pagamento) questionado (BRASIL, 2018b, p. 3). Passado tempo tão longo desde o ato praticado, torna-se trabalhosa a constituição de provas que comprovem indubitavelmente o que ocorreu no curso da contratação, o que representa fator adicional de insegurança para gestores de contratos.

Um terceiro fator que fragiliza a segurança jurídica dos agentes de boa-fé que lidam com contratos incompletos de infraestrutura é não haver um sopesamento entre os princípios na análise dos contratos incompletos.

Dentre os casos avaliados, foi percebido apelo ao princípio da transparência para exigir informações mais detalhadas a respeito de parâmetros de contratação (BRASIL, 2010a, BRASIL, 2010b, BRASIL, 2013) e destinação de recursos (BRASIL, 2019c). A transparência é sem dúvidas um princípio relevante para o controle social e para prevenir condutas oportunistas por parte dos agentes. Este princípio passa a ser fator de insegurança a partir do momento em que qualquer falha na redação do contrato signifique afronta à transparência. Isso porque, pode haver lacunas, omissões ou ambiguidade advindas da racionalidade limitada dos agentes que redigiram o contrato, sem que isso represente intenção oculta de corromper o contrato. Por isso, utilizar de método interpretativo tópico-sistemático, que pondere mais de um princípio, é um exercício desejável para auditores.

Santos (2020, p. 80-81) alerta sobre os sérios problemas na importação da teoria dos princípios. Um deles é que raramente é realizado um exercício de sopesamento entre os princípios em debate no caso concreto, o que leva órgãos de controle a aplicar sanções aos agentes públicos sem qualquer método interpretativo tópico-sistemático, baseando-se em um princípio da sua predileção subjetiva, com fundamento na norma parâmetro-principiológica escolhida.

Além do voto da Ministra Ana Arraes (BRASIL, 2019a), não se vislumbrou na jurisprudência do Tribunal debates mais amplos sobre outros princípios, como competitividade e eficiência em contratos de infraestrutura, que certamente seriam bem desenvolvidos à luz da análise econômica dos contratos, com oportunidades de recomendações estruturantes.

O contrato administrativo está entre os principais instrumentos dos quais a Administração dispõe para implementar políticas públicas, por isso sua compreensão por controladores é fundamental para a segurança jurídica de uma cadeia ampla de agentes, que abrange projetistas, orçamentistas, ordenadores de despesa, gestores e fiscais de contrato.

Santos (2020) avalia que de pouco adianta as necessárias e importantes mudanças legislativas implementadas em temas como Lei de Licitações e Contratos, inovações do controle externo, parcerias público-privadas, consórcios públicos, organizações sociais etc., enquanto o risco e o medo ditarem os caminhos e as decisões dos agentes públicos.

O debate sobre a segurança jurídica dos gestores públicos ganhou espaço nos últimos anos em face dos são raros casos de agentes públicos obrigados ao pagamento de multas desproporcionais em decisões na esfera administrativa e condenados na esfera cível por atos considerados ímprobos. Antes das modificações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, qualquer ação ou omissão que ensejasse perda patrimonial, desvio, apropriação,

malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres públicos, ainda que culposas, poderiam constituir ato de improbidade administrativa. Do mesmo modo, condutas que atentassem contra os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade mesmo que sem intenção, também poderiam ser assim consideradas.

Dos assuntos referenciados nas condenações registradas no período de 2006 a 2016 no “Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade”, 16,8% correspondiam a violações aos princípios administrativos, improbidade administrativa e danos ao erário (BARBÃO e OLIVEIRA, 2017, p.27)¹³.

Sob o manto da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) decisões tomadas por gestores puderam ser consideradas ímprobas, ainda que sem a existência de dolo. Nesse ambiente se desenvolveu estado de temor decisório que levou à defesa da existência de um direito administrativo do medo (GUIMARÃES, 2016, SANTOS, 2020) e de iminente paralisia decisória ou “apagão das canetas” (SUNDFELD, 2018).

As recentes modificações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, sobretudo a que desconfigura a conduta culposa do ato de improbidade administrativa, somadas àquelas promovidas pela Lei nº 13.655, de 2018, trouxeram novos contornos legais capazes de gerar ambiente favorável à segurança jurídica de quem decide. Contudo, vale lembrar que por se tratar de alterações ainda pouco debatidas na jurisprudência dos tribunais e Corte de Contas, há ajustes firmados pela administração cujos espaços de discricionariedade ainda carecem de mecanismos que favoreçam a segurança decisória, como é o caso do contrato administrativo incompleto.

Uma forma de mitigar os riscos à segurança jurídica, advindos das disfuncionalidades da atividade controladora externa, é a adoção de gestão baseada em riscos. Ao gerir contratos de infraestrutura à luz da gestão de seus potenciais riscos, o gestor público resguarda não apenas a Administração, mas a si próprio, e da maneira mais adequada, não se esquivando da decisão, nem transferindo-a.

¹³ “Observando os assuntos mais frequentes nas condenações, tem-se em primeiro lugar “tráfico de drogas e condutas afins”, com 14,7% de incidência, seguido de “roubo majorado” (11%), e apenas em terceiro lugar aparece um assunto explicitamente atinente à Lei de Improbidade Administrativa, que é “violação aos princípios administrativos” (LIA - 8.429/92, art. 11), correspondendo a 7,3% das condenações. Outros assuntos diretamente relacionados à LIA são: dano ao erário (art. 10), quinto assunto mais recorrente, presente em 7,1% das condenações; improbidade administrativa, com 2,4% de incidência; e enriquecimento ilícito (art. 9), com 1,8% de ocorrência.” (BARBÃO e OLIVEIRA, 2017, p.26-27)

No ambiente corporativo privado a identificação, avaliação, quantificação dos riscos são ferramentas subsidiárias à tomada de decisão, que possibilitam vislumbrar ameaças e oportunidades para o atingimento dos resultados e ganhos esperados de um determinado negócio. No setor público funciona da mesma maneira, o que faz com que práticas de gestão de riscos sejam cada vez mais exigidas e incorporadas nos normativos e procedimentos.

No contexto de normas específicas empregadas na gestão de riscos corporativos, o termo matriz de risco designa ferramenta para classificar e exibir riscos por meio da definição de intervalos de consequência e probabilidade. Tal ferramenta vem sendo empregada na gestão de riscos a que se refere o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional¹⁴.

Segundo a NBR ISO 31000 (ABNT, 2018), risco é “o efeito da incerteza nos objetivos”, quantificado pela combinação entre probabilidade de um acontecimento indesejado e das suas consequências, diretas ou indiretas. Esse efeito, por sua vez, é um desvio em relação ao resultado esperado, seja positivo ou negativo.

O novo marco legal de licitações e contratos públicos, Lei nº 14.133/2021, disciplinou sobre a matriz de risco dos contratos administrativos como “cláusula definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato” (BRASIL, 2021). Foram também especificadas as linhas de controle das contratações públicas, as quais deverão estar submetidas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo¹⁵.

À primeira vista a especificação desse instrumento parece se tratar de uma resposta aos anseios daqueles que almejam mais segurança nos contratos administrativos, o que certamente corrobora a segurança jurídica do gestor contratual. Contudo, a matriz de risco é um instrumento exclusivo do contrato, o que não assegura que todos as incertezas e riscos vislumbrados ao longo do processo de contratação estejam contemplados neste instrumento.

¹⁴ Dentre os sistemas de referência para implementação da gestão de riscos estão o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) e a ISO 31000:2018, elaborada pelo *Technical Committee Risk Management*. A norma ISO fornece diretrizes sobre o gerenciamento de riscos cuja aplicação pode ser personalizada para qualquer organização e seu contexto. Suas prescrições foram assimiladas de modo idêntico na NBR ISO 31000, constituída pela Comissão de Estudo Especial de Gestão de Riscos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), foro nacional de normalização.

¹⁵ Segundo art. 169 da Lei nº 14.133/2021: “As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.” (BRASIL, 2021)

Existem riscos e incertezas a serem mitigados pela fiscalização ou pela regulação discricionária, de modo que a visão sistêmica do processo de contratação será sempre necessária.

A responsabilidade pela implementação das práticas de controle das contratações é da alta administração do órgão ou entidade, “que deverá levar em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos” (BRASIL, 2021).

Uma proposta para a segurança jurídica dos agentes que lidam com contratos incompletos é adotar ferramentas de gestão de riscos desde a elaboração do projeto básico ou da modelagem de concessão. Ou seja, o projeto básico ter uma matriz de risco, ou pelo menos um mapa de risco, que traduza as incertezas naturais e epistêmicas contidas neste projeto, bem como os riscos delas advindos. Ao registrar o feito das incertezas nos objetivos do projeto, o projetista comunica ao agente que produzirá o contrato sobre as limitações desse projeto e conseqüentemente permite antever as incompletudes do contrato. Ao expressar os riscos do projeto, também se permite que o gestor decida sobre estratégias de mitigação. Ou seja, ao elencar as incertezas inerentes ao projeto, permite-se que os riscos de sua implementação sejam vislumbrados por toda a cadeia de agentes públicos que deliberam sobre o contrato.

O aconselhável é que a gestão de risco acompanhe todo o ciclo do projeto, desde a concepção do projeto básico, passando pela contratação, fiscalização, até a entrega do objeto. A gestão sistêmica, a partir de matriz de risco concebida na fase de projetos e atualizada ao longo da execução contratual, contribui para que o contrato e suas incompletudes sejam compreendidos e gerenciados de forma transparente, de forma a evidenciar a sua conduta zelosa e diligente e favorecendo a distinção entre o contrato defeituoso e o contrato incompleto.

A conscientização da alta administração do órgão ou entidade pode ocorrer por meio de auditorias operacionais ou processos de assessoramento de órgãos de controle interno. Ferramentas como essas podem contribuir significativamente para eficiência no uso dos recursos públicos, além de aumentar a transparência na gestão de risco no ciclo do projeto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fundamentos da análise econômica do direito e da teoria dos contratos incompletos são facilmente compreendidos por engenheiros e juristas que lidam cotidianamente com contratos de concessão e obras. Na prática o que se vê são custos de transação e assimetria de

informação, dentre outras questões, cuja solução passa, necessariamente, pela compreensão dos fundamentos teóricos que explicam estes fenômenos.

A realidade dos contratos administrativos de infraestrutura se mostra de tal modo complexa que se afastar demasiadamente dela é condenar todos os que lidam com estes contratos a trabalhar por algo inatingível. Por essa razão se faz relevante que as instâncias de controle compreendam o que é um contrato incompleto e superem o ideal de contrato completo, que tudo prevê e diligência.

Diante das disfunções advindas de visões díspares entre gestores e controladores, instar o TCU à compreensão e aplicação da análise econômica dos contratos é medida relevante para que o Tribunal se situe na mesma página daqueles que deliberam sobre contratos administrativos por natureza incompletos. Por essa razão, é pertinente que o termo “contrato incompleto” seja empregado com rigor, apenas nos casos em que as lacunas são inerentes ao objeto contratado, onde não esteja configurado erro ou dolo que justifique a ausência de contingências contratuais. Desta maneira, além de conferir segurança jurídica aos agentes públicos que lidam com contratos por natureza incompletos, colabora-se, ainda, para se que contratos defeituosos ou malfeitos com eles não se confundam.

Avançando nessa compreensão, questões mais relevantes para a qualidade dos contratos administrativos poderão ser debatidas, como por exemplo: quanto é preciso investir na fase de investigação para se ter um bom contrato? As séries históricas de dados que subsidiam os contratos são suficientemente completas e confiáveis? Quão precisas devem ser as estimativas? Qual o nível de aprofundamento dos documentos a serem gerados *ex ante* ao processo de contratação? Qual o grau de incompletude contratual a Administração Pública pode ou deve tolerar? Como materializar toda a incerteza na matriz de risco? São questões como estas que vão determinar *ex ante* a incompletude do contrato e, mais à frente, vão ensejar readequações *ex post* para se alinhar o contrato à realidade.

A recente revisão da Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), acompanhada da atuação institucional voltada para a gestão de riscos, podem criar ambiente favorável ao debate em torno dessas indagações. A transparência entre os órgãos executores e órgãos de controle no presente também tende a contribuir para a formulação de jurisprudência futura mais aderente à realidade dos contratos administrativos de infraestrutura.

5. REFERÊNCIAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR 6122:2010**. Projeto e execução de fundações. Rio de Janeiro, 2010.

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISO 31000:2018**. Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes. Rio de Janeiro, 2018.

AGOPYAN, Vahan. **A engenharia não é uma ciência exata**. Jornal da USP. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=226210>. Acesso em 29 out. 2022

AGRA, João Naylor Villas-Bôas. Contrato incompleto: a eficiência entre a vontade e o oportunismo das partes. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ANO 6 (2020), N.º 4. P 1545-1580. 2020. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1545_1580.pdf >. Acesso em 29 out. 2022

ASSIS, Andre Pacheco de. **Desenvolvimento e Implementação de Sistemas de Gerenciamento de Riscos em Obras de Engenharia**. Apresentação no Pré-Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia – Online. Simpósio de Obras de Infraestrutura e Investigações (SOI): Riscos Geológicos em Obras de Engenharia. Mesa redonda: Gerenciamento de Riscos Geológicos. 30 set. 2021

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do Direito. **Questio Iuris**. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2696-2718. 2015

BARBÃO, Jaqueline, OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI)**. Revista CNJ, Brasília, v. 2, p. 24-32, 2017 | ISSN 2525-4502. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/255>. Acesso em 2 nov. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Documento de Orientação - Adsup 3/2012 (DO - Adsup 3/2012). **Classificação ABC**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258F9F3BD0158FA2B7FC96989>. Acesso em: 23 de out. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de levantamento de auditoria nas obras de dragagem do Porto de Itaguaí. Relatório TC 013.874/2010-1. **Acórdão n.º 1979/2010 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 11 ago. 2010a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras 2010 (FISCALIS 194/2010). Obras de dragagem do Porto de Santos/SP. Relatório TC 007.337/2010-8. **Acórdão n.º 2941/2010 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 3 nov. 2010b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras 2010 (FISCALIS 194/2010). Obras de dragagem do Porto de Santos/SP. Relatório TC 007.337/2010-8. **Acórdão n.º 302/2013 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 27 fev. 2013

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria decorrente do Acórdão n. 2.490/2009 – Plenário. Obras de reurbanização. Relatório TC 000.345/2010-5. **Acórdão nº 2934/2014 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 29 out. 2014

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Boletim de Jurisprudência TCU 81, de 25 mai. 2015. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codArqCatalogado=10649964>. Acesso em 30 out. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria constante da fiscalização de orientação centralizada em repasses para obras de saneamento básico e habitação popular (Acórdão N. 2.490/2009 – Plenário). Relatório TC 000.279/2010-2. **Acórdão nº 185/2015 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 4 fev. 2015a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consolidação das fiscalizações realizadas pelo tribunal para atender o disposto na Lei 13.080/2015. Relatório TC 029.823/2014-5. **Acórdão nº 2805/2015 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 4 nov. 2015b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-364/365/GO/MG. Relatório TC 033.634/2015-7. **Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 20 abr. 2016a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-364/365/GO/MG. Voto do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. TC 033.634/2015-7. **Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 20 abr. 2016b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC (“Rodovia do Frango”). Relatório TC 023.298/2015-4. **Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 31 mai. 2017a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC (“Rodovia do Frango”). Voto do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. TC 023.298/2015-4. **Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 31 mai. 2017b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. FISCOBRAS/2016. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da refinaria do Vale do Paraíba – REVAP, em São José dos Campos/SP. Relatório TC 014.254/2016-6. **Acórdão nº 2005/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 13 set. 2017c

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de acompanhamento dos arrendamentos portuários. Atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela ANTAQ visando à implementação de alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017. TC 030.098/2017-3. **Acórdão nº 1446/2018 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 26 jun. 2018a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Convênio para a construção de sistema de abastecimento d’água. Relatório TC 002.559/2016-1. **Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 26 jun. 2018b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário denominado rodovia BR-101/SC, trecho entre os municípios de Paulo Lopes (km 244+680) e Paso de Torres, divisa SC/RS (km 465+100). Voto da Ministra Ana Arraes. TC 012.263/2019-2. **Acórdão nº 2195/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 11 set. 2019a

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG. Inclusão e execução de retornos em nível. Relatório TC 025.311/2015-8. **Acórdão nº 1180/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 22 mai. 2019b

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário que compreende os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG entre os municípios de Jataí/GO e Uberlândia/MG. Relatório TC 002.469/2018-9. **Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 15 mai. 2019c

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário que compreende os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG entre os municípios de Jataí/GO e Uberlândia/MG. Voto do Ministro Bruno Dantas TC 002.469/2018-9. **Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 15 mai. 2019d

BRASIL. Tribunal de Contas da União. FISCOBRAS/2010. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria do Vale do Paraíba – REVAP. Relatório TC 009.843/2010-8. **Acórdão nº 2228/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 18 set. 2019e

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria do Vale do Paraíba – REVAP, em São José dos Campos/SP. Relatório TC 028.533/2017-8. **Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 30 out. 2019f

BRASIL. Tribunal de Contas da União. FISCOBRAS 2019. Relatório de auditoria. Verificação de existência de sobrepreço, previsão insuficiente de quantitativos e ausência de controles tecnológicos. Relatório TC 012.541/2019-2. **Acórdão nº 1074/2020 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 29 abr. 2020

BRASIL. Lei no. 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Diário Oficial União, Brasília – DF, 1 abril. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 3 out. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. Gómez-Ibáñez. **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2003

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. **Journal of Political Economy** 94(4): 691–719: 1986

HART, Oliver, Moore, John. “Property Rights and the Nature of the Firm”. **Journal of Political Economy** 98(6):1119–58: 1990

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011

REIS, Márcio Monteiro. Estudos Sobre A Lei 14.133/2021 - **Nova Lei de Licitações e Contrato Administrativos**. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e MARÇAL, Thaís - Sao Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos** [livro eletrônico]. 1. ed. E-book baseada na 1 ed. Impressa. 2020

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. SBDP. Brasil. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022

TIMM, Luciano Benetti e GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.