

A GESTÃO DE RISCO COMO AUXÍLIO DA TOMADA DE DECISÃO DO GESTOR PÚBLICO NA LEI 14.133/21

Resumo: Este artigo destaca a importância da gestão de risco no auxílio à tomada de decisão pelos gestores públicos. Observa-se que órgãos de controle e assessoramento jurídico, muitas vezes, substituem os gestores nas decisões administrativas, embora estas frequentemente não tenham respostas absolutas. A Lei 14.133/21, ao instituir a gestão de riscos, reforça a necessidade de uma análise profissional e planejada dos riscos, facilitando uma tomada de decisão mais fundamentada e alinhada ao contexto do Estado pós-moderno.

Palavras-chave: Gestão de risco. Tomada de decisão. Análise de riscos. Planejamento.

Abstract: This article highlights the importance of risk management in aiding public managers' decision-making. It is observed that control and legal advisory bodies often substitute managers in administrative decisions, even though these decisions frequently lack absolute answers. The Law 14.133/21, by institutionalizing risk management, emphasizes the need for a professional and planned risk analysis, facilitating more informed decision-making aligned with the modern state's context.

Keywords: Risk management. Decision-making. Risk analysis. Planning.

INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/93, elaborada em um contexto de intensos escândalos de corrupção, adotou uma postura extremamente cautelosa em relação à atuação dos gestores públicos, impondo severas restrições à sua margem de discricionariedade. Como resultado, esses gestores se viram limitados na escolha e execução das aquisições necessárias para atender às demandas da Administração. Embora essa característica da lei seja frequentemente apontada como um obstáculo à eficiência, a questão é mais complexa do que parece à primeira vista. No âmbito dessa legislação, juristas e órgãos de controle passaram a desempenhar um papel tão central que, em muitos casos, acabaram substituindo o gestor na tomada de decisões, influenciando diretamente a dinâmica e a agilidade dos processos administrativos.

Na prática das licitações públicas, tornou-se corriqueiro o recurso à assessoria jurídica para esclarecer questões como a viabilidade de executar obras de engenharia em imóveis alugados ou cedidos, ou para decidir se é necessário exigir qualificação técnica específica de fornecedores. No entanto, essas consultas não deveriam resultar em respostas simplistas de "sim" ou "não", ou em julgamentos dicotômicos de "legal ou ilegal". A essência dessas decisões reside no campo discricionário da administração pública. Cabe ao gestor público, e não exclusivamente à assessoria jurídica, tomar as decisões mais adequadas para atender ao interesse público. A assessoria jurídica tem o papel de analisar os riscos jurídicos envolvidos nas diferentes opções, e não de reduzir as escolhas a uma interpretação binária.

Da mesma forma, órgãos de controle como os Tribunais de Contas, ao emitirem decisões em acórdãos que frequentemente são seguidos com rigor quase legal, têm gradualmente substituído o gestor nas decisões administrativas. Muitas dessas orientações determinam práticas que, embora não estejam claramente previstas em lei, acabam sendo tratadas como obrigatórias, promovendo uma visão de que há respostas definitivas para questões que, em realidade, são complexas e comportam múltiplas soluções.

Com a Lei 14.133/21, surge a expectativa de superar ou mitigar esse cenário imposto pela Lei 8.666/93. A nova legislação amplia significativamente as possibilidades de escolha para os gestores públicos, conferindo maior flexibilidade na forma de atender às necessidades da administração. O Estudo Técnico Preliminar emerge como uma ferramenta central nesse processo, permitindo uma avaliação estruturada das alternativas e promovendo a escolha da solução com melhor viabilidade técnica e financeira.

Apesar de muitos reconhecerem no Estudo Técnico Preliminar uma inovação importante, é a introdução da "gestão de riscos", conforme previsto no parágrafo único do art. 11 da Lei 14.133/21, que representa a verdadeira mudança paradigmática. A exigência de uma análise de riscos obriga a administração a avaliar, de forma estatística, os possíveis riscos associados a todo o processo de planejamento, licitação, contratação, fiscalização e pagamento, classificando-os de acordo com a probabilidade de ocorrência e o impacto potencial.

Essa análise fornece ao gestor público as informações necessárias para tomar decisões fundamentadas sobre como lidar com os riscos, seja por meio de mitigação, aceitação ou outras medidas adequadas. Embora o Estudo Técnico Preliminar já represente um avanço notável, a verdadeira transformação na prática administrativa dependerá de uma integração mais profunda da gestão de riscos, que, apesar de essencial, ainda não recebeu a atenção necessária para impactar de forma significativa a administração pública. Ademais, a Lei 14.133/21 não fornece diretrizes detalhadas sobre como implementar de forma prática essa gestão de riscos.

O presente estudo tem como objetivo analisar o papel da gestão de riscos como uma ferramenta fundamental para auxiliar a tomada de decisões na gestão pública, enfatizando sua importância e as lacunas ainda presentes no atual cenário legislativo e administrativo.

O plano de trabalho será desenvolvido nas seguintes etapas: A primeira etapa abordará a discricionariedade como um atributo inerente à atividade administrativa, destacando sua importância no contexto das sociedades modernas e enfatizando a necessidade de profissionalização da tomada de decisão, em vez de sua restrição. Serão discutidos os fundamentos da discricionariedade e como ela é essencial para a flexibilidade e a eficiência na Administração Pública.

A segunda etapa se concentrará na substituição da decisão administrativa pelos controles e pela assessoria jurídica, analisando como a atuação desses agentes, especialmente os órgãos de controle externo, frequentemente limitam a margem discricionária do gestor público. Nessa análise, será examinado o impacto dessa interferência, que muitas vezes transforma questões complexas em decisões de resposta única, afastando a legitimidade do gestor em favor de soluções tecnocráticas e muitas vezes sem levar em conta a eficiência do caminho traçado.

Na terceira etapa, será investigado o papel da gestão de riscos como suporte à tomada de decisão administrativa, apresentando-a como uma ferramenta essencial para fundamentar decisões em cenários de incerteza e múltiplas alternativas. Essa análise abordará como a gestão de riscos contribui para a escolha de soluções mais eficientes, ao possibilitar a avaliação de custo-benefício e a identificação de riscos aceitáveis.

Por fim, o estudo culminará em uma conclusão, na qual serão consolidadas as ideias desenvolvidas ao longo das etapas anteriores, ressaltando a importância de um equilíbrio entre discricionariedade, controle e gestão de riscos para garantir uma tomada de decisão administrativa eficiente, legítima e informada.

Discricionariedade como atributo inerente a Atividade Administrativa

Sem ignorar o amplo dissenso sobre o assunto, para os fins aqui pretendidos, define-se a discricionariedade como a margem de liberdade da Administração, na hipótese da sua atividade não estar integralmente definida pelo ordenamento jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 414).¹

Contudo, existem limites naturais e lógicos à discricionariedade, uma vez que o próprio ordenamento jurídico prevê balizas para as ponderações das interpretações possíveis e lícitas à norma posta (QUEIRÓ, 1947, p. 51).

Para Sérgio Guerra, o desafio acerca dos atos discricionários é que o Administrador, sob pretexto de escolher discricionariamente, pode cometer abusos e desvios (GUERRA, ano, p.71). Nesse cenário, aumenta-se tanto a tentativa de limitação dos poderes discricionários, bem como da ampliação desenfreada do controle judicial do caráter político dos atos administrativos.^{2 3 4}

Contudo é evidente que a discricionariedade administrativa tem sua função e sua própria justificativa no Estado de Direito, uma vez que diz respeito aos elementos de oportunidade e valorações técnicas que são inerentes a uma grande parte das ações referentes ao Poder Executivo, e que não podem ser reduzidas a um simples processo lógico de interpretação, ou a uma forma de aplicação automática da lei (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 91-92).

A atual conjuntura do papel do Estado nas Democracias modernas indica uma pluralidade de tarefas políticas, econômicas, sociais, ambientais e culturais destoantes com as formatações de

¹ “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

² Movimento evidente, tanto do ponto de vista empírico - a partir do número crescente de decisões judiciais envolvendo Políticas Públicas -, quanto do teórico - onde proliferam as teorias a respeito da possibilidade de análise pelo poder judiciário do mérito administrativo. Sergio Arenhart chega à mesma conclusão no Artigo “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: Revista de processo. 2013. p. 389-410” e exemplifica tal afirmação através das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: Pleno. SL 47-AgR/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 29.04.10; 1ª Turma. RE 628.159-AgR/MA. Rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.13; 1ª Turma. AI 810.410-AgR/GO. Toffoli. Dje 07.08.13; 2ª Turma. RE 700.227-ED/AC. Rel. Min. Carmen Lúcia. Dje 29.05.13; 2ª Turma. RE 563.144-AgR/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 15.04.13.

³ Quando do ponto de vista teórico com destaque para Lon L Fuller (FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978) e Owen Fiss (FISS, Owen M. The Supreme Court, 1978 Term. Harvard law review, v. 93, n. 1, p. 1-281, 1979), os mais emblemáticos juristas que tratam acerca do ativismo judicial no âmbito do direito norte americano.

⁴ No âmbito da doutrina brasileira também é possível identificar tal tendência : “(...) Em linha de conclusão, considerando tais premissas, não há como concordar com o controle judicial de Políticas Públicas unicamente nos casos em que ocorra ofensa ao mínimo existencial. O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente revela-se parâmetro de destaque nesse sentido. A existência de ofensa ao mínimo existencial, com certeza, apenas reforça esse argumento” (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2017).

Estado dos séculos passados. Além disso, as próprias relações entre entes públicos e privados no passaram a ser mais dinâmicas e complexas, sobretudo pelo implemento de novas tecnologias que fazem parte do cotidiano do ser humano do século XXI.

A Constituição e as leis atribuem aos Estados, e especialmente ao poder executivo, uma função de liderança política e administrativa que não seria possível sem o gozo de uma margem de discricionariedade. Tampouco a função administrativa conseguiria desempenhar-se corretamente se estivesse predeterminada de maneira absoluta e de forma rígida na lei, tendo em vista o volume de tarefas, com um alto grau de complexidade funcional e técnica, o que implica na necessidade de adaptação diária às demandas de uma sociedade dinâmica (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 13).

O Estado de Direito reconhece a existência de poderes discricionários nas mãos de governos e administrações, a partir do momento em que as concede exclusivamente às funções de direção política e administrativa, bem como a prestação de serviços gerais. E, obviamente, é necessário conceder também as ferramentas necessárias para a realização destas tarefas, o que implica no exercício adequado da discricionariedade (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 115).

Dessa forma o exercício da discricionariedade administrativa passou a ser um pressuposto para que os atuais governos possam lidar com a gama de tarefas e expectativas imposta a eles, frente a uma legislação que não consegue acompanhar a dinâmica do mundo. Realça-se, nesse contexto, que a limitação da liberdade dos Administradores públicos poderia ocasionar em uma ineficácia do aparelho estatal (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 13).

A discricionariedade, portanto, não se trata de um mal inevitável que deve ser reduzido ao mínimo. É antes uma necessidade institucional, um preâmbulo para o bom funcionamento da Administração (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 113-114).

A busca pela concretização do interesse público envolve avaliações não legais das situações de fato, além de ponderações políticas ou técnicas e dos efeitos da decisão tomada pela Administração, a partir da qual se conclui que pode haver soluções diferentes, igualmente legais. Isso é discricionariedade, que, por definição, sempre contém algum elemento insubstituível de ser medido com meros parâmetros legais (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 115).

O exercício da margem de conveniência e oportunidade certamente está, evidentemente, sujeita a limites legais gerais, no entanto, o que deve ser combatido é o desvio, o abuso, a arbitrariedade, e desta forma, não deve o direito estabelecer uma cruzada incessante com o objetivo de reduzir ou eliminar a própria discricionariedade (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 92).

A discricionariedade é uma necessidade intrínseca ao direito administrativo, que sempre reconheceu a importância da motivação como ferramenta essencial. Tal motivação permite que os órgãos de controle e a própria sociedade compreendam as razões subjacentes às decisões do gestor público, garantindo transparência e legitimidade no processo decisório.

Contudo, as exigências das sociedades contemporâneas para a legitimação do uso da discricionariedade vão muito além do que tradicionalmente se concebia. Não basta a mera definição dos objetivos pelo administrador público; é imprescindível que haja um planejamento minucioso e abrangente, que envolva não apenas a identificação clara dos alvos a serem alcançados, mas também um exame cuidadoso e profundo do objeto que constituirá a política pública. Esse processo deve contemplar as fórmulas mais eficazes para sua materialização. (COSTALDELLO, 2017, p. 54-55).

Dessa forma, especialmente no que diz respeito à escolha do objeto e à forma de contratação pública para atender aos interesses e serviços públicos, não se deve tentar reduzir a margem de escolha do gestor. Em vez disso, é fundamental desenvolver ferramentas que permitam uma motivação clara e bem fundamentada para cada decisão. O Estudo Técnico Preliminar (ETP) já desempenha um papel importante nesse aspecto ao proporcionar uma base sólida para a justificativa das escolhas.

No entanto, a tomada de decisão deve ser ainda mais profissionalizada. Isso implica na análise detalhada de custo-benefício, dos riscos associados e das medidas mitigatórias para cada alternativa disponível, assegurando que todas as possibilidades sejam consideradas de maneira estratégica. O objetivo é garantir uma decisão mais profissional e alinhada ao princípio da eficiência, proporcionando soluções que realmente atendam às necessidades da Administração.

A indevida substituição da decisão administrativa pelos controles e pela assessoria jurídica e o dever de planejamento para uma tomada de decisão adequada.

Conforme exposto no item anterior, a discricionariedade administrativa é essencial em uma sociedade contemporânea para a efetivação de decisões que envolvem múltiplas possibilidades de resposta. Nesse contexto, a busca pela concretização do interesse público demanda uma avaliação que vai além dos parâmetros puramente legais, abrangendo também considerações técnicas,

políticas e os efeitos práticos das decisões da Administração. Assim, reconhece-se que diferentes soluções, ainda que diversas, podem ser igualmente válidas e legais.

A concretização dessa discricionariedade, inerente à Administração Pública hodierna, deve ser realizada por agentes democraticamente legitimados ou por aqueles que receberam delegação desses representantes. Como bem delinea Gustavo Binenijon, uma das preocupações centrais do direito administrativo moderno é acerca da legitimação democrática da atuação administrativa. Incrementa-se o fomento da participação dos administrados nos processos decisórios da administração (BINENBOJM, 2008, p. 77). Através de uma crescente processualização da atividade administrativa visa-se respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e ampla defesa; incrementar as informações acerca de uma tomada de decisão, antes que ela seja efetuada; e, alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação da decisão da Administração pública (BINENBOJM, 2008, p. 77).

No contexto da tomada de decisão, muitas vezes complexas, a Administração deve se ater a todas as informações, interesses e direitos relevantes. Trata-se da vinculação da Administração a uma atuação metódica e eficiente, concatenada ao caráter democrático (NETO, 2019, p. 129).

Contudo, frequentemente, órgãos de controle externo, como o Ministério Público e, especialmente, os Tribunais de Contas, têm extrapolado suas atribuições ao interferirem nas decisões dos gestores emitindo acórdãos e entendimentos sobre temas que, legalmente, não lhes competem.

Nesse contexto, de acordo com o modelo constitucional vigente, previsto principalmente nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, os órgãos de controle devem direcionar sua atuação aos responsáveis (sujeitos) e não às decisões ou medidas tomadas (objetos). Embora indiretamente possam influenciar a tomada de decisão dos gestores, essa interferência não deveria se traduzir em determinações sobre como as ações devem ser executadas. Em situações onde há margem para diferentes decisões, o controle deve ser direcionado aos gestores, sem substituir suas funções. No entanto, na prática, tem-se observado que os órgãos de controle frequentemente acabam assumindo esse papel (SUNDFELD e CÂMARA, 2011).

O autor argumenta ainda que o controle externo deve ser autônomo e imparcial, para ser capaz de oferecer uma visão crítica. Quando esse controle possui poder e ferramentas adequadas, ele pode exercer uma influência positiva na gestão. No entanto, se o controlador assumir funções que competem ao gestor, a imparcialidade se perde, transformando o controle em uma gestão compartilhada.

Essa situação não ocorre apenas no controle externo, mas também no controle interno e nas assessorias jurídicas, que de acordo com a Lei nº 14.133/21 também faz um papel de controle como segunda linha de defesa (art. 169, II). Assim, tanto o controle interno, quanto, especialmente, a assessoria jurídica acabam intervindo em situações que não envolvem questões de legalidade ou ilegalidade, o que acaba usurpando a decisão do gestor. Isso evidencia um claro problema de agência.⁵

Além disso, muitas vezes, o próprio gestor busca que a assessoria jurídica tome decisões que, na verdade, competem a ele. O interesse público raramente se restringe a uma única solução, e em situações onde há margem de discricionariedade, o papel da assessoria jurídica deve ser o de esclarecer as consequências jurídicas das diferentes opções disponíveis. Em vez de transformar essa análise em uma simples resposta de "sim" ou "não", a assessoria deve auxiliar na avaliação da melhor forma de atender ao interesse público, levando em conta as possibilidades legais e práticas existentes.

Ressalte-se que o cerne da atividade de consultoria jurídica envolve o exame de compatibilidade entre a opção adotada pelo gestor e a interpretação da norma jurídica vislumbrada pelo parecerista. Atua no campo da dogmática jurídica e da interpretação, consistindo em uma atividade não exata, que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre a compreensão mais adequada do sentido da norma correlata, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais (TORRES, 2021, p. 301-302). Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica, para além da análise de conformidade do ato pretendido pelo gestor público com o ordenamento jurídico, devem enfrentar o dilema da realidade fática apresentada, avaliando os riscos e, quando for o caso, apresentando opções alternativas em prol do interesse fundamental perseguido (TORRES, 2021, p. 293).

Portanto, é responsabilidade do gestor tomar essas decisões, mas sua discricionariedade, no contexto do Estado pós-moderno, não pode ser exercida de forma livre, como se ele pudesse agir de acordo com sua vontade pessoal. Ela deve estar alinhada aos princípios constitucionais, de forma que essa tomada de decisão deve ser tomada sob um alicerce profissional.

⁵ O problema de agência consiste em um “um contrato onde uma ou mais pessoas – o principal – engajam outra pessoa – o agente – para desempenhar alguma tarefa em seu favor, envolvendo a delegação de autoridade para a tomada de decisão pelo agente”. Nesse sentido, seria lógico deduzir que, se as partes agem de modo a maximizar seus ganhos pessoais, o agente nem sempre priorizará os anseios do principal. (SAITO; DA SILVEIRA, 2008, p. 79-86)

Hodiernamente, a invocação do interesse público não basta para legitimar uma atuação estatal, torna-se necessário perscrutar a adequação de suas escolhas e a eficiência⁶ dos métodos de gestão aplicados (CHEVALLIER, 2009, p. 84).

O dever do Estado de atingir resultados, que concorram efetivamente para o atendimento dos objetivos e interesses fundamentais esculpidos na constituição, passa por um dever de responsabilidade que implica o cometimento de planejamento e de execução de políticas públicas. A racionalização das atividades governamentais envolve um planejamento apropriado do uso dos recursos públicos e passa a ser também critério para avaliar a legitimidade das escolhas feitas pelos gestores públicos, *“afinal, seria irracional admitir-se que aos governos fosse juridicamente legítimo malbaratar recursos públicos em políticas irrealistas, infundadas, improvisadas e infrutíferas para a realização do bem público”* (NERO, 2016, p. 81).

O planejamento não se limita a definir os resultados desejados pela Administração Pública, mas também requer uma análise cuidadosa e completa do objeto a ser implementado e das formas para sua realização. Um planejamento adequado implica identificar as necessidades e os setores da sociedade que carecem de investimento público, além de demonstrar como as escolhas feitas pelo gestor estão de acordo com as exigências constitucionais. É necessário delinear e prever os recursos e ações necessárias para implementar o planejado. O planejamento estabelece um conjunto de compromissos com o aparelho estatal.

A discricionariedade estatal é um elemento intrínseco à própria atividade administrativa, especialmente na complexa realidade das sociedades contemporâneas. No entanto, considerando o dever de perseguir a eficiência e a racionalização dos recursos públicos, é imperativo que essas escolhas sejam sustentadas por um planejamento adequado, o que garante que as decisões do setor público sejam tomadas com base em metodologias confiáveis e bem fundamentadas.

A profissionalização da tomada de decisões na Administração Pública exige, além de um planejamento rigoroso, a incorporação de uma gestão de riscos adequada — que, de fato, é parte integrante de qualquer planejamento bem estruturado. Esse processo envolve a identificação e avaliação criteriosa dos obstáculos e incertezas que podem afetar a execução de políticas públicas e projetos, desde sua concepção até a conclusão. Ao realizar uma gestão de riscos eficiente, a administração não apenas antecipa cenários adversos, mas também formula estratégias eficazes para

⁶ A aplicação dos recursos públicos, tanto humanos quanto materiais, somente pode ser otimizada por meio de uma ação coordenada e planejada. Uma administração desorganizada pode resultar em um grande desperdício de recursos e em uma relação custo-benefício insatisfatória, o que viola o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição.

mitigá-los ou eliminá-los, aprimorando a qualidade das decisões e assegurando uma execução mais eficiente e segura das políticas públicas.

A exigência de uma análise de riscos leva a Administração, ao conduzir um procedimento de licitação ou contratação, a realizar uma avaliação detalhada dos possíveis riscos que podem afetar as etapas de planejamento, licitação, contratação, fiscalização, recebimento e pagamento. Com base nesses dados, a Administração é capaz de classificar os riscos de acordo com a probabilidade de sua ocorrência e o impacto que causariam, caso se concretizem. A partir dessa análise de riscos bem estruturada, o gestor público obtém as informações necessárias para tomar decisões racionais sobre a tolerância ao risco, estratégias de mitigação e demais ações que deverão ser adotadas.

Esse é o papel desempenhado pela gestão de riscos prevista na Lei nº 14.133, tema que será explorado a seguir.

A gestão de riscos como auxílio a tomada de decisão administrativa

A gestão de riscos é um elemento central introduzido pela Lei 14.133/21 para promover governança responsável e planejamento eficaz nas contratações públicas. De acordo com a norma ISO 31000⁷, o processo de gestão de riscos envolve a identificação, avaliação e mitigação de riscos que possam impactar os objetivos da organização. Esse processo sistemático visa garantir que todas as etapas da contratação pública sejam conduzidas de maneira transparente e alinhada às políticas e regulamentações vigentes, mitigando possíveis riscos.

Para que a gestão de riscos seja eficaz, ela precisa estar integrada em todos os níveis da organização pública, desde o planejamento até a execução de contratos. Em uma licitação para infraestrutura pública, por exemplo, é fundamental avaliar desde o início fatores como recursos disponíveis, a complexidade do projeto e os impactos ambientais. Esse processo abrange não apenas a análise crítica e o tratamento dos riscos, mas também a comunicação entre as partes envolvidas e o monitoramento contínuo para assegurar o cumprimento dos objetivos.

⁷ ABNT NBR ISO 31000:2018. A norma ISO 31000 é um padrão internacional que estabelece princípios e diretrizes para a gestão de riscos, aplicáveis a qualquer tipo de organização. Ela fornece um conjunto abrangente de orientações, que vai desde a definição do contexto interno e externo da organização até a identificação, análise, avaliação e tratamento de riscos, além do monitoramento e revisão contínuos. A principal referência para essa metodologia é: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 31000:2018 – Risk Management – Guidelines**. Geneva: ISO, 2018.

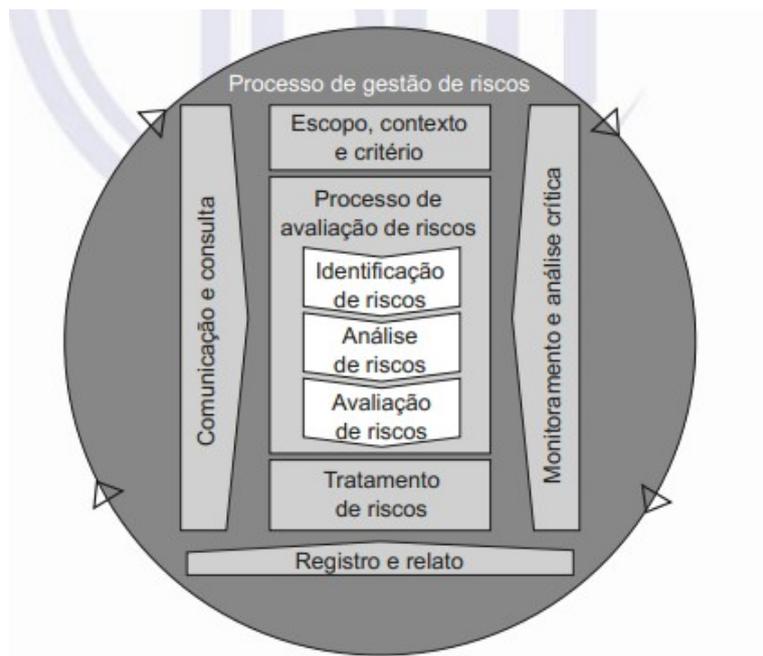
A Lei 14.133/21 exige que a administração pública implemente a gestão de riscos, sem determinar uma metodologia específica, permitindo a adoção de diversas abordagens reconhecidas internacionalmente. Cada regulamento pode definir como essa gestão deve ser conduzida, seja por meio de modelos preexistentes, como normas técnicas internacionais, ou por um modelo específico ajustado às características dos contratos públicos. No estudo em questão, será priorizada a ISO 31000/2018, amplamente usada na administração pública.

De acordo com a norma técnica retromencionada, a implementação eficaz da gestão de riscos envolve o desenvolvimento de um plano com prazos e recursos adequados, além da definição de responsabilidades claras. Em uma licitação, por exemplo, isso significa alocar pessoal para avaliar riscos técnicos e financeiros, e estabelecer prazos para mitigar esses riscos. Também é crucial identificar quem tomará as decisões em momentos críticos, como na definição de garantias contratuais, ajustando processos de decisão quando necessário.

Já o processo de gestão de riscos segue uma abordagem sistemática que envolve várias etapas, como comunicação, consulta, estabelecimento de contexto, avaliação, tratamento, monitoramento e registro de riscos. Essas práticas asseguram que os riscos sejam geridos de maneira organizada e eficiente ao longo do processo.

Durante este estudo, concentraremos nossa análise nas etapas do processo mais relevantes para auxiliar a tomada de decisão, tendo em vista o caráter de síntese e didática.

Embora apresentado como sequencial, o processo é iterativo, permitindo ajustes contínuos conforme novos desafios surgem. Em contratos de obras públicas, por exemplo, as estratégias de gestão de riscos podem precisar ser revisadas e adaptadas conforme o projeto evolui e surgem novas condições.



8

1. **Escopo:** O estabelecimento de escopo, contexto e critérios é crucial na gestão de riscos, garantindo uma avaliação e tratamento adequados e adaptados às necessidades da Administração. Esses elementos permitem alinhar os objetivos específicos do processo de contratação aos objetivos organizacionais e políticas públicas. Definir o escopo em contratações públicas envolve delimitar quais etapas, como planejamento, licitação e fiscalização, serão cobertas pela gestão de riscos. Compreender o contexto interno e externo, como regulamentações governamentais e políticas internas, é essencial para avaliar adequadamente os riscos e garantir que eles sejam geridos de forma eficaz ao longo do processo.

Essa etapa é crucial para determinar o nível de risco que a administração está disposta a assumir em cada situação. Em certos momentos, como durante as contratações no período da pandemia de COVID, foi possível aceitar um risco maior. Exemplo disso incluem a autorização para a realização de pagamentos antecipados em contratos durante o estado de calamidade pública, quando indispensáveis para assegurar a obtenção do bem ou a prestação do serviço. Também ocorreu a flexibilização das dispensas de licitação, sem as limitações do art. 75, inciso VIII, da Lei 14.133/21, e a dispensa da elaboração de artefatos na fase de planejamento, permitindo que as contratações fossem feitas de forma mais simplificada. O nível de risco a ser assumido, que

⁸ Imagem retirada de *ISO 31000:2018 – Risk management – Guidelines*. Geneva: International Organization for Standardization, 2018.

posteriormente será avaliado em uma análise de custo-benefício, evidencia que essa questão vai além das análises binárias das situações.

2. **Identificação dos riscos:** A identificação de riscos é uma fase crucial na gestão de contratações públicas, focada em encontrar, reconhecer e descrever riscos que podem impactar os objetivos do projeto. Isso inclui considerar fatores tangíveis, como falhas técnicas, e intangíveis, como mudanças políticas, além de avaliar ameaças, como inadimplência de fornecedores, e oportunidades de mitigação, como a diversificação. A análise deve levar em conta vulnerabilidades, capacidades e mudanças no contexto interno e externo, como novas regulamentações. A falta de uma identificação abrangente, como a omissão de uma licença ambiental, pode gerar atrasos e custos, destacando a importância de uma abordagem detalhada e preventiva.

3. **Análise de riscos:** A análise de riscos é crucial na gestão de contratações públicas, proporcionando uma compreensão detalhada dos riscos e suas características. Ela envolve a avaliação da probabilidade e das consequências de eventos que possam impactar o projeto, como atrasos ou aumento de custos, e considera a eficácia dos controles existentes. A análise pode utilizar técnicas qualitativas e quantitativas dependendo da complexidade. Além disso, deve considerar a interconectividade dos riscos e a eficácia de medidas mitigadoras, assegurando que diferentes perspectivas sejam registradas e comunicadas para uma abordagem abrangente.

A decisão sobre se e como tratar o risco pode depender dos custos e benefícios de assumir o risco e dos custos e benefícios da implementação de controles melhorados. No contexto das contratações públicas, isso se reflete na necessidade de avaliar os riscos inerentes a cada etapa do processo, desde a definição da necessidade da contratação até a execução do contrato. Por exemplo, no planejamento da contratação, a Administração deve identificar os riscos associados à escolha de uma solução inadequada para o problema identificado, considerando os impactos que essa decisão pode ter sobre a eficiência e a eficácia dos serviços públicos.

Normalmente, a análise de riscos inclui uma estimativa da gama de consequências potenciais e suas probabilidades associadas. Isso é fundamental em contratações públicas, onde é preciso considerar os impactos que um evento negativo pode ter na execução de um contrato, como atrasos, aumentos de custos ou falhas na entrega dos serviços. Por exemplo, ao contratar a construção de uma obra pública, a administração deve avaliar as possíveis consequências de um

atraso significativo na entrega e a probabilidade desse atraso ocorrer, permitindo a adoção de medidas preventivas.

Os resultados da análise de riscos fornecem a base para a avaliação dos riscos e decisões sobre o tratamento adequado. A combinação de técnicas analíticas pode oferecer um entendimento mais amplo, especialmente em casos de alta incerteza ou consequências severas. Por exemplo, ao decidir sobre a necessidade de seguros adicionais ou reservas financeiras para um contrato de longo prazo, a análise de riscos ajudará a determinar quais opções oferecem maior segurança e quais são os melhores métodos para gerenciar e mitigar esses riscos, garantindo assim a integridade e maior chance de sucesso do projeto.

4. **Avaliação de riscos:** A avaliação de riscos tem como principal objetivo fornecer suporte para a tomada de decisões ao comparar os resultados da análise de riscos com os critérios previamente estabelecidos. Em contratações públicas, isso significa revisar os riscos identificados e analisados para determinar se são aceitáveis ou se necessitam de ações adicionais. Por exemplo, se a análise revela que o risco de atraso na entrega de materiais é alto, a avaliação pode levar a decisões como a consideração de opções de tratamento, como a inclusão de penalidades contratuais para atrasos, ou a realização de análises adicionais para entender melhor as causas desses riscos. Alternativamente, pode-se optar por manter os controles existentes ou até reconsiderar os objetivos do projeto se os riscos forem considerados inaceitáveis.

A avaliação de riscos não só orienta a gestão sobre quais ações tomar, mas também assegura que todas as implicações sejam consideradas e abordadas de forma transparente e eficaz.

Quando a administração pública, por exemplo, enfrenta a decisão de construir um hospital ou uma escola em um terreno que está, por exemplo, em processo de desapropriação, locado ou apresenta alguma irregularidade, a solução não deve ser determinada apenas por uma resposta binária fornecida pelo setor jurídico ou por um órgão de controle. Em vez disso, a abordagem correta envolve uma análise detalhada da probabilidade e do impacto dos riscos associados à decisão. Isso significa que, antes de decidir sobre a viabilidade do projeto, a administração deve realizar um estudo minucioso para avaliar os riscos potenciais e suas implicações. Essa avaliação deve considerar as dificuldades e possíveis obstáculos legais, financeiros e operacionais, ajudando a determinar a melhor forma de proceder com base em dados e informações concretas.

5. **Tratamento de riscos:** O tratamento de riscos é uma etapa crucial na gestão de riscos, cujo objetivo é selecionar e implementar as opções mais eficazes para abordar e

mitigar os riscos identificados. Esse processo é iterativo e envolve formular e escolher alternativas para o tratamento de riscos, planejar e implementar essas alternativas, e avaliar sua eficácia. Após a aplicação dessas medidas, é necessário decidir se o risco residual é aceitável ou se são necessárias ações adicionais para sua mitigação.

Na prática das contratações públicas, por exemplo, quando a administração enfrenta o risco de atraso na entrega de um projeto, como a construção de um hospital, as opções de tratamento podem incluir medidas como renegociar prazos contratuais, estabelecer penalidades para atrasos ou contratar seguros específicos. Cada opção deve ser avaliada não apenas pelo custo e esforço envolvidos, mas também pela capacidade de alcançar os objetivos do projeto.

Além de avaliar os benefícios e custos, a escolha das opções de tratamento de riscos deve também levar em conta o nível de risco que a Administração está disposta a assumir. Por exemplo, o compartilhamento de riscos com fornecedores, por meio de uma cláusula de matriz de riscos — ainda que possa gerar custos adicionais para a Administração Pública — pode ser uma alternativa mais vantajosa do que aceitar passivamente um risco elevado. É fundamental que qualquer opção selecionada seja monitorada e analisada de forma contínua, garantindo sua eficácia e permitindo ajustes no tratamento de riscos sempre que necessário.

Os planos de tratamento de riscos devem detalhar claramente como cada opção escolhida será implementada, incluindo a justificativa para a seleção, os responsáveis pela execução, os recursos necessários e os critérios de desempenho. Em um contrato de construção pública, por exemplo, o plano pode especificar o cronograma para a implementação das ações de mitigação e os mecanismos para monitorar o progresso. Esses planos devem ser integrados aos processos de gestão da organização e revisados periodicamente para assegurar que continuam alinhados com os objetivos e exigências do projeto.

Dessa forma, é fundamental reconhecer que a gestão de riscos exerce um papel indispensável na tomada de decisões administrativas, ao oferecer uma estrutura sistemática que permite identificar, avaliar e mitigar potenciais obstáculos ao alcance dos objetivos institucionais. Ao garantir que os riscos sejam monitorados e controlados de maneira adequada, a gestão de riscos auxilia o gestor público a tomar decisões mais profissionais, alinhadas ao dever de planejamento e ao princípio da eficiência. Além disso, essa prática é essencial para resguardar o erário, uma vez que previne desperdícios e promove o uso racional dos recursos públicos. Integrar a gestão de riscos ao processo decisório não apenas fortalece o planejamento, mas também prepara a Administração

para lidar com desafios futuros, adotando uma abordagem preventiva que aumenta a probabilidade de sucesso das políticas e projetos públicos.

CONCLUSÃO

A integração da gestão de riscos no processo de contratação pública, conforme preconizada pela Lei 14.133/21, eleva o nível de profissionalismo e eficiência na tomada de decisão administrativa. Ao lado do papel técnico e estratégico desempenhado pela Advocacia Pública, que oferece a análise jurídica necessária, o gestor público passa a dispor de uma ferramenta robusta para avaliar de forma crítica os riscos envolvidos em suas escolhas. Embora o suporte jurídico seja fundamental, cabe ao gestor ponderar não apenas os riscos legais, mas também os fatores políticos, econômicos e sociais, de forma a garantir que as decisões adotadas sejam as mais adequadas ao interesse público.

Assim, a adoção de uma gestão de riscos estruturada, contínua e integrada ao planejamento administrativo não apenas aumenta a transparência e a responsabilidade na gestão pública, mas também assegura que as políticas e projetos sejam executados de maneira eficaz e eficiente, protegendo o erário e garantindo melhores resultados para a sociedade. Ao mitigar incertezas e ajustar estratégias de forma proativa, essa prática contribui diretamente para a promoção de uma administração pública mais racional, equilibrada e comprometida com os princípios que regem a boa governança.

TESE: Em um cenário de múltiplas decisões, a Advocacia Pública tem o papel de alertar sobre os riscos jurídicos dos caminhos legítimos disponíveis, enquanto cabe ao gestor, com base em uma análise de riscos adequada, ponderar o custo-benefício das escolhas, equilibrando os aspectos legais, econômicos e sociais em prol do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: DTR/2013/10261.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47-AgR/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 628.159-AgR/MA, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14 ago.

2013. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 810.410-AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 7

ago. 2013. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 700.227-ED/AC, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe

29 maio 2013. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 563.144-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar

Mendes, DJe 15 abr. 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 309 p. Título original: L'État post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. (Coleção FórumBrasil-França de Direito Público).

COSTALDELLO, A. C. A Gestão Pública e a Complexidade da Ação Administrativa Estatal: o desafio da contemporaneidade. In: COSTALDELLO, A. C.; KÄSSMAYER, K.; ISAGUIRRE-TORRES, K.; GORSODORF, L. F.; HOSHINO, T. (Orgs.). *Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental: Fronteiras e Interfaces Contemporâneas*. Curitiba: CRV, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

FISS, Owen M. The Supreme Court, 1978 Term. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-281, 1979.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NETO, Eurico Bitencourt. *Concertação Administrativa Interorgânica*. São Paulo: Grupo Almedina, 2019.

NERO, Diogo Figueiredo Moreira. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría*, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 52-80, 1947.

SAITO, R.; DA SILVEIRA, A. M. Governança Corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 79-86, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 257, p. 111-144, 2011. DOI: 10.12660/rda.v257.2011.8589. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8589>. Acesso em: 8 set. 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2021.