

OS INCENTIVOS EM CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS E SERVIÇOS: A PERSPECTIVA DA *LAW AND ECONOMICS*[†]

Tania Patricia de Lara Vaz

Mas o problema essencial do pregão é a consagração absoluta da chamada seleção adversa. O poder público não conhece aquilo que compra e o critério de escolha é o preço mais reduzido possível. Isso produz um incentivo ao mercado oferecer produtos imprestáveis por preço reduzido¹.

A Administração pública, ao realizar suas contratações, paga mais caro que qualquer outro agente de mercado. Mais que isso, gasta recursos públicos para custear um processo administrativo burocrático, litigioso e que, por conseguinte, não é eficiente. Em termos coloquiais, o procedimento licitatório virou “um campeonato de papelada²”.

Resumo: O presente relatório de conclusão da disciplina de Análise Econômica do Direito propõe-se a examinar se o mecanismo da remuneração variável, previsto na legislação brasileira sobre contratação pública, representa incentivo ao contratado para conclusão antecipada de obras e serviços, em tempo inferior ao estabelecido contratualmente e em quais condições isto funciona na otimização do contrato. Trata-se de análise teórica acerca dos

[†] Relatório Final apresentado à disciplina de Análise Econômica do Direito no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano lectivo de 2018/19.

¹ Marçal Justen Filho, “Mas temos muito ainda a falar sobre licitação”, *Gazeta do Povo, Direito e Justiça*, 6.11.2015, disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/marcal-justen-filho/mas-temos-muito-ainda-a-falar-sobre-licitacao-0k320vk5ryh9zn8tdrguqlrzm/>.

² Rafael Vêras de Freitas, *Análise Econômica das Contratações Públicas*, Portal da Rede Nacional de Compras Públicas, publicado em 04.06.2018, disponível em <https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/publicacoes/analise-economica-das-contratacoes-publicas.html>, p. 1.

efeitos decorrentes dos incentivos na execução contratual, sob a perspectiva da Teoria Econômica do Contrato e da *Law and Economics*.

Palavras-Chave: Contratação pública, Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Teoria da Agência, Teoria dos Incentivos, Teoria dos Custos de Transação, remuneração variável, prêmio por cumprimento antecipado, incentivos, eficiência, licitação pública, contratação pública, assimetria informativa, risco moral.

Abstract: This report on conclusion of Law and Economics discipline proposes to examine whether the variable remuneration mechanism, foreseen in the Brazilian law on Public Procurement, represents incentive to the contractor for early conclusion of works and services, in a shorter time than that contractually established and in which conditions this works out. It is a theoretical analysis about the effects arising from incentives in contract execution, from the perspective of the Contract Economic Theory and Law and Economics.

Keywords: Procurement contracts, Differentiated Regime of Public Contracting, Agency Theory, Incentive Theory, Transaction-Costs Theory, variable remuneration, bonus for anticipated completion, incentives, efficiency, public bidding, informational asymmetry, moral hazard.

Índice: Introdução. 1. Contextualização: a Lei nº 8.666, de 1993 e a Lei nº 12.462, de 2011. 2. A Remuneração Variável ao Contratado. 2.A O Prêmio por Cumprimento Antecipado no Âmbito Português. 2.B As Teorias Econômicas e os Incentivos nos Procurement Contracts. 2.C A Remuneração Variável vinculada à Conclusão Antecipada de Serviços e Obras. 3. A Modelagem da

Licitação Pública. 4. Considerações Finais. Conclusão. Bibliografia

INTRODUÇÃO



Lata-se da análise do mecanismo da remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, previsto atualmente na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), que estabelece regime próprio para os denominados *public procurement contracts*³, sob a perspectiva da Teoria Econômica do Contrato⁴, que integra a disciplina jurídica da Análise Econômica do Direito. Mais especificamente, a partir de investigação bibliográfica e análise teórica, examina-se se a remuneração variável vinculada ao desempenho pode funcionar como incentivo ao contratado, especialmente para conclusão antecipada de serviços e obras, ou seja, para aceleração das operações⁵, com a pretensão de evidenciar possíveis alternativas para melhor aproveitamento da previsão legal, o que certamente poderá desdobrar-se em investigações

³ Tais contratos são denominados correntemente pela literatura econômica estrangeira como *procurement contracts*, relativos à aquisição e fornecimento de bens, obras e serviços, tanto em âmbito público quanto privado. O enfoque aqui será público.

⁴ Vale o alerta de FERNANDO ARAÚJO, no sentido de que a Teoria Econômica do Contrato não é um corpo coeso e tem domínios vastos, onde parecem predominar as convergências e sobreposições. A referência à Teoria Econômica dos Contratos, portanto, faz-se por mera simplificação, faltando-lhe uma teoria unificadora. Sem embargo, mais adiante, aborda um segundo plano, mais consensual, onde admite a coexistência de três vetores básicos no domínio dos contratos, ou seja, três formas de apresentar a Teoria do Contrato – *Incentive Theory*, *Incomplete-Contract Theory* e *Transaction-Costs Theory*. Cf. Fernando Araújo, *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 204-206.

⁵ Pressupondo-se sempre que um dos principais problemas dos contratos incompletos reside na ausência de definição dos incentivos ao alinhamento eficiente das condutas. Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 281.

futuras e comprovações de base empírica e econométrica⁶.

Avançando-se, ainda, pretende-se verificar também a suficiência e a efetividade, em determinadas situações específicas, da remuneração variável, ou se é preciso que esteja alinhada com uma modelagem adequada de licitação⁷. O enfoque é a maximização do bem estar total do contrato, ou seja, a noção de eficiência paretiana, e não propriamente o menor preço final.

Ainda que o *framework* legislativo seja a lei brasileira, o que se discute, em última análise, são os incentivos ao contratado, na forma de um bônus condicional, visando mitigar os problemas gerados pela assimetria informativa numa relação contratual. Nesse sentido, o Código dos Contratos Públicos português prevê a atribuição de prêmios ao contratado pelo cumprimento antecipado de obras e serviços, no art. 301º. O tema, portanto, ainda que abordado a partir da dogmática jurídica brasileira, tem pertinência e interesse para além do âmbito estrito das contratações públicas brasileiras e também para além da Lei nº 12.462 e o RDC⁸.

⁶ Fernando Araújo destaca, nesse sentido, que a análise empírica é promissora no que se refere à Teoria do Contrato, “podendo conferir-lhe um grau de realismo que em parte compense o acréscimo de sofisticação teórica, fornecendo dados estatísticos e quantitativos, trazendo à consciência a sofisticação contextual da negociação na vida real, fazendo ressaltar os elementos comportamentais determinando a conduta negocial e evidenciando, até, o quanto a variedade de interesses é capaz de promover soluções que se afastam do cânone contratual elementar.” Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 1056-1057.

⁷ Ou seja, do procedimento para seleção do fornecedor. No Direito português, trata-se do procedimento de concurso público, previsto no art. 19º e seguintes do Código dos Contratos Públicos – Decreto-Lei nº 18/2008.

⁸ Não tem pertinência aqui o debate acerca da caracterização de tais contratos como “contratos propriamente administrativos” ou “contratos da Administração”. Por isso a opção pela terminologia mais ampla do “contrato público”, no sentido do ajuste celebrado por órgão ou entidade pública para contratação de bem, serviço ou obra. No Direito Brasileiro, por outro lado, não há distinção prevista em lei acerca dos contratos públicos e dos contratos administrativos, tal como se verifica no Código dos Contratos Públicos português (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro; nem tampouco a figura da “entidade adjudicante”, que é identificada como

Tem-se que os atrasos na execução de obras e serviços, bem como a elevação superveniente dos preços nos contratos públicos, via aditivos contratuais, tanto no Brasil quanto em Portugal, tornaram-se menos excepcionais do que se supõe. Em Portugal, o Tribunal de Contas, a partir das auditorias realizadas em cinco empreendimentos de obras públicas, concluiu ser “prática generalizada ... as acentuadas derrapagens financeiras (entre 25% e 295% acima dos valores contratualizados), bem como, e cumulativamente, significativos desvios de prazos (entre 1,4 e 4,6 anos a mais do que o previsto para a conclusão das obras)”⁹. No Brasil, a análise de licitações públicas em âmbito federal, que utilizam o sistema informatizado Comprasnet, aponta que, entre 2002 e 2007, no universo dos contratos de obras civis, manutenção e reforma, 33,6% sofreram aditamentos, sendo 10% aditados em fase de execução contratual inicial, representando 20% do valor total contratado. Dentre os não aditados, 61,2% foram considerados não finalizados¹⁰.

A premissa é que a principal fonte de ineficiências nas transações é a “assimétrica distribuição de informação entre as partes envolvidas nas trocas”¹¹, a partir da qual se examinam as alternativas para solução ou mitigação dos problemas que lhe são decorrentes – a seleção adversa e o risco moral, que

“administração pública”, tanto na Lei nº 8.666 quanto na Lei nº 12.462 (RDC). Ou seja, não se pretende imiscuir na disputa acerca da natureza efetivamente contratual de tais acordos celebrados entre a Administração Pública e os particulares, conforme faz notar MARÇAL JUSTEN FILHO. Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 279.

⁹ TC, *Auditoria a empreendimentos de obras públicas por gestão directa: Conclusões e Recomendações do Tribunal de Contas*, Relatório n.º 17/2009 AUDIT, Maio-2009, p. 5, disponível em https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/2s/audit-dgtc-rel017-2009-2s.pdf, acesso em 30.6.2019.

¹⁰ Eduardo P. S. Fiúza, “Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas”, in Lucia Helena Salgado e Eduardo P. S. Fiúza (Org.), *Marcos Regulatórios no Brasil: É Tempo de Rever Regras?*, Rio de Janeiro, IPEA, 2009, pp. 242-243, 247.

¹¹ Fernando Araújo, *Teoria ...* p. 199.

consubstanciam oportunismo contratual das partes¹².

Colateralmente, ainda, lançam-se luzes sobre a questão das externalidades negativas geradas pela ação ou omissão da prestação estatal, ou seja, o custo social de tais empreendimentos, tais como as resultantes da demora na conclusão de obras e serviços – construção de rodovias, de estações de metrô, de reservatórios de água, dentre outros, cujos efeitos deveriam ser englobados e computados, para fins de modelagem da licitação e do contrato público de fornecimento¹³.

Não se pretende tratar amplamente do RDC nem tampouco sustentar a constitucionalidade e a adequação, do ponto de vista jurídico, da lei instituidora¹⁴. Nem tampouco se pretende afirmar que o RDC consiste, no geral, num modelo melhor do que o regime geral da Lei nº 8.666, de 1993¹⁵; nem mesmo que a adoção da remuneração variável e da licitação por técnica e preço assegurem inequivocamente contratações mais eficientes,

¹² “Oportunismo é termo do vocabulário geral. Ganhou destaque no uso pelos economistas. Já mostramos muitas formas: a carona, o baluarte (*hold-out*), o risco moral, a seleção adversa ou antisseleção e os problemas de *agency*”. Cf. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, *Análise Econômica do Direito*, trad. Raquel Sztajn, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 221.

¹³ Nesse sentido, FERNANDO ARAÚJO destaca as ineficiências congênicas da atuação estatal, dentre as quais:

“A assimetria e insuficiência informativa que resulta da própria dimensão do Estado, e que, insensibilizando quanto às motivações do cidadão comum e quanto à sua capacidade de reagir às iniciativas estaduais, deixam a governação à mercê de perversões de resultados e de consequências inesperadas – como a degradação do parque habitacional em consequência do controle das rendas, o congestionamento dos acessos às cidades em consequência da construção de auto-estradas, ou o colapso acelerado de sistemas de saúde universais em consequência do seu carácter tendencialmente gratuito (que os fazem parecer *recursos comuns*).” Cf. Fernando Araújo, *Introdução ...*, vol. II, p. 1069.

¹⁴ Verificam-se em tramitação duas ações diretas de inconstitucionalidade em face da Lei nº 12.462, no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux – ADIn 4655 e a ADIn 4645.

¹⁵ Pode-se antever que a inadequada aplicação do RDC pode levar a resultados insatisfatórios.

nas situações descritas¹⁶. Estão fora deste estudo as concessões públicas e as parcerias público-privadas, que são disciplinadas em legislações específicas, respectivamente a Lei nº 8.987, de 1995, e a Lei nº 11.079, de 2004.

Sem embargo da tônica no incentivo para aceleração e conclusão antecipada dos serviços e obras, o trabalho pretende evidenciar que o mecanismo da remuneração variável, se bem planejado e modelado, tem condições de representar incentivo econômico significativo ao contratado, em relação a outras dimensões do objeto contratual, em termos mais gerais, com alinhamento de condutas e obtenção de resultado acima do esperado, ou seja, com otimização do contrato. Nesse sentido, a *Law and Economics* há muito adverte para a falibilidade dos deveres jurídicos, devendo-se recorrer a incentivos econômicos visando a promoção do alinhamento de interesses entre as partes contratantes¹⁷.

Diga-se logo que a relação contratual estabelecida nos *procurement contracts* consiste em típica relação de agência, desde que envolve a delegação de tarefas do principal ao agente, ou seja, a realização de atividades para as quais o adquirente contrata um fornecedor. O ponto de partida, portanto, é a delegação de tarefas a um agente que tem informação privada:

This private information can be of two types: either the agent can take an action unobserved by the principal, the case of *moral hazard* or *hidden action*; or the agent has some private knowledge about his cost of valuation that is ignored by the principal, the case of *adverse selection* or *hidden knowledge*. Incentive theory considers when this private information is a problem for the principal, and what is the optimal way for the principal to cope with it.¹⁸

¹⁶ Posto que tudo dependa do objeto específico em jogo, podendo haver outras modelagens mais apropriadas.

¹⁷ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 624.

¹⁸ Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory of Incentives: the principal-*

A literatura aborda o tema essencialmente sob o prisma da Teoria da Agência, Teoria dos Incentivos e Teoria dos Custos de Transação¹⁹.

Ressalta-se que a abordagem econômica de temas da esfera político-pública, como os *public procurement contracts*, enfrenta sempre as suscetibilidades bem expostas pela moderna *Public Choice Theory*, com raízes em JAMES BUCHANAN e GORDON TULLOCK, cujas ideias centrais são sintetizadas por FERNANDO ARAÚJO:

... desvalorização desencantada, ou mesmo cínica, dos arrebatamentos ideológicos relativos à existência, ou mesmo à necessidade, de uma ‘vontade geral’ funcionalizada à proeminência de um ‘bem comum’, tendendo antes a encarar o fenómeno político como uma confluência de interesses particulares irreconciliáveis, que o Estado se limita a gerir *marginamente* através do estabelecimento de escalas de preferências neutras a quaisquer valorações prévias – salvo porventura no que respeita a um primeiro pacto ‘constituente’ que precisamente estabeleceria o princípio do respeito pelas esferas divergentes do pluralismo social, um pacto fundador que idealmente concitaria a unanimidade quanto à aceitação da legitimidade procedimental de todas as decisões subsequentes e conformes com essa intenção ‘fundadora’, essa sucedânea da vontade do monarca que se pretende seja mais parametrizada e menos arbitrária²⁰.

Nesse sentido, a Teoria da Escolha Pública propugna que os agentes públicos, no governo, não deixam de visar a própria utilidade de suas decisões, o que não obsta que conquistem objetivos que razoavelmente atendem os cidadãos, mas somente se isto for de seu interesse pessoal também²¹. E daí o risco de

agent model, New Jersey, Princeton University Press, 2007, p. 3.

¹⁹ As citadas teorias são bem expostas por FERNANDO ARAÚJO. Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 207-222.

²⁰ Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 2ª ed., vol. II, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 1040-1041.

²¹ Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon L. Brady, *Government Failure: a primer in public choice*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 57.

captura por grupos de pressão, favorecimento, direcionamento e corrupção.

No mesmo sentido, TADELIS alude ao risco de corrupção, nos *public procurement contracts*, razão pela qual, em regra, tais contratações são precedidas de licitação (*free entry auction*)²², a possibilitar a participação ampla de potenciais fornecedores de regiões diversas, com o fim de descoberta do preço de mercado. É interessante a nota que faz acerca de que a mesma possibilidade é passível de ocorrência no setor privado, nas contratações conduzidas por agentes em empresas de grande porte²³. Os cultores da *Public Choice* sustentam que a tese não significa que o governo não consiga atingir seus objetivos e metas eficientemente e que se podem encontrar muitos casos em que estas metas governamentais foram desenvolvidas eficientemente no passado ou no presente.²⁴

Mesmo em face desse contexto difícil, a abordagem do tema afigura-se relevante, do ponto de vista da contribuição que lhe pode agregar a *Law and Economics*, bem assim pela perspectiva da utilidade prática da investigação. Com efeito, as contratações públicas têm atraído a atenção da literatura acadêmica em virtude da importância econômica. Calcula-se que as contratações públicas correspondem de 10% a 15% do produto interno bruto em países desenvolvidos²⁵. No Brasil, estudos indicam o percentual de 8,7% do PIB²⁶. Além disso, há farta literatura

²² O termo *auction* é aqui entendido como o procedimento de lance de menor preço.

²³ Steven Tadelis, “Public procurement design: Lessons from the private sector”, *International Journal of Industrial Organization*, 30, 2012, p. 297.

²⁴ Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon L. Brady, *Government Failure ...*, p. 57.

²⁵ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement Contracting with Time Incentives: Theory and Evidence”, *The Quarterly Journal of Economics*, 126, 3, August-2011, p. 1173.

²⁶ Paula Mara Costa de Araujo e Renata Gomes de Jesus, “Processo Licitatório Tipo Menor Preço e Eficiência em Compras Públicas: um Estudo de Caso”, in *XXXVII EnANPAD 2013*, Rio de Janeiro, disponível em http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf, p. 2.

sobre licitações e contratos no Brasil, predominantemente nas áreas da Ciência Jurídica e da Administração Pública; e reduzido número de estudos sob a perspectiva econômica ou da *Law and Economics*, havendo campo vasto para contribuição pela Teoria Econômica do Contrato, designadamente em face das reformas que são consensual e notoriamente necessárias no regime brasileiro de licitações e contratações públicas.

Sendo assim, sem desconsiderar os problemas evidenciados pela Teoria da Escolha Pública²⁷, fato é que o Estado necessita de insumos, serviços e obras para consecução das atividades e missões que desempenha, merecendo este campo de atuação pública a devida atenção da Teoria Econômica do Contrato, de modo inclusive a mitigar ou contornar os problemas típicos da atuação político-estatal.

A utilidade e a atualidade da discussão estão bem expostos, tanto mais porque se especula que a nova lei de licitações e contratos, que se espera há muitos anos, poderá consagrar modelo mais próximo do atual RDC, hoje adotado facultativa e excepcionalmente²⁸. A moldura jurídica, portanto, é o RDC, que está em vigor, mas não se descuida que o PL 1292/95, em tramitação no Congresso Nacional, também prevê o mecanismo da remuneração variável, razão pela qual é pertinente falar-se do referido mecanismo, independentemente do futuro do RDC²⁹.

A pretensão, portanto, é de abrir possíveis caminhos para

²⁷ Cf. Fernando Araújo, *Introdução ...*, vol. II, p. 1066: “Mais ainda, a estrutura burocrática pode estar, como referimos, dominada por ‘lógicas departamentais’ que tentam captar rendas a partir do orçamento (em especial quando faltam incentivos remuneratórios preventivos da corrupção, como ‘salários de eficiência’), ...”

²⁸ Cesar A. Guimarães Pereira, “Public Procurement – General Rules”, in Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (eds.), *Infrastructure Law of Brazil*, 3ª ed. rev. exp., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 118.

²⁹ Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526&ord=1>, acesso em

30.6.2019. Daí também a análise a partir do texto legal em vigor.

investigação, partindo-se do pressuposto de que a Teoria Econômica do Contrato e, de modo geral, a *Law and Economics*, têm muitíssimo a contribuir com as funções desempenhadas pelo Estado, especialmente na área dos *public procurement contracts*.

Três notas introdutórias ainda. Sem embargo da proposição da adoção da modalidade licitatória da técnica e preço para projetos complexos, trata-se apenas de abordá-la no contexto de aplicação do mecanismo da remuneração variável e do problema da assimetria informativa, especialmente no tocante à relação entre o “custo de aceleração” e o tempo de execução da obra ou serviço. Sendo assim, não é objeto deste estudo o desenho do leilão (considerando que a licitação é uma forma de leilão ou *auction*).

Reitera-se que eventual revogação do RDC não compromete a relevância e a atualidade do presente estudo, que tem como moldura jurídica a Lei nº 12.462 mas vai além, propondo-se a examinar o processo de contratação pública sob a perspectiva dos incentivos econômicos. Sendo assim, a referência aos dispositivos legais presta-se tão-somente a evidenciar que há respaldo legal para as conclusões aqui expostas.

Em face do contexto inicial de aplicação do RDC no Brasil e com a ressalva de que o presente trabalho não tem por fito estudo de caso específico, indaga-se se eventuais atrasos na conclusão das obras de infraestrutura dos megaeventos desportivos que ocorreram no Brasil, ao menos em parte, não se deveram à escolha inadequada pelo critério de julgamento do menor preço ou pela não adoção de remuneração variável condicionada à conclusão antecipada de obras e serviços³⁰. Não se pretende

³⁰ Dado o escopo do presente trabalho, faz-se referência a apenas um edital de licitação acessado - PROJETO EXECUTIVO E DA EXECUÇÃO DAS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA REFORMA, AMPLIAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DO TPS, ADEQUAÇÃO DO SISTEMA VIÁRIO DE ACESSO E AMPLIAÇÃO DO PÁTIO DE AERONAVES PARA O AEROPORTO INTERNACIONAL PINTO

responder a esta pergunta, dado o escopo do presente trabalho. Os atrasos e sobrepreços que vêm sendo identificados em determinadas contratações de obras e serviços vultosos, contudo, são o pano de fundo da presente investigação.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO: A LEI Nº 8.666, DE 1993 E A LEI Nº 12.462, DE 2011

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, consistia, originariamente, em disciplinamento específico para situações transitórias e excepcionais de contratação pública de bens, obras e serviços, visando a realização da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, a afastar a aplicação da lei geral – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), esta última editada para regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição Federal brasileira. O contexto que justificou a medida legislativa foi a urgência nas contratações das obras de infraestrutura dos referidos eventos desportivos³¹.

Fato é que foram acrescentadas hipóteses para aplicação do RDC, posteriormente, que o converteram em regime permanente para contratação pública de bens, serviços e obras de engenharia, nas hipóteses elencadas no art. 1º e 47-A.

Segundo BOCKMANN MOREIRA e GUIMARÃES, trata-se de norma geral-especial, na medida em que configura uma norma geral de licitações públicas e uma norma especial em relação às demais leis sobre licitações públicas³². Nesse sentido,

MARTINS, FORTALEZA/CEARÁ – SBFZ, disponível em http://licitacao.infrero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalleLicitacao?idLicitacao=46696.

³¹ Renato Monteiro de Rezende, *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011*, Textos para Discussão, 100, Agosto-2011, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011, pp. 6-8, disponível no sítio eletrônico do Senado Federal (www.senado.leg.br).

³² Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública: A*

“each procuring agency will create its own procedure on a case-by-case basis, using the models and formats offered by the RDC rules”³³. Por sua vez, o RDC apresenta-se como nova modalidade licitatória, para além do elenco do art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos brasileira), que estabelece tipos fechados de processo administrativo licitatório, na medida em que se distinguem, não apenas no número de interessados, nos valores das contratações ou momento da habilitação (anterior ou posterior), sendo essencial o tipo de processo administrativo a ser instaurado como pressuposto para a futura contratação³⁴.

A propósito, a opção pelo RDC resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993, exceto nos casos expressamente previstos na Lei nº 12.462, o que consta expressamente do seu art. 1º, § 2º. E mais adiante consigna, no art. 39, que “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.”³⁵ Vale ressaltar ainda a lição de JUSTEN FILHO acerca do rompimento com modelos licitatórios anteriores, inclusive no tocante à “margem de autonomia marcante para que a disciplina procedimental seja delineada pela autoridade administrativa,

Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 39.

³³ Cesar A. Guimarães Pereira, “Public Procurement ...”, p. 119.

³⁴ Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública ...*, pp. 355-356.

³⁵ Nesse sentido, o afastamento da incidência da lei geral evidencia o caráter de norma geral da lei do RDC, “porquanto a contrariedade das normas gerais pelas legislações específicas constituiria uma ofensa direta às regras de repartição de competências previstas na Constituição da República.” Cf. Fedra Teixeira Gonçalves Simões de Lyra, *Fundamentos e Limites dos Regimes Excepcionais aos Contratos Públicos – um enfoque na discricionariedade conferida ao Administrador Público ao advento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 88.

respeitados certos parâmetros gerais”³⁶.

O denominado RDC traz inovações consideradas relevantes por economistas que se dedicam ao estudo dos *public procurement contracts*, tais como a inclusão de mecanismos de incentivos e garantias e a flexibilização de modalidades de licitação, merecendo destaque o orçamento sigiloso (sigilo do preço de referência), a contratação integrada e a ampliação das hipóteses de aplicação do critério de julgamento “técnica e preço”³⁷.

Há certamente muitas lacunas e desafios que precisam ser enfrentados e que podem frustrar os propalados objetivos da lei instituidora do RDC, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Nesse sentido, tanto a Lei nº 12.462, de 2011, quanto o seu regulamento, o Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, são sucintos no disciplinamento do mecanismo de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado. Tais lacunas ou incompletudes, contudo, podem converter-se em oportunidades de maximização do bem estar total dos contratos, no sentido da contratação ótima, sob a inspiração da Teoria Econômica do Contrato. Nessa linha parece trilhar, a propósito, o Tribunal de Contas da União, que atua como órgão de fiscalização e controle externo da administração pública federal:

... incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. ... Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida³⁸.

Acerca dos propalados riscos da ampliação da margem

³⁶ Marçal Justen Filho, *Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*, São Paulo, Dialética, 2013, p. 19.

³⁷ Eduardo P. S. Fiuza, “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Contratações Públicas”, *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 19, 2012, IPEA, disponível em www.ipea.gov.br, pp. 8 e 18.

³⁸ Voto condutor do Acórdão 306/2013 – Plenário.

de discricionariedade do gestor público, conferida pelo RDC, vale destacar uma evidência empírica: a Lei nº 8.666, de 1993, caracterizada pela exaustiva e detalhada procedimentalização (“hiperlegalização”), aprovada no contexto dos escândalos de corrupção que vieram a público no mandato do primeiro Presidente da República eleito após a redemocratização, que pretendia extirpar a corrupção do âmbito das licitações e contratos públicos, limitando a margem de discricionariedade do gestor público, notoriamente não teve sucesso neste mister³⁹.

Registra-se que desde a promulgação da Lei nº 8.666, em 1993, gradualmente foram subtraídas do seu âmbito de aplicação inúmeras hipóteses e procedimentos específicos de contratação pública, primeiramente com a ampliação das hipóteses de dispensa previstas no art. 24⁴⁰; depois com legislações específicas – a Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.984, de 1995); a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.742, de 1997), que estabeleceu a modalidade de licitação denominada pregão; a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 2004); a Medida Provisória nº 2.026, de 2000, que estende o pregão para toda a administração pública federal e para os demais entes federativos, por meio da Lei nº 10.520, de 2012; e finalmente o RDC (Lei nº 12.462, de 2011).

Remanescem no campo de aplicação da lei geral, assim, grande parte das aquisições de bens e contratação de serviços e obras, inclusive de engenharia, que visam dar suporte à atuação estatal direta. Vem daí os problemas, consoante já acentuado, dado que a lei geral é excessivamente focada em procedimentos

³⁹ E a evidenciar novamente a perspectiva da Teoria da Escolha Pública, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO sustenta que o desenvolvimento do processo legislativo que culminou na Lei nº 8.666, de 1993, aponta para o objetivo velado de beneficiar “empreiteiras emergentes — ou seja, as empreiteiras de médio porte já estabelecidas no mercado e que aspiravam chegar a patamares mais elevados.” *Apud* Rafael Vêras de Freitas, *Análise ...*, pp. 11-12.

⁴⁰ Inicialmente eram 15 hipóteses; atualmente, são 35.

e formalidades. Veja-se, por exemplo, que o Brasil tem o maior número de requisitos de habilitação ao licitante que pretende participar de licitação pública, numa amostra de diversos países⁴¹. Diga-se logo que a habilitação não é a fase de concorrência entre os licitantes, propriamente. É uma etapa eliminatória que diz respeito a condições de participação, mas que são essencialmente formais⁴².

Consoante bem reconhece JUSTEN FILHO, em recente entrevista concedida à Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), até para compra de água mineral, atualmente, há órgão público que exige amostra prévia à contratação, visando garantir ao menos que seja potável, porque os excessivos requisitos de habilitação nem sempre são suficientes nem adequados para garantir a qualidade dos bens e serviços contratados⁴³.

2. A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL AO CONTRATADO

A previsão da contratação com remuneração variável vinculada ao desempenho consta do art. 10 da Lei nº 12.462⁴⁴, que contempla as variáveis relacionadas à execução do serviço ou obra que podem ser objeto do incentivo e, por consequência,

⁴¹ Eduardo P. S. Fiuza, “Licitações ...”, p. 240.

⁴² Vale a nota de que as exigências de habilitação foram mantidas no RDC, de acordo com o art. 14 da Lei nº 12.462, que faz referência aos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 1993. A única inovação, neste aspecto, foi a inversão de fases – no RDC, a regra é que a habilitação seja posterior à etapa de apresentação de proposta e julgamento.

⁴³ Disponível em https://youtu.be/Pi4_CDx8MHs (ENAP Entrevista).

⁴⁴ Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.” A redação proposta pelo texto atual do PL 1292/95 é a mesma, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>, acesso em 3.7.2019.

geradoras do pagamento do bônus - metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega – que precisam estar expressa e objetivamente identificados no edital e no subsequente contrato.

A modalidade é aplicável para obras e serviços, inclusive de engenharia, sendo nota característica que parte da remuneração paga pela administração pública ao contratado advém do desempenho, aferível por meio dos parâmetros ora elencados. Trata-se de mecanismo de sanção premial ao contratado, um bônus, para além da remuneração fixa⁴⁵. O citado mecanismo tem previsão idêntica na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (parcerias público-privadas), art. 6º, § 1º. Também as concessões de rodovias federais a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) adota mecanismos semelhantes (primeiramente o Desconto de Reequilíbrio e mais tarde o Acréscimo de Reequilíbrio), desde 2008⁴⁶. Ainda mais recentemente, tem-se notícia da previsão do Fator A (incremento em caso de conclusão antecipada de obras) pela ANTT.

Nada obstante críticas no sentido de que referido mecanismo trata a inexecução contratual como um evento corriqueiro⁴⁷, parece-nos mais lógico compreender que a remuneração variável consiste num *plus* (ou também num *minus*)⁴⁸ e, por

⁴⁵ Rafael Wallbach Schwind, “Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)”, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, 56, outubro-2011, disponível em <http://www.justen.com.br/newsletters/56/>, p. 4.

⁴⁶ Adolfo Luiz Souza de Sá, Enilson Medeiro Santos e Anísio Brasileiro, “Remuneração variável conforme desempenho e o Programa Brasileiro de Concessões de Rodovias Federais”, in *XVIII Congreso Panamericano de Ingeniería de Tránsito, Transporte y Logística (PANAM 2014)*, Santander, Espanha, tópico 6, disponível em https://www.researchgate.net/publication/267610401_Remuneracao_variavel_conforme_desempenho_e_o_Programa_Brasileiro_de_Concesoes_de_Rodovias_Federais.

⁴⁷ Renato Monteiro de Rezende, *O Regime ...*, pp. 26-27.

⁴⁸ Mais adiante trataremos deste ponto específico, qual seja, que a remuneração

consequência, decorre e justifica-se pelo *plus* ou *minus* em termos de execução, de acordo com o fator eleito, para além das cláusulas sancionatórias, aplicáveis na hipótese de descumprimento contratual. Significa dizer, em outras palavras, que a fixação de metas não dispensa o contratado do cumprimento de seus deveres contratuais – prazos, obrigações em geral, qualidade etc⁴⁹.

Vale ressaltar que o mecanismo da remuneração variável tem aplicabilidade também na hipótese da contratação integrada, que é uma inovação do RDC, tratando de nova modalidade para execução indireta de serviços e obras de engenharia, estampada no art. 9º da lei⁵⁰, e que dispensa a elaboração prévia de projeto básico pela administração pública, incluindo no objeto contratual a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, § 1º). Na definição de JUSTEN FILHO, “... consiste em

variável, como incentivo, sob a perspectiva econômica, pode consistir em bônus ou desconto, o que parece ser admitido pelo texto legal, ao contrário do que propõe SCHWIND, em trecho exposto a seguir.

⁴⁹ Rafael Wallbach Schwind, “Remuneração ...”, p. 4.

⁵⁰ “Art. 9º, § 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”. Vale ressaltar que a Lei nº 8.666, de 1993, contempla outras modalidades para execução indireta de serviços e obras de engenharia, dentre elas a empreitada integral, que é mais restrita do que a nova modalidade da contratação integral do RDC, porque não contempla as etapas anteriores à execução da obra, ou seja, a concepção e os projetos básico e executivo. “It should be noted that the integral work is similar to Turn-key contracts. In view of this similarity, it is customary to refer to contracts executed under the integral work system as Turn-key contracts”. Cf. Rodrigo Goulart de Freitas Pombo, “Construction Contracts in Brazilian Law and the Standard International Model Contracts”, in Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (eds.), *Infrastructure Law of Brazil*, 3ª ed., rev. exp., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 367.

modalidade de empreitada cuja pactuação não é antecedida de projeto básico, incumbindo ao particular formular proposta para conceber as soluções apropriadas, elaborar o projeto básico e executivo e promovê-lo⁵¹. Trata-se de modelagem do tipo *design-and-build contract*⁵².

2.A O PRÊMIO POR CUMPRIMENTO ANTECIPADO NO ÂMBITO PORTUGUÊS

Já foi dito que o Código dos Contratos Públicos português (CCP) prevê, sob outra denominação, o pagamento de uma espécie de bônus ao contratado, pelo cumprimento antecipado do contrato, no art. 301º. É de ver que, no domínio das empreitadas de obras públicas, a previsão já constava do Decreto-Lei nº 36917, de 1948, para hipóteses muito excepcionais, o que deveria ser reconhecido por despacho do Ministro das Obras Públicas. No referido diploma, consignava-se a possibilidade de concessão destes prêmios pecuniários por cada dia de antecipação dos prazos estabelecidos para a conclusão dos trabalhos. O Decreto-Lei nº 48871, de 1969, que aprovou o primeiro Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, e outros que o sucederam, previam também este prêmio. O Decreto-Lei nº 59/99 não continha esta disposição. No seu art. 233º, nº 5, contudo, dispunha que “o prêmio relativo à conclusão da obra só se pagará, no prazo de 44 dias, após da data da recepção provisória”, resultando grande controvérsia sobre a existência de cobertura legal ou não, a partir de então⁵³. A questão foi resolvida com o

⁵¹ Apud Marco Antonio de Santana, *Licitação e Publicidade: um olhar sobre o regime diferenciado de contratações*, Curitiba, CRV, 2014, p. 122.

⁵² Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts”, *RAND Journal of Economics*, 32, 3, Autumn-2001, p. 389.

⁵³ Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 671-672.

atual CCP.

Para arrematar este ponto, destaca-se que o CCP não contempla limites quanto ao valor nem traz critérios de determinação do montante do prêmio⁵⁴, havendo espaço para livre estabelecimento entre as partes e para alinhamento com a Teoria Econômica do Contrato, o que ficará claro nos tópicos a seguir. MARCELLO CAETANO, sem aludir expressamente a incentivo econômico, constrói seu raciocínio neste conceito da Ciência Econômica:

Claro que tal estímulo há-se de constituir uma representação no espírito do empreiteiro das vantagens que lhe resultariam da conquista dos prêmios.

Logo de início o empreiteiro dará balanço aos encargos do esforço, extraordinário, assim solicitado, em comparação com o lucro dos prêmios.

A aceleração dos trabalhos para a redução do prazo normal só pode ser obtido à custa de maiores investimentos do empreiteiro: aumento da quantidade e potência da maquinaria empregada, aumento do pessoal técnico e operário, aumento do número de horas de trabalho com os correspondentes encargos de pagamento de horas extraordinárias, melhoria de organização com estudos mais apurados das técnicas a empregar, etc ...

Tudo isto implica, cuidadosa ponderação e minucioso planejamento, pois, de contrário, o empreiteiro sairia do ritmo normal (e mais não lhe é pedido) com sacrifício inútil dos seus interesses⁵⁵.

O aprofundamento desta previsão no CCP português não é possível no presente estudo. Mas a existência do prêmio por cumprimento antecipado, que corresponde à remuneração variável prevista no Direito brasileiro⁵⁶, evidencia a amplitude e

⁵⁴ Jorge Andrade da Silva, *Código* ..., pp. 672-673 rodapé 671.

⁵⁵ Marcello Caetano, "Empreitadas de obras públicas", in *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, Ática, 1974, pp. 406-407. CAETANO relata ainda que igual disposição foi prevista no Direito Administrativo francês, por meio da circular de 25 de agosto de 1913. Cf. mesma obra, p. 405.

⁵⁶ Remuneração variável focada na redução do tempo de execução.

pertinência do presente estudo, para além do Regime Diferenciado de Contratações Públicas brasileiro. Indica também que futuros desdobramentos investigativos podem ser empreendidos, focando especialmente no Direito português, tanto mais porque a utilização deste incentivo desde 1948 abre ensejo para investigação empírica.

2.B AS TEORIAS ECONÔMICAS E OS INCENTIVOS NOS PROCUREMENT CONTRACTS

Cumpre esclarecer que os *procurement contracts* têm sido estudados há décadas. Entre a década de 1980 e 1990 do século passado, já eram abordados sob a perspectiva do problema de agência, em que o contratante deveria “desenhar” um mecanismo contratual para revelação dos custos, informação esta que somente o fornecedor (agente) teria. O mecanismo poderia funcionar com a oferta ao fornecedor de projetos potenciais variados à sua escolha, o que levaria à revelação de seus custos – o “menu de contratos” de LAFFONT e TIROLE⁵⁷.

É relevante registrar que a deficiência informativa é pressuposto de toda e qualquer relação contratual⁵⁸, acentuando-se nas relações típicas de agência, tais quais os *procurement contracts*. Assim também nas contratações públicas (tanto ou mais).

Independentemente do objeto contratual, haverá sempre o problema subjacente da deficiência informativa, porque a coleta de informação, assim como o acabamento contratual, tem custos não desprezíveis (custos de transação), o que leva as partes a suspenderem, em determinado momento, a recolha de

⁵⁷ *Apud* Steven Tadelis, “Public procurement ...”, p. 298. FERNANDO ARAÚJO alude que o modelo possibilitaria um mecanismo ótimo nas relações de agência, mas que é impraticável, dada a sofisticação. Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 286 e 615.

⁵⁸ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 151.

informações e as estipulações contratuais⁵⁹. Conforme destaca FERNANDO ARAÚJO, a insuficiência informativa pode ser resolvida por dois caminhos – ou o contrato sobrevive ao inacabamento informativo bilateral ou à assimetria informativa unilateral, ou não sobrevive e é extinto. O problema é que, em sobrevivendo, “a relação contratual pode ficar gravemente debilitada pela insuficiência informativa, quando ela se manifesta na inobservabilidade e na inverificabilidade das condutas devidas.”⁶⁰

O simples ato de delegar pode gerar o acesso ao agente a informações que não estão disponíveis para o principal e podem tornar-se “conhecimento privado” (*private knowledge*) para o agente – “the exact opportunity cost of this task, the precise technology used, and how good the matching is between the agent’s intrinsic ability and this technology”⁶¹. Estamos a falar da *adverse selection*, que é descrita como “a principal-agent problem in which the agent has private information about a parameter of his optimization problem”⁶². A seleção adversa (ou *screening*, auto-seleção, anti-seleção), efeito da assimetria informativa do contratante (*procurer*), consiste na oferta de condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais, dada a ignorância acerca de características dos potenciais parceiros e suas intenções. Manifesta-se de inúmeras formas, desde a escolha de parceiros até a compatibilização de incentivos e a definição dos termos contratuais⁶³. ARAÚJO sintetiza a seleção adversa:

... em situações de informação imperfeita em que a assimetria informativa privilegia os vendedores e os compradores têm que dar o ‘salto no escuro’ de se comprometerem contratualmente a partir da sua posição de relativa ignorância, é natural que não

⁵⁹ Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 281-282.

⁶⁰ Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 282-283.

⁶¹ Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory ...*, p. 28.

⁶² Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory ...*, pp. 28-29.

⁶³ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 285.

saibam diferenciar qualitativamente os produtos que lhes são oferecidos, e que essa diferenciação só lhes seja facultada pela experiência directa dos produtos na satisfação das suas necessidades económicas, ou seja *após* a compra, quando já não é remediável a má compra que tenham feito⁶⁴.

Sucede que as condições iniciais já não são medianas para a ‘metade pior’ que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratar⁶⁵.

MACKAAY e ROUSSEAU mencionam o típico contrato de seguro, em que o segurador, em razão da falta de informação, ou por outras razões, cobra indistintamente o mesmo prêmio de grupos que oferecem riscos diferentes, o que encoraja os piores riscos a aderirem ao plano de seguro, omitindo essa condição, enquanto que os melhores riscos são afastados, porque preferem a distinção que tende a resultar em prêmio inferior.⁶⁶ LAFFONT e MARTIMORT aludem a transações públicas que podem exemplificar os problemas informativos decorrentes da *adverse selection*: “the Department of Defense procures a good from military industry without knowing its exact cost structure”⁶⁷.

A seleção adversa é bem descrita por AKERLOF, quando trata do mercado de carros usados nos EUA – os *lemons*, onde conclui que os carros bons serão expulsos do mercado em virtude dos *lemons*:

... bad cars drive out the good because they sell at the same price as good cars; similarly, bad money drives out good because the exchange rate is even. But the bad cars sell at the same price as good cars since it is impossible for a buyer to tell

⁶⁴ Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 2ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, p. 728.

⁶⁵ Fernando Araújo, *Teoria...*, p. 285.

⁶⁶ Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, *Análise ...*, p. 136.

⁶⁷ Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory...*, p. 29.

the difference between a good and a bad car; only the seller knows⁶⁸.

A seleção adversa não é o único problema imaginável resultante da assimetria informativa. Agentes aos quais foram delegadas tarefas podem escolher condutas que afetam os interesses do principal e a eficiência do ajuste. Trata-se do problema do *moral hazard* (risco moral), que consiste na perda de algumas habilidades pelo principal para controlar as ações não observáveis do agente⁶⁹. Sendo reconhecido como um problema universal, o *moral hazard* tende a acentuar-se nas relações de agência, consistindo no uso estratégico de informação exclusiva que o agente detém, na medida em que os objetivos visados pelo contrato dependam fundamentalmente de conduta sua, podendo este manipular as condições em que cumpre seus deveres contratuais, mais especificamente o grau de esforço e alinhamento, privando o principal da informação que o levaria a detectar este desvio de curso⁷⁰.

Se a seleção adversa respeita às assimetrias informativas que se reportam a variáveis exógenas (não manipuláveis pela parte que se beneficia da assimetria informativa), o *moral hazard*, por sua vez, diz respeito à assimetria informativa que toca a uma variável endógena, manipulável pela parte que se beneficia da assimetria⁷¹.

Trata-se assim do *gap* informativo entre o principal e o agente, que tem implicações fundamentais para o desenho do contrato. Mais especificamente no que toca às relações de agência, a assimetria informativa impede a perfeita comunicação entre agentes e entre estes e o principal e leva a atitudes de risco

⁶⁸ George A. Akerlof, “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, 84, 3, Aug-1970, p. 489.

⁶⁹ Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory ...*, p. 145.

⁷⁰ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 287.

⁷¹ Fernando Araújo, *Teoria...*, pp. 286-287.

moral ou de duplo risco moral, de dolo e conluíus, além dos efeitos de descoordenação e de não-cooperação, dentre outros problemas⁷².

A principal aplicação da Teoria da Agência e da Teoria dos Incentivos é no âmbito das relações laborais, abrangendo, para além, todo o conjunto de contratos nos quais se registram, em maior ou menor grau, os problemas genuínos de agência^{73,74}. A premissa é que o desligamento da remuneração do agente dos ganhos da relação implica a escolha racional, por este último, do nível mínimo de esforço. Em sentido contrário, portanto, se o principal quiser mais do que isso, deverá maximizar os ganhos do agente.

A noção de *incentivo* está na base da Ciência Econômica, sendo-lhe reconhecido o efeito de condicionar a conduta do agente econômico sem lhe subtrair a liberdade, vez que representam para ele o “valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua *motivação* para agir”⁷⁵.

No tocante aos contratos, o que propõe a *Incentive Theory* é o alinhamento de incentivos através da generalização de um ambiente de confiança e a promoção da partilha de objetivos acompanhada da convicção de reciprocidade⁷⁶. E tende a focar atenção às soluções de eficiência, à possibilidade de uma “contratação ótima”, o que se materializa nas cláusulas contratuais suscetíveis de incentivar o agente a adotar o melhor plano de ação e a minimizar os custos na realização da tarefa para a qual foi contratado⁷⁷. Simplificadamente, portanto, interessa o grau

⁷² Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 283.

⁷³ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 598.

⁷⁴ A noção é mais ampla do que a de representação no Direito Civil. Cf. Edjan Mackaay e Stéphane Rousseau, *Análise ...*, p. 21.

⁷⁵ Fernando Araújo, *Introdução ...*, vol. I, p. 62.

⁷⁶ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 603.

⁷⁷ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 615.

de esforço que os incentivos contratuais podem gerar ou não. Por isso o principal tem interesse em propor ao agente uma remuneração variável em função dos ganhos verificados, ou seja, uma remuneração parcialmente atrelada aos resultados. Por um lado, a remuneração tem que ser capaz de induzir o agente a escolher o nível de esforço adequado aos interesses do principal. De outra parte, o contrato não deve privar o agente de uma utilidade que seja pelo menos igual à correspondente à inexistência do contrato⁷⁸.

A literatura propugna, assim, lançar mão de mecanismos que levem o agente a revelar informações estratégicas ao principal. Consegue-se isto com o *information rent* cedido ao agente pelo principal, que em geral tem custo para o último. O custo da informação é acrescido do custo de execução da tarefa⁷⁹.

A Teoria dos Incentivos visa equacionar problemas decorrentes de um conjunto de situações em que se confrontam interesses de eficiência e ‘captura de rendas’⁸⁰. Os esforços unilaterais de captura de renda na relação contratual, ou seja, a intencional sabotagem do contrato, comprometem a intenção maximizadora de bem estar paretiana (captura de bem-estar *versus* captura de renda)⁸¹. O *rent-seeking* refere-se a toda e qualquer situação em que há dissipação de recursos na disputa pelas contrapartes por valores suscetíveis de captura:

Consiste no esforço de transformação de recursos comuns em recursos privados, individualmente apropriados – uma transformação não isenta de custos, mormente quando ela é contestada e não é presidida por critérios normativos de adjudicação que sejam universalmente aceites, o que por si só determina uma dissipação ‘friccional’ dos ganhos em jogo⁸².

⁷⁸ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 602.

⁷⁹ Jean-Jacques Laffont e David Martimort, *The Theory ...*, p. 29.

⁸⁰ Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 599-600.

⁸¹ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 56.

⁸² Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 57. E complementa: É esse menosprezo dos ‘custos

ARAÚJO esclarece ainda que:

... a própria “Teoria da Agência” advertiu-nos contra as dificuldades inerentes ao estabelecimento de incentivos baseados em remunerações fixas, dado o risco moral inerente à diversidade e à complexidade de tarefas e à inobservabilidade da participação individual em contributos colectivos em empresas de grande dimensão⁸³.

... dir-se-á que o “problema da agência” é o de assegurar que um agente possa alcançar o resultado mais favorável para o principal, aplicando esforço parcial ou totalmente inobservável, o que normalmente se alcançará com incentivos que representem uma partilha dos ganhos do principal com o agente, ou seja com uma remuneração parcialmente associada aos resultados⁸⁴.

À luz deste contexto contratual, propõem-se *mechanisms designs* para incentivo ao contratado⁸⁵. ARAÚJO afirma que o tema da otimização do contrato refere-se, ao fim e ao cabo, ao problema do estabelecimento de um “mecanismo de revelação”, que gere transparência entre as partes, reduzindo a assimetria informativa e aumentando a observabilidade recíproca; ou, em alternativa, incrementando a verificabilidade visando a hetero-tutela⁸⁶.

A observabilidade, com efeito, diz respeito à revelação entre as partes de informações relevantes para a execução dos

de transacção’ que faz com que o esforço de ‘rent-seeking’ seja ineficiente, globalmente infrutífero (porque meramente redistributivo) e dissipador de recursos. Cf. mesma obra, p. 57.

⁸³ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 979.

⁸⁴ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 602.

⁸⁵ FERNANDO ARAÚJO esclarece que o *mechanism design* é uma “designação ampla que pretende abranger as diversas respostas que têm sido tentadas para a assimetria informativa e para o risco de colapso de mercado que ela representa, nos mais diversos domínios ...”. Logo em seguida, ARAÚJO ressalta que a importância do *mechanism design* tende a diluir-se com o alongamento das relações contratuais, precipuamente porque “os compromissos longos incentivam os investimentos específicos, facilitam a gestão inter-temporal do risco e concedem mais oportunidades de aprendizagem e de partilha da informação.” Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, ps. 559 e 561.

⁸⁶ Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 557.

deveres contratuais. A verificabilidade, por sua vez, corresponde à revelação de informações perante um terceiro – um julgador, um árbitro, um adjudicador, tendo em conta que um dos objetivos principais da formalização de um contrato é o acesso a um terceiro para dirimir eventuais litígios – a solução de autoridade, quando a cooperação não é otimizadora⁸⁷.

Como regra geral, o *procurer* deve incentivar todas as dimensões mensuráveis da qualidade do bem, serviço ou obra, que possam fornecer informações sobre o grau de esforço e conduta do contratado⁸⁸. É recomendável que todas as dimensões observáveis e verificáveis da qualidade⁸⁹, relativamente a determinado objeto contratual – qualidade aqui entendida amplamente como as especificações e características necessárias do bem, serviço ou obra – estejam expressamente previstos contratualmente e sejam acompanhados de incentivos específicos. Sendo dimensões verificáveis são também contratáveis, propugnando-se que sejam expressamente especificadas no contrato⁹⁰. No caso das contratações públicas, tais especificações serão o parâmetro para aferição da adequação do objeto entregue ou fornecido, às quais corresponderão penalidades, para a hipótese de descumprimento. Sendo assim, a penalidade, em si, também representa um incentivo econômico ao contratado (um “desincentivo”, a rigor).

A modelagem do contrato nem sempre é tarefa simples, porque o reforço do incentivo em dimensões de melhor mensurabilidade, por exemplo, pode resultar no sacrifício de outras dimensões da qualidade, mesmo que sejam importantes para o

⁸⁷ Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 666-667.

⁸⁸ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 96.

⁸⁹ O atributo da verificabilidade, consoante dito acima, com efeito, está relacionado à verificação por terceiro.

⁹⁰ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 86.

contratante⁹¹. O exemplo do contrato de fornecimento de computadores combinado com os serviços de manutenção e assistência parece interessante, quando se afirma que o contratado tenderá a desempenhar melhor a tarefa de entrega dos equipamentos em comparação com a assistência técnica, que tende a ser mais demorada e custosa. E que o desmembramento de tais tarefas em contratos distintos pode implicar o reforço dos incentivos ao segundo, ou seja, ao contrato de prestação dos serviços de manutenção e assistência⁹² que, inclusive, tem componentes de menor observabilidade em relação ao fornecimento dos equipamentos.

Ainda que o escopo não seja o controle de custos, há pertinência em referir as modalidades alternativas aos contratos de incentivo⁹³, que são os contratos de preço fixo e os contratos de reembolso de custos, visando sinalizar as implicações e efeitos dos incentivos remuneratórios na relação contratual. O contrato de preço fixo (*fixed-price contracts*) contém preço previamente fixado. Por sua vez, no contrato de custo acrescido (*cost-plus contract*), não há fixação de preço e o contratante reembolsa ao contratado os custos, acrescidos de uma taxa estipulada⁹⁴. Os últimos não têm remuneração previamente fixada, mas dependem de ocorrências ao longo da execução, sob a responsabilidade do contratado. Há variações do contrato de preço fixo, como os “fixed-price contracts with economic price adjustment (FPCPAs)”,

⁹¹ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 97.

⁹² G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 97.

⁹³ “Analogous incentive contracts can also be used to stimulate quality provision of the good/service rather than cost reduction. In this case, an IC normally specifies a base payment P for minimum performance q_{\min} (e.g., shipping the good within a certain date), typically a quality measure, and additional higher target levels q_1, \dots, q_n with corresponding bonuses B_1, \dots, B_n so that if target q_i is reached (delivery takes place x_i days before the deadline), the buyer pays an additional bonus B_i . Cf. G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 93.

⁹⁴ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus ...”, p. 389.

que levam em conta as flutuações nos preços dos insumos (mão de obra e materiais) usados pelo contratado, geralmente reajustados por índices previamente definidos. A lógica é reduzir o risco do contratante⁹⁵.

BAJARI e TADELIS demonstram que o contrato com remuneração por preço fixo representa um incentivo *ex ante* significativo na redução de custos, que dissipam *ex post* os excedentes devido à renegociação em condições de assimetria informativa. Por outro lado, incentivos baixos, correspondentes à remuneração de acordo com o custo (*cost-plus contracts*), não tem este efeito, mas desencorajam o esforço para redução de custos⁹⁶. ALBANO *et al*, por sua vez, ressaltam a inadequação do *fixed-price contract* nas situações em que a variável técnica seja inverificável, exatamente em virtude do incentivo para redução do custo numa situação de ausência de condições de verificação da preservação da qualidade⁹⁷. E afirmam que o contrato de preço fixo adequa-se a projetos de menor complexidade e baixo nível de incertezas, ou seja, para bens e serviços padronizados⁹⁸ (bens e serviços comuns, para fazer referência à nomenclatura adotada no âmbito das licitações públicas brasileiras), o que também é confirmado por BAJARI e TADELIS, isto porque os projetos mais simples são mais facilmente “desenhados”, ou seja, o objeto do contrato pode ser bem e detalhadamente descrito sem elevado custo de transação pela contratante, o que tende a reduzir também a necessidade de adequações *ex post*⁹⁹. Exige-se, ademais, que as penalidades tenham o peso necessário para dissuadir o contratado de atitudes oportunistas que comprometem

⁹⁵ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 90.

⁹⁶ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus ...”, p. 388.

⁹⁷ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 92.

⁹⁸ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 90.

⁹⁹ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus ...”, p. 389.

a qualidade¹⁰⁰.

Vale explicitar a noção de projetos de maior complexidade e elevado nível de incertezas:

A project's contractual incompleteness will generally depend on whether the type of project is susceptible to unforeseen changes. To capture project heterogeneity, I define a project's complexity as how expensive it is to provide a more complete set of plans and contingencies. The more complex a project is, the more expensive it will be to try and prevent contractual incompleteness¹⁰¹.

Distingue-se da ideia dos projetos de maior complexidade, os projetos simples (bens, serviços e obra padronizados):

We argue that simple projects, which we define as easy to design with little uncertainty about what needs to be produced, ought to be procured using fixed-price contracts, should be accompanied by high levels of design completeness (to prevent the need for adaptations), ...¹⁰²

Ainda que as modalidades acima referidas tenham foco predominante no controle do custo, evidenciam, desde logo, as vantagens e desvantagens de cada opção, bem como suas características, a indicar que para cada tipo de objeto contratual e a depender de circunstâncias específicas, haverá modelagem mais adequada em termos de eficiência e fomento à cooperação entre as partes.

Ademais, é no cotejo entre a estrutura remuneratória fixa e a variável é que se podem examinar os efeitos resultantes de cada uma.

¹⁰⁰ “Clearly, in order to deter the contractor from opportunism, penalties have to be high enough relative to the value of the contract; otherwise they have no bite in preventing quality reduction on the part of contractors.” Cf. G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 90.

¹⁰¹ Steven Tadelis, “Public procurement design ...”, p. 298.

¹⁰² Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives and award procedures: competitive tendering versus negotiations in procurement”, in Nicola Dimitri, Gustavo Piga e Giancarlo Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 124.

O essencial aqui é perceber que a remuneração fixa nem sempre é a mais satisfatória em termos de eficiência, considerando os objetivos, finalidades e prioridades que se tem em mente. Com efeito, o contrato de preço fixo é adequado quando se tratar de objeto contratual de menor complexidade e baixo nível de incertezas – bens, serviços e obras padronizados.

Conforme orienta o *US Federal Acquisition Regulations* (FAR, 16.402-4): “a properly structured multipleincentive arrangement should motivate the contractor to strive for outstanding results in all incentive areas”¹⁰³. Ou seja, se se tratar de um arranjo de múltiplos incentivos bem estruturado, a tendência é que o contratado busque resultados positivos em todas as áreas de incentivo.

Outra nota importante é que cada tipo de contrato está associado a diferentes custos de gerenciamento, o que precisará ser sempre levado em conta na escolha e modelagem. Os custos de gerenciamento dizem respeito às atividades necessárias para verificação da fiabilidade dos custos contabilísticos do contratado, para medição dos diferentes níveis de qualidade, para avaliar e aplicar penalidades, e no geral, para monitorar a conformidade com os termos especificados no contrato. Contratos mais complexos tendem a ter custos de gerenciamento maiores¹⁰⁴.

Desponta a ideia, portanto, de que devem haver incentivos específicos para determinadas condutas desejáveis do contratado, dentre elas o cumprimento das obrigações no menor tempo possível (se isto for efetivamente significativo), o controle de custos e de qualidade, a dissuasão da faculdade de renegociação, mitigação da assimetria informativa e do risco moral¹⁰⁵.

¹⁰³ *Apud* G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 97.

¹⁰⁴ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, pp. 86-87.

¹⁰⁵ Não se deve desconsiderar a possível complexidade da definição de metas relacionadas ao tempo e ao custo, tanto mais em projetos complexos. Nesse sentido,

2.C A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL VINCULADA À CONCLUSÃO ANTECIPADA DOS SERVIÇOS E OBRAS

Há situações em que o menor prazo para execução e finalização de obras e serviços, inclusive de engenharia, é um aspecto de peso significativo na contratação e nas obrigações estabelecidas à contraparte executora; em alguns casos, aspecto essencial, seja porque há urgência do ponto de vista social¹⁰⁶ seja porque a execução do objeto contratual, por si, gera externalidades negativas significativas¹⁰⁷. É possível pensar-se, por exemplo, na urgência da conclusão do serviço de reconstrução parcial de uma ponte, danificada durante uma tempestade, que está a impedir o acesso dos utentes a um porto de escoamento de produção agrícola.

LEWIS e BAJARI abordam especificamente os serviços de manutenção de rodovias, ressaltando as externalidades negativas geradas para os utentes da autoestrada, consistentes nos engarrafamentos e aumento do tempo de deslocamento, que apontam para a importância da redução do prazo para conclusão dos serviços. A modelagem examinada impõe ao empreiteiro a internalização destas externalidades, pela via dos incentivos. Veja-se:

For example, US 101 is an important highway through Silicon

BAJARI e TADELIS citam trabalho de ASHLEY e WORKMAN, segundo o qual somente é possível propor metas de custo e cronograma quando já foram executados de 40-60% da obra. Cf. Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus ...”, p. 390. Entende-se que este contraponto é necessário, mas não inviabiliza a tarefa nem os benefícios da instituição dos incentivos ao contratado ora delineada.

¹⁰⁶ Hipótese que é referida por MARCELLO CAETANO, a propósito. Cf. Marcello Caetano, “Empreitadas ...”, p. 406.

¹⁰⁷ As externalidades negativas e os custos de transação são a base do Teorema de Coase, a propósito, que deu origem à *Law and Economics*. Para aprofundamento, Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, October 1960.

Valley, carrying over 175,000 commuters per day. If a highway construction project results in a 30-minute delay each way for commuters on this route, the daily social cost imposed by the construction would be 175,000 hours. Valuing time at \$ 10 an hour, this implies a social cost of \$ 1,75 million per day¹⁰⁸.

Trata-se, sem dúvida, de perspectiva mais ampla de análise do processo de contratação pública, que leva em conta o custo social total, para além do menor preço a ser pago pela administração pública e da qualidade dos serviços e materiais empregados¹⁰⁹. Com efeito, na ocorrência das externalidades negativas na produção de bens e serviços, o custo social, que se traduz no custo que essa produção acarreta para a sociedade, é superior ao custo privado (custo para os produtores), na medida em que o custo social corresponde ao somatório do custo privado mais o valor da externalidade negativa. Ao ressaltar especificamente a externalidade negativa consistente nos impactos ambientais, FERNANDO ARAÚJO afirma:

No fundo, o esforço de internalização visa a melhoria de eficiência ambiental que o mercado dos produtos não promove espontaneamente, procurando fazer coincidir o equilíbrio social com o equilíbrio privado, ou seja fazendo com que a eficiência privada se alinhe com a eficiência social – encaminhando aquela em direção desta com o mínimo de custo “friccional” e de imposição de normas (aproveitando as regras básicas da propriedade, da responsabilidade civil e penal, dos seguros, do direito público da regulação e da privatização etc.)¹¹⁰.

Num contrato público convencional, albergado pela Lei nº 8.666, de 1993, a solução tende a ser a fixação de prazo máximo para a conclusão da obra, no projeto básico, com a previsão

¹⁰⁸ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1174.

¹⁰⁹ O *social welfare* ou bem estar social é calculado a partir da fórmula que reflete o valor social total da rodovia (construção, ampliação ou manutenção, de acordo com o objeto contratual), do qual se subtraem os custos privados do contratado e o custo social decorrente dos serviços (externalidades negativas). Cf. Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, pp. 1180-1181.

¹¹⁰ Fernando Araújo, *Introdução ...*, vol. II, pp. 943-945.

de penalidades, inclusive multa (fixada com base em percentuais fixos sobre o valor do contrato), para a hipótese de descumprimento.

Pode-se prospectar duas possíveis alternativas, nessa situação. Na primeira, o contratado cumpre o prazo contratual, considerando a previsão de aplicação de penalidades por descumprimento de obrigação contratual. Isto se a penalidade efetivamente tiver peso significativo, conforme evidenciam ALBANO *et al*¹¹¹. Ou seja, se o valor da penalidade for superior ao que o contratado eventualmente pode economizar com o descumprimento contratual¹¹². Nesse sentido, são também as constatações de LEWIS e BAJARI, em relação às contratações convencionais que são examinadas, em que há a estipulação de “desincentivos” na forma de *liquidated damages*¹¹³:

But in standard highway contracts, contractors have poor incentives to internalize this externality. For example, highway contractors in California are given relatively generous deadlines, and even then are only penalized with damages of up \$40,000 a day if late. Given these weak incentives, it is likely that the observed completion times will inefficiently slow¹¹⁴.

Outra alternativa de conduta a considerar é mesmo a prorrogação do prazo final. Com efeito, o contratado, que se sujeitou às condições propostas pela administração pública no procedimento de seleção do proponente (em regra, a licitação pública), inclusive no tocante ao cronograma e prazo máximo para

¹¹¹ “The penalty imposed must be such that it is convenient for the contractor to supply the quality promised at the selection stage rather than violate the contract and save money.” Cf. G.L. Albano *et al*, “Procurement ...”, p. 85.

¹¹² Nota breve aqui sobre os efeitos reputacionais das penalidades no âmbito da administração pública federal brasileira, para além dos efeitos financeiros imediatos, tendo em vista que são obrigatoriamente inscritas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), no âmbito do COMPRASNET. O assunto é tratado como “incentivos reputacionais” geradores de expectativa de lucros futuros pelos fornecedores. Cf. ALBANO *et al*, “Procurement contracts ...”, p. 116.

¹¹³ Para aprofundamento, Fernando Araújo, *Teoria ...*, pp. 919 ss.

¹¹⁴ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1174.

conclusão dos serviços, em seguida, na fase de execução, escudando-se em hipótese autorizadora da prorrogação dos prazos contratuais (por fatores não imputáveis ao contratado), pleiteia o aditivo contratual e o reequilíbrio econômico-financeiro daí decorrente, em típica conduta de oportunismo contratual¹¹⁵. *Mutatis mutandis*, é o que expõem BAJARI e TADELIS ao falar do contrato de preço fixo e o forte incentivo para redução de custo, cujo superávit pode ser dissipado em renegociações posteriores. Esta perda de eficiência seria devida ao regateio sobre os preços por parte do fornecedor que deseja usar a necessidade de mudanças em sua vantagem¹¹⁶.

De fato, o contexto das contratações públicas é problemático por essência, ao se detectar que envolve transações em que um dos jogadores tem recursos ilimitados, aprioristicamente, o que parece abrir ensejo ao persistente oportunismo da contraparte, quase um convite ao abuso irrestrito e contínuo. Vale a nota de que o art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, ao elencar hipóteses justificadoras da prorrogação de prazos contratuais, por fatos não atribuíveis ao contratado, pode acabar por abrir margem para conduta de oportunismo contratual pelo

¹¹⁵ A respeito dos aditivos para aumento do valor contratado, o panorama é preocupante no cenário das licitações públicas em âmbito federal, segundo FIUZA: “Este problema assume contornos dramáticos no Brasil. Em minha amostra de obras civis, manutenções e reformas contratadas pelo governo federal e registradas no Compras-Net (contratos assinados entre 2002 e 2007), pude notar que 10% dos contratos foram aditados num intervalo de tempo (medido entre a data do início da vigência do primeiro aditamento de valor de acréscimo e a data de assinatura do contrato) menor ou igual a 8,4% do período inicial do contrato (medido como a diferença entre a data de final da vigência original do contrato e a data de assinatura do contrato). Pior: esses contratos representaram mais de 20% do valor inicial contratado da amostra (distribuição ponderada) – ver tabela 4. Além disso, 20% dos contratos são aditados com menos de um terço do período original do contrato decorrido. Isso quer dizer que cerca de 10% dos contratos são aditados com menos de 10% do período contratual decorrido, e 20% com menos de um terço decorrido.” Cf. Eduardo P. S. Fiuza, “Licitações ...”, pp. 247-248.

¹¹⁶ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives and award ...”, p. 124.

fornecedor, com brecha para a renegociação de prazos acompanhada de reequilíbrio econômico-financeiro^{117,118}.

Estas possíveis condutas do contratado, a propósito, só vem em reforço dos já tratados problemas gerados pelo desnivelamento informativo, que compromete a eficiência do ajuste, o que fica claro no exemplo exposto por ALBANO *et al*:

Suppose the penalty for not providing what was promised on a certain quality dimension is €100, and that there are three competing suppliers, A, B and C, who can save €20, €90, €150, respectively by providing less than the promised quality. While A and B always prefer delivering what was promised, C does not since it could earn €50 if it violates the contract. However, if the buyer could in some ways learn such costs, she could fix the penalty at €160 and induce all suppliers to keep promises^{119,120}.

¹¹⁷ “Art. 57. ... § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorram algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.”

¹¹⁸ No tópico 4 aborda-se a tecnologia do *blockchain* e os *smart contracts*, que podem automatizar a execução contratual e reduzir a discricionariedade humana. Pode-se perscrutar se, no futuro, terão condições de mitigar o oportunismo contratual e outros problemas típicos da relação contratual.

¹¹⁹ G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 86.

¹²⁰ Aqui, *a priori*, um caso típico de incumprimento ineficiente, decorrente de *moral hazard*. Nesse sentido, FERNANDO ARAÚJO bem distingue a sanção contratual por incumprimento, ou a ocorrência de motivos de invalidade do contrato ou de isenção

Conforme relatam LEWIS e BAJARI no trabalho supra citado, cujo panorama é semelhante no cenário das contratações públicas brasileiras:

In the United States however, procurement contracts are typically awarded to the lowest qualified bidder who can meet a prespecified delivery data. This does not allow for competition over completion time or other dimensions of quality. It follows that it may be possible to increase social welfare by using an alternative procurement mechanism¹²¹.

No melhor cenário, portanto, não havendo incentivo positivo, “there is no bonus for being early”¹²², razão pela qual não haverá esforço correspondente do contratado para antecipação da conclusão do serviço ou obra.

Nesse contexto, LEWIS e BAJARI examinam a modelagem experimentada pelo Departamento de Transportes do Estado da Califórnia (Caltrans), consistente em contrato que prevê expressos incentivos correspondentes ao tempo de execução. O mais sofisticado, segundo eles, é o leilão de pontuação (*scoring auction*), chamado *A+B Bidding*, em que as propostas de preço e tempo (A e B) são apresentadas separadamente – a primeira em valor monetário e a segunda em dias necessários para execução do serviço. Se a administração pública entender que a proposta de tempo não é exequível, solicita ao licitante a apresentação de cronograma do projeto para avaliação, antes da assinatura do contrato¹²³. Os concorrentes são classificados a partir do somatório de pontos das propostas de preço e de tempo, sendo vencedor o licitante com o menor valor resultante. O peso do fator “tempo”, na proposta B, funciona como uma forma de internalização pelo contratado das externalidades negativas geradas a

do devedor, em relação ao oportunismo contratual que tem origem nos “problemas de agência”, a integrar o conceito de má fé. Cf. Fernando Araújo, *Teoria ...*, p. 578.

¹²¹ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1173.

¹²² Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1181.

¹²³ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1178.

terceiros (os utentes da autoestrada), em decorrência do tempo de execução do objeto contratual, com a função de transferir o custo social para o contratado – “the time weight ... acts like a tax”¹²⁴.

O contratado, destarte, é remunerado consoante preço definido na licitação, descontados os danos avaliados pelo atraso (incidência do “desincentivo”), correspondentes ao valor da externalidade negativa¹²⁵. Ao longo da execução, desconsideram-se os dias em que não foi possível dar prosseguimento aos serviços, por razões não imputáveis ao contratado (fatores climáticos ou uma greve, por exemplo), decorrendo daí que o cronograma inicial é adaptado ao longo da execução¹²⁶. O contratado também pode receber um incentivo em forma de remuneração (bônus) para concluir os serviços ou obra em tempo ainda menor do que se propôs no certame licitatório.

LEWIS e BAJARI mencionam que a adoção deste modelo de concurso público para seleção do contratado levou à redução em 60% no tempo estimado para as obras e que a elevação do custo é bastante inferior à economia em termos de externalidades negativas aos utentes das rodovias¹²⁷. Destacam ainda uma conclusão importante, no sentido de que os incentivos ao contratado geram efeitos positivos significativos, independentemente de serem ótimos. Ou seja, as incertezas ou dificuldades em calcular o adequado nível de incentivos não deve evitar o seu uso¹²⁸. Os estudos também concluíram que pequenas reduções do tempo não têm custo elevado e demandam incentivos

¹²⁴ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1174.

¹²⁵ No estudo em análise, a externalidade negativa considerada é o atraso aos usuários em decorrência das obras, que pode, contudo, ser substituída ou somada à outra, como por exemplo, o custo à população pela não existência da rodovia. Cf. Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1179.

¹²⁶ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1178.

¹²⁷ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1175.

¹²⁸ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1210.

igualmente reduzidos. De outro lado, grandes reduções de tempo exigem incentivos ampliados¹²⁹, podendo-se sustentar, portanto, a importância de que os incentivos sejam adequados e compatíveis com o esforço necessário para redução do tempo de conclusão da obra ou serviço. Na comparação entre incentivos menores e incentivos maiores nos contratos da Caltrans, o que é particularmente relevante em cenários de restrição do orçamento público, o estudo evidencia que os ganhos na redução dos efeitos das externalidades são bem próximos, seja com adoção de incentivos (bônus) mais polpudos ou menos, justificando-se portanto a adoção do mecanismo mesmo na segunda situação¹³⁰. Ou seja, não é preciso, segundo os estudiosos, que o bônus e o desconto correspondam efetivamente ao valor das externalidades negativas para que funcionem como incentivo ao contratado. E que estes incentivos são importantes especialmente na situação em que a reputação do fornecedor tem efeitos limitados no tocante a contratações futuras¹³¹.

A modelagem contratual em exame traz subjacente a ideia do pagamento de um bônus para o caso em que o contratado concluir os serviços e obras antes do prazo estabelecido. No Direito brasileiro, a figura que dá cobertura jurídica à esta solução é a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado; no Direito português, o prêmio por cumprimento antecipado. A questão é bem apreendida por MARCELLO CAETANO, que relaciona a previsão do prêmio por antecipação com o incitamento a um esforço extraordinário da parte do empreiteiro a fim de abreviar o prazo:

Ganhar os prêmios é o móbil da actuação do empreiteiro ao encontro do desejo que a Administração formula de dispor da obra pronta antes do prazo reputado normal. Isto é: sendo o

¹²⁹ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1175.

¹³⁰ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1175.

¹³¹ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1210.

abreviamento da conclusão da obra do interesse do credor (Administração) procura-se que passe a ser também do interesse do devedor (empreiteiro)¹³².

Sem pretender propor fórmula para cálculo da remuneração variável visando a conclusão antecipada de serviços e obras, tem-se que os esforços do contratado para aceleração das obras e serviços tendem a resultar no aumento dos custos de execução, especialmente quando se exija redução significativa do prazo de conclusão¹³³, ainda que o relacionamento entre “custo de aceleração” e tempo de execução seja bastante complexo¹³⁴. O contratado, assim, tem a administrar o dilema de planejar a conclusão da obra no menor tempo possível, visando beneficiar-se da parcela variável e, simultaneamente, fazer frente ao tendente aumento dos custos finais. Tem-se, portanto, que o contratado tem ciência, no momento da participação no concurso público ou na apresentação da proposta, ou deveria ter, dos custos envolvidos para a conclusão dos serviços e obras no tempo proposto. Sendo assim, não há que se falar em reequilíbrio econômico-financeiro nesta situação; não com este fundamento – dos eventuais “custos de aceleração”¹³⁵.

Registro importante é que o estudo de LEWIS e BAJARI envolve modelagem específica de licitação (proposta de preço + proposta de tempo de execução), além do incentivo posterior relacionado ao cumprimento e redução dos prazos propostos¹³⁶. Sendo assim, há correspondência parcial com o mecanismo de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado,

¹³² Marcello Caetano, “Empreitadas ...”, pp. 406-407.

¹³³ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1175.

¹³⁴ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1184.

¹³⁵ Isto quer dizer que os chamados “custos de aceleração” estão diluídos nos custos projetados pelo fornecedor. Não há destaque para tais custos. A referência aqui serve apenas para evidenciar que, em tese, a realização de serviços e obras em tempo menor tende a elevar os custos totais.

¹³⁶ Gregory Lewis e Patrick Bajari, “Procurement contracting ...”, p. 1179.

tão-somente no que toca ao bônus e ao desconto. Daí, portanto, que não se pode estender automaticamente as conclusões do citado estudo para o mecanismo da remuneração variável, na medida em que o *A+B Bidding* é uma solução mais ampla do que a remuneração variável.

O estudo de caso trazido por LEWIS e BAJARI, contudo, tem pertinência inequívoca com o presente trabalho, a sinalizar a relevância do estabelecimento de incentivos ao contratado visando condutas “ótimas”, podendo-se entender, portanto, que o mecanismo de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado está alinhado com tal orientação, na perspectiva da Teoria Econômica do Contrato, assim como o Código dos Contratos Públicos português que, no art. 301º, prevê que “o contraente público pode atribuir ao cocontratante prêmios por cumprimento antecipado das prestações objeto do contrato”.

É sustentável assim que, diante da necessidade de realização da obra ou serviço no menor tempo possível, o que precisa ser bem avaliado pelo *public procurer*, deve-se lançar mão do mecanismo da remuneração variável levando o contratado à realização de esforço adicional nesse sentido.

Tendo em conta o que foi exposto no tópico anterior, acerca dos contratos de incentivo, em contraposição e comparação com os contratos de preço fixo, reiterando-se a ressalva de que ambos focam prioritariamente no controle de custos, pode-se propor que a remuneração variável, como regra, serviria melhor a projetos de média e alta complexidade. Assim também no tocante ao aspecto temporal. Com efeito, projetos simples – com reduzida assimetria informativa e baixo nível de incertezas e da necessidade de adaptações supervenientes, *a priori*, que podem ser bem e suficientemente descritos pela administração pública, inclusive a estimativa de custos de produção, a baixos custos de transação – podem ser eficientemente executados na modelagem tradicional – com remuneração fixa e preestabelecida, em regra

por meio de licitação de menor preço. O mecanismo da remuneração variável, assim, pode ser interessante e necessário para projetos de maior complexidade e grau de incertezas, onde também haverá maiores custos de transação e maior incidência de assimetria informativa, geradores dos problemas acima expostos, exaustivamente abordados pela literatura econômica.

O valor da remuneração variável, para além, não parece irrelevante. Daí poder-se sinalizar como condição essencial, sob uma perspectiva teórica, que o valor da remuneração variável deve ser superior ao incremento do custo que terá o contratado para aceleração das obras e serviços¹³⁷. Se for igual, o incentivo da remuneração variável ficará neutralizado pelo incremento do custo. Em outras palavras, se o bônus pela aceleração das atividades de execução (com a conseqüente redução do número de dias para conclusão da obra ou serviço) for inferior à elevação do custo para tal, pode-se prospectar que os efeitos daí decorrentes não levarão à maximização do bem estar total.

Num exercício elucubratório, pode-se projetar as condutas que possivelmente seriam adotadas pelo contratado, não sendo nenhuma delas satisfatória, em termos de eficiência contratual, *a priori*¹³⁸. Na hipótese em que o bônus oferecido na forma da remuneração variável pela aceleração do serviço ou obra tenha valor inferior ao custo para tal, o contratado não realizará esforço adicional nenhum nessa direção, porque tende a ganhar menos do que gastaria¹³⁹. Uma segunda hipótese, que nos

¹³⁷ Os ora denominados “custos de aceleração”, com as ressalvas já expostas sobre a fluidez de tais custos, são aqui agregados sob esta rubrica tão-somente em perspectiva teórica.

¹³⁸ Lembrando-se sempre que se trata de investigação teórica.

¹³⁹ Este primeiro raciocínio, de base teórica, ampara-se no que expõe a literatura acerca dos incentivos nos *procurement contracts*. Exemplifica-se com os desincentivos representados pelas penalidades, acima expostos. Penalidades de valor inferior à economia gerada com o incumprimento representam incentivo ao descumprimento, conforme trecho citado (nota de rodapé 111).

parece mais provável, tendo em vista que a remuneração variável efetivamente representa um incentivo, é que o contratado promoverá os esforços necessários à conclusão antecipada da obra ou serviço, mas como não fez incluir no preço contratado o custo necessário para fazer frente a tais despesas adicionais, pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro, dadas as hipóteses previstas legalmente, em conduta de oportunismo contratual¹⁴⁰. Numa terceira hipótese, ainda, o contratado adotará a conduta necessária para receber a remuneração variável, com a aceleração do ritmo da obra ou serviço, mas tenderá a sacrificar dimensões da qualidade dos serviços e materiais, de menor observabilidade e verificabilidade, especialmente se não incluiu no preço final os custos adicionais decorrentes¹⁴¹.

Em síntese parcial, portanto, o mecanismo da remuneração variável ao contratado representa o arcabouço legal necessário para estabelecimento de incentivo para conclusão antecipada de obras e serviços, por meio do pagamento de parcela variável e proporcional. Em comparação, o regime geral contempla incentivo para realização do objeto contratual de acordo com os parâmetros contratualmente exigidos. Não há incentivo para além disto. E há, sem dúvida, situações que evidenciam a relevância da conclusão do objeto contratual, no menor tempo possível, destacadamente nas situações de alto custo social

¹⁴⁰ A base legal está na Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: ... II - por acordo das partes: ... d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

¹⁴¹ Dentre outros, quem trata desta questão das dimensões da qualidade de menor observabilidade e que tendem a ser sacrificadas pelo contratado é ALBANO *et al.* Cf. G.L. Albano *et al.*, “Procurement contracting ...”, p. 90.

(externalidades negativas).

Vale ressaltar que o Tribunal de Contas da União, em decisão plenária – Acórdão nº 1541/2014-Plenário, relativa ao edital de licitação para obras de dragagem no Porto de Santos/SP, fez recomendar ao órgão a adoção da remuneração variável, no RDC, como bônus pela conclusão antecipada de serviços¹⁴².

Alerta-se que para a prática cotidiana dos gestores públicos sempre será necessário, na fase de planejamento da licitação e contratação, serem avaliadas as circunstâncias específicas envolvidas – o setor, os potenciais fornecedores, o custo de produção, os insumos e serviços envolvidos, a diversidade de metodologias, tecnologias e técnicas, os custos de gerenciamento do contrato, dentre outros – visando o *procurement mechanism* mais adequado para cada objeto contratual, ou seja, a melhor composição de incentivos visando a maximização do bem estar total e visando reduzir a incidência do oportunismo contratual durante a execução¹⁴³.

Em perspectiva teórica, ainda, questiona-se se para projetos de maior complexidade técnica e tecnológica e maior grau de incertezas e de assimetria informativa, a remuneração variável é suficiente e adequada. É por isto que o próximo tópico

¹⁴² Na situação em que o edital estabelecia que, em havendo antecipação pelo contratado do prazo de 12 meses para a elaboração dos projetos e execução da limpeza prevista na fase 1, o contratado seria contemplado com prazo de manutenção dos canais de 36 meses ao invés de 24 meses. Ou seja, uma espécie de bônus na forma de prorrogação da vigência dos serviços de manutenção prestados pela contratada. O TCU determinou verificar se não seria mais adequado lançar mão efetivamente do mecanismo da remuneração variável nesta situação. Cf. acórdão disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%20MACORDA-DAO:1541%20ANOACORDAO:2014%20COLEGI-ADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDA-OINT%20desc/0/%20.

¹⁴³ “All costly activities related to the management of an incentive contract constitute in fact transaction costs. Sizeable transaction costs may undermine the feasibility of incentive contracts.” Cf. G.L. Albano *et al*, “Procurement contracting ...”, p. 96.

tratará da modelagem da licitação que, alinhada ao incentivo da remuneração variável, poderá levar a melhores resultados em termos de eficiência da contratação. Daí a justificativa para a inversão da abordagem das questões no presente estudo – primeiramente o mecanismo da remuneração variável e somente agora, como consequência das reflexões até agora realizadas, abordar o tipo de licitação adequada para seleção do fornecedor, em determinadas hipóteses.

3. A MODELAGEM DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Dentre os inúmeros desafios que devem ser enfrentados pelo *procurer* está a forma de seleção e de adjudicação do contrato dentre os potenciais fornecedores do bem, serviço ou obra, de modo que resulte na contratação de um fornecedor com a qualificação necessária para implementação de um produto final satisfatório¹⁴⁴.

Consoante dito anteriormente, a estimativa de custos e de prazos num projeto simples é tarefa possível e exequível ao contratante, o que parece tornar-se progressivamente mais difícil à medida em que o projeto ganha complexidade, nos moldes já delimitados¹⁴⁵. Nesse contexto, a opção pela licitação de técnica e preço pode ser adequada e necessária, para além da remuneração variável, a indiciar a eventual insuficiência ou mesmo inadequação desta última, por si só, sob uma perspectiva teórica, sobretudo nos contratos referentes a projetos em que o grau de incertezas seja elevado e a assimetria informativa, acentuada.

O regime geral de licitações e contratos públicos brasileiro elenca diversos critérios de julgamento para a licitação – menor preço, técnica e preço, melhor técnica, maior lance ou

¹⁴⁴ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives and award ...”, p. 122.

¹⁴⁵ As noções de projeto simples e projeto complexo foram expostas no tópico 2.B.

oferta (art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993). O menor preço é regra, tendo em vista que os demais critérios são aplicáveis para hipóteses mais restritas, consoante artigos 45 e 46. O RDC, por sua vez, amplia o âmbito de aplicação do critério da técnica e preço, para além de serviços de natureza predominantemente intelectual, no art. 20 da Lei nº 12.462¹⁴⁶.

Sobre o quanto a assimetria informativa pode comprometer a eficiência do ajuste, numa situação hipotética, se a administração pública definir prazo superior ao que seria necessário, não caberá ao contratado nenhum esforço adicional a não ser aquele que normalmente faria (um esforço abaixo do ótimo), beneficiando-se, de outro lado, de acréscimo remuneratório injustificado. Ou seja, cria-se artificialmente uma ideia de incremento da eficiência e o preço final fica mais elevando (parcela fixa mais bônus). Por outro lado, se o edital definir prazo inferior ao necessário, será provável a prorrogação da vigência e do prazo final para conclusão dos serviços e obras (revelando-se inócuo o incentivo remuneratório) ou, o que é pior, que o contratado sacrifique outras dimensões da qualidade dos serviços e obras,

¹⁴⁶ “Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório.

§ 1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos:

I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou

II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.” Vale registrar que também o texto atual do PL 1292/95 vai nessa linha, de alargamento das hipóteses de adoção da técnica e preço (atual art. 36, III da Subemenda Substitutiva Global Reformulada de Plenário, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>, acesso em 3.7.2019.

visando o bônus. Também em relação ao valor da remuneração variável na comparação com os “custos de aceleração”, consoante já exposto, pode haver cálculo equivocado.

Há outras possibilidades fáticas a ventilar, como a situação em que o contratado envida todos os esforços para cumprir o prazo estreito fixado pela administração, até porque as penalidades previstas são pesadas, e acaba comprometendo a saúde financeira da empresa, situação muito comum entre os fornecedores públicos¹⁴⁷.

Em contraponto, BAJARI e TADELIS expõem que há pouca evidência de que, no momento da celebração do contrato (antes do início da execução), as partes tenham, cada qual, um nível de informação superior à outra, na medida em que ambos, administração pública e licitantes, compartilham de dúvidas e incertezas a respeito do projeto, culminando com a ideia de que os problemas de tais contratações são posteriores – da fase de execução, e não anteriores à celebração¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cf. Eduardo P. S. Fiuza, “Licitações ...”, p. 264: “No exterior, é gigantesco o número de empresas contratadas por licitação para projetos de obras e que pedem falência. Nos Estados Unidos, entre 1990 e 1997, foram mais de 80 mil empreiteiras, deixando inacabadas obras que montavam a mais de US\$ 21 bilhões. Se os custos legais de liquidação dessas falências variam de 7,5% a 20% dos valores protestados, os custos indiretos, como atrasos, são ainda maiores (ENGEL et al., 2006).”

¹⁴⁸ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives versus ...”, p. 388. Acredita-se que a conclusão, em vista das razões aduzidas, podem estar mais relacionadas com projetos de grande complexidade, tanto que, em seguida, os autores elencam uma série de modificações não previstas que podem impactar a execução. Em projetos em que a deficiência informativa bilateral seja significativa, ou seja, nem contratante nem contratado tem condições de prever o grande número de variáveis geradoras de adaptações supervenientes no ajuste, é possível ventilar-se outros desenhos que tornem o ajuste mais maleável e menos custoso para renegociações futuras. Nesse sentido, falou-se acima dos *cost-plus contracts* e dos contratos de reembolso de custos. Também a modalidade do “diálogo competitivo”, que consta do texto atual do PL nº 1292/95 (art. 32, IV, art. 35 e art. 36, III), disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>, prevista no Código de Contratos Públicos português com a designação de “diálogo concorrencial”, poderá reduzir os problemas ínsitos às contratações de objetos complexos, consoante definição adotada

A licitação competitiva (*competitive sealed tender*) é amplamente reconhecida como mecanismo adequado por diversas razões, tanto mais nas contratações públicas, considerando o imperativo da ampla participação (impessoalidade, isonomia, probidade administrativa), visando “the best value for money”, ou seja, o melhor produto com o menor preço¹⁴⁹. No RDC, a licitação de menor preço realizada por meio eletrônico segue as regras do pregão (art. 13, § 2º do Decreto regulamentador nº 7.581, de 2011), com apresentação inicial das propostas de preço e subsequente etapa de lances sucessivos e decrescentes, que se aproxima do leilão do tipo holandês (*Dutch Auction*)¹⁵⁰. O RDC prevê ainda os modos de disputa aberto¹⁵¹, fechado¹⁵² e combinado¹⁵³.

A licitação pública contempla o incentivo para que os competidores não inflacionem seus preços, pelo contrário,

neste trabalho. O espraiamento nessa direção, contudo, foge do escopo do presente trabalho.

¹⁴⁹ A licitação pública é uma espécie de leilão (*auction*). Dado o escopo do presente trabalho, contudo, não haverá aprofundamento na Teoria dos Leilões nem em como os diversos tipos de leilão levam a resultados diversos em termos de formação do preço, ainda que se sustente que o problema das compras por leilão seja, na essência, um problema de assimetria informativa. Cf. Marcos Nóbrega, “Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 30, abril-maio-junho-2012, Salvador, Bahia, p. 5.

¹⁵⁰ Marcos Nóbrega, “Novos marcos ...”, p. 23.

¹⁵¹ Decreto 7.581: “Art. 18. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.”

¹⁵² “Art. 22. No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação.”

¹⁵³ “Art. 24. Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma: I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.”

tendem a reduzir custos para apresentar o menor lance e resultar vencedores, revelando-se instrumento adequado para descoberta de preços de mercado. E ainda, tanto na seara pública quanto privada, tende a reduzir o conluio entre o agente responsável pela contratação e os fornecedores, na oferta de propina e outros benefícios ao primeiro, visando favorecer indevidamente o segundo. Nesse sentido é que o *Federal Acquisition Regulations* (FAR) norte-americano prescreve fortemente a utilização da licitação para contratações públicas nos EUA¹⁵⁴.

Também nas contratações públicas brasileiras a regra é a licitação pública, consoante disposição constitucional (art. 37, XXI)¹⁵⁵. A doutrina jurídica refere-se, a propósito, ao princípio constitucional da licitação pública. Na doutrina portuguesa, NUNO RODRIGUES acentua que os objetivos da contratação pública são diversos e envolvem os princípios da não-discriminação, da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência, visando concretizar o *value for money*¹⁵⁶.

MANELLI e VINCENT destacam que o leilão pode ser eficiente em determinados contextos de deficiência informativa, mas problemático em outros. Exemplificativamente, quando há dúvida sobre a qualidade do bem ou serviço, a escolha pelo preço levará à seleção dos mais pobres bens ou serviços¹⁵⁷.

Em nosso ver, se o “desenho do projeto” for de relativa

¹⁵⁴ Patrick Bajari e Steven Tadelis, “Incentives and award ...”, p. 122.

¹⁵⁵ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁵⁶ Nuno Cunha Rodrigues, “Contratação pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, 8, 32, out-dez-2017, p. 132.

¹⁵⁷ Alejandro M. Manelli e Daniel R. Vincent, “Optimal Procurement Mechanisms”, *Econometrica*, 63, 3, maio-1995, p. 591.

simplicidade, possibilitando à administração pública descrever suficientemente as especificações e parâmetros técnicos e de qualidade do serviço ou obra, bem assim as técnicas e tecnologias a serem empregadas e o custo estimado deste conjunto, estamos a falar de bens e serviços padronizados, comuns. Não há que se falar em licitação de técnica e preço, nessa hipótese, *a priori*.

No entanto, em se tratando de projeto de alta complexidade técnica e tecnológica, com acentuado grau de incertezas, que envolvam os requisitos descritos nos incisos I e II do § 1º do art. 20 da Lei nº 12.462¹⁵⁸, pensa-se que a adoção de licitação do tipo técnica e preço, conjugada com o mecanismo da remuneração variável, torna-se necessária, *a priori*, vez que proporcionará concorrência também em relação à dimensão de qualidade que se pretende alcançar predominantemente¹⁵⁹, para além de funcionar como mecanismo de revelação de informações estratégicas pelos potenciais fornecedores.

Com efeito, se a administração pública contratante não tem condições de estimar adequadamente os custos envolvidos para execução do projeto nem especificá-los adequadamente, inclusive os prazos de execução, seja porque (i) se trata de objeto de natureza predominantemente intelectual, (ii) envolve inovação técnica ou tecnológica ou (iii) pode ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado –, tende a ser deficiente também o cálculo da remuneração variável vinculada à conclusão antecipada de obras e serviços, da estimativa de preço e dos prazos para execução. Daí se poder cogitar, inclusive, que a efetividade da remuneração variável vinculada à redução do tempo de conclusão da obra ou serviços, em determinadas situações, pode ficar comprometida, em

¹⁵⁸ Dispositivo transcrito na nota de rodapé 146.

¹⁵⁹ Eduardo P. S. Fiuza, “Licitações ...”, p. 250.

virtude do critério de licitação escolhido pela administração pública.

Mais especialmente, não se deve olvidar que, a depender do tipo de licitação realizada para escolha do contratado, dentre os critérios autorizados no RDC (art. 18 da lei)¹⁶⁰, não se agrega incentivo para revelação do prazo mínimo compatível para execução do objeto pelos licitantes (dentre outras informações essenciais que configuram “informação privada”), cabendo todo o esforço em tal definição temporal à administração pública, que não detém suficiente *expertise* para tal, ou se detém, considerando-se a hipótese de projetos de maior complexidade técnica ou tecnológica, certamente tem menos informações do que os potenciais fornecedores¹⁶¹.

Nesse sentido, veja-se que o citado art. 20 da Lei nº 12.462 autoriza o emprego da licitação de técnico e preço

¹⁶⁰ “Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

- I - menor preço ou maior desconto;
- II - técnica e preço;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - maior oferta de preço; ou
- V - maior retorno econômico.”

¹⁶¹ RAFAEL VÉRAS DE FREITAS alude à elevação dos custos de transação da contratação pública nessa situação, abordando também algo que não é explorado no presente estudo, qual seja, o incentivo para o insuficiente planejamento da contratação por parte da administração pública contratante, representado pela prerrogativa de alteração unilateral do contrato. Cf. Rafael Vêras de Freitas, *Análise ...*, p. 23. No âmbito da administração pública federal, há normativos editados pelo então Ministério do Planejamento, no sentido de exigir do gestor público o adequado e tempestivo planejamento das contratações públicas, tais como: a Instrução Normativa MP/SLTI nº 4, de 11 de setembro de 2014, disponível em <https://www.governodigital.gov.br/sisp/ncti-nucleo-de-contratacoes-de-tecnologia-da-informacao/in-4-instrucao-normativa-mp-slti-no-4-2014>; a Instrução Normativa MP/SEGES nº 5, de 25 de maio de 2017, disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/imagens/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>; e a revogada Instrução Normativa MP/SEGES nº 1, de 29 de março de 2018, <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/861-pgc-in>.

“quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes”¹⁶². No caso em exame, trata-se da dimensão temporal do objeto.

Ainda que num contexto um pouco diverso – da prévia determinação normativa pelo menor ou maior preço –, as críticas dirigidas por SÉRVULO CORREIA ao “automatismo absoluto ou cego”, nas adjudicações, e seus efeitos perversos, encaixam-se perfeitamente à análise ora empreendida. Com efeito, sustenta que privar deliberadamente a administração de qualquer faculdade de apreciação é um perigo, porque nem sempre o interesse financeiro é o único a ser considerado:

E embora o estabelecimento de um preço mínimo (*rabais-limite*), por exemplo nas empreitadas, ou máximo, por exemplo nas concessões de serviço público, possa atenuá-lo, não afasta o risco de a Administração se ver forçada a adjudicar a alguém que propõe um preço fantasioso apenas para obter a contratação, com a secreta intenção de se compensar através de esquemas laterais e as mais das vezes dolosos. (...) E a qualidade tecnológica, que pode ser muito variável, condiciona fortemente as condições de amortização dos investimentos, públicos ou privados¹⁶³.

O nó górdio da licitação de menor preço parece estar relacionado à assimetria informativa em desfavor do *procurer*, no nosso caso a administração pública, quando a sua avaliação dependa de informação privada em poder do licitante e potencial contratado. Consoante reconhecem MANELLI e VINCENT, se dentre as opções de leilão possíveis, opta-se pelo critério de menor preço, então a negociação irá sempre ocorrer pelo preço mais

¹⁶² Idêntica redação consta do citado PL 1292/95, consoante texto atual em tramitação no Congresso Nacional, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>.

¹⁶³ Sérvulo Correia, *A Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, Coimbra, Almedina, p. 695.

baixo e vendedor de menor qualidade.¹⁶⁴

Por outro lado, na modelagem de licitação em que o preço seja avaliado juntamente com o parâmetro temporal (dentre outros), configurável como licitação de técnica e preço, o licitante terá condições de estimar os eventuais custos para aceleração das obras e serviços, considerando que a concorrência e a adjudicação¹⁶⁵ levarão em conta, conjugadamente, o menor preço e a maior pontuação técnica, com tendência à menor incidência de condutas oportunistas do fornecedor contratado que redundam na má execução contratual, relacionadas com o sacrifício de outras dimensões técnicas do serviço de menor observabilidade e verificabilidade¹⁶⁶.

Diante do rol taxativo de critérios de julgamento previstos na legislação brasileira, há viabilidade jurídica na adoção do critério de julgamento do tipo “técnica e preço”, em que os parâmetros técnicos correspondam aos aspectos geradores do pagamento da remuneração variável (ex. tempo, qualidade). Vale relembrar que o *A+B Bidding* norte-americano segue esse caminho¹⁶⁷, tratando-se de modalidade de *scoring rule*¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Alejandro M. Manelli e Daniel R. Vincent, “Optimal ...”, p. 593, tradução livre.

¹⁶⁵ Adjudicação aqui é entendida como o ato declaratório de “entrega formal” do objeto contratual a determinado fornecedor. A Lei nº 8.666 alude à adjudicação de bens e serviços (objeto da licitação, se for o caso), como etapa anterior à celebração do contrato propriamente dita.

¹⁶⁶ Poder-se-ia afirmar que o licitante, ciente das futuras condições contratuais, com previsão de remuneração variável, poderia estimar antecipadamente os custos de aceleração do serviço ou obra e computá-los no cálculo do preço (lance). Tal ilação, contudo, parece improvável, diante do incentivo para o lance de menor preço, que o fará vencedor do certame. Além disso, a previsão contratual do reequilíbrio econômico-financeiro reforçará o incentivo nesse sentido, com a expectativa de recomposição dos custos adicionais *ex post*.

¹⁶⁷ Gregory Lewis e Patrick Bajaris, “Procurement contracting ...”, p. 1174.

¹⁶⁸ “When quality is a crucial component of a procurement contract and flexibility is needed to handle the trade-off between price and quality, scoring mechanisms are particularly appropriate. ... The assessment of relevant technical aspects in a procurement contract involves a weighting scheme allowing the buyer to award the contract

GOMES e RODRIGUES, em artigo sobre *public procurement* em Portugal, sustentam que, quando a administração pública prioriza a competição de preços e de outros atributos, o procedimento de seleção deve contemplar critérios múltiplos, referindo-se aos *scoring rules*, que possibilitam que cada critério tenha um peso específico. Sendo assim, “the concept of the ‘Most Economically Advantageous Tender’ (MEAT) in the EU envisages the concept of weighting the different attributes valued by the government”¹⁶⁹.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União ampara, ademais, esse entendimento:

O emprego da modalidade pregão, como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras, não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns e, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante¹⁷⁰.

Esta parece ser também a orientação do Código dos Contratos Públicos português, quando, nos artigos 74º e 75º, trata dos critérios de adjudicação da “melhor relação qualidade-preço” e da “avaliação do preço ou custo enquanto único aspecto

not simply to the lowest price but to the best price–quality combination. Weighting technical aspects implies the set-up of a scoring rule, that is, a mechanism assigning a score to each dimension of the contract. The sum of these scores determines the bidder’s total score. The total score is the crucial ‘number’ that allows a ranking of the suppliers’ price–quality offers in order to determine the winner (i.e., the contractor).” Cf. F. Dini, R. Pacini and T. Valletti, “Scoring rules”, in Nicola Dimitri, Gustavo Piga e Giancarlo Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 294.

¹⁶⁹ António Ferreira Gomes e Ana Sofia Rodrigues, “Enhancing efficiency in public procurement in Portugal: an overview of the relevant competition issues”, *Revista de Concorrência e Regulação*, V, 19, jul-set-2014, p. 201.

¹⁷⁰ TCU, Acórdão nº 1092/2014-Plenário.

da execução do contrato a celebrar”. Veja-se que o nº 3 do art. 74º prescreve que a utilização da modalidade do preço ou custo só é permitida quando as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar. Além disso, há detalhada referência ao elenco de fatores e subfatores que densificam o critério da proposta economicamente mais vantajosa, no art. 75º, nº 2¹⁷¹.

Ressalva-se a tendência de duração mais longa das licitações por técnica e preço no Brasil, comparativamente à de menor preço, além de maiores custos de transação (mais questionamentos, mais judicialização, mais “fricção”), o que precisa ser bem avaliado, tanto mais se o objetivo for a conclusão do serviço ou obra no menor tempo possível. Além disso, consoante detectaram LEWIS e BAJARI, quando se adota a modelagem *A+B Bidding*, há acréscimo do valor do contrato, considerado baixo em relação à economia obtida com a redução das externalidades negativas aos utentes¹⁷².

Desponta daí a importância do adequado e efetivo planejamento da contratação, inclusive com análise econômica das alternativas e necessidades. No âmbito federal brasileiro, tal etapa deve realizar-se em observância a atos normativos infralegais¹⁷³,

¹⁷¹ “a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras; c) Serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega, designadamente a data de entrega, o processo de entrega, o prazo de entrega ou de execução e o tempo de prestação de assistência; d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados.”

¹⁷² Gregory Lewis e Patrick Bajaris, “Procurement contracting ...”, p. 1209.

¹⁷³ As já referidas Instrução Normativa MP/SLTI nº 4, de 11 de setembro de 2014, e

para além de farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Além disso, o decreto regulamentador exige a justificativa pelo gestor, nos autos do processo administrativo, para tal escolha¹⁷⁴. A licitação com critério de julgamento combinado de técnica e preço está prevista exclusivamente para os seguintes objetos: de natureza predominantemente intelectual; de inovação tecnológica ou técnica; passíveis de execução com diferentes metodologias; ou que possam ser executados com tecnologias de domínio restrito no mercado¹⁷⁵. Ademais, o percentual máximo relativamente ao parâmetro mais relevante é de 70% (art. 29, § 1º do decreto), prevendo-se também a possibilidade de parâmetros de sustentabilidade ambiental (art. 29, § 2º do decreto).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já foi dito que a legislação que confere maior margem de discricionariedade ao gestor público responsável pelas contratações públicas pode trazer problemas bem evidenciados pela Teoria da Escolha Pública, para além de falhas e erros, tendo em vista que a administração pública em nível federal, estadual e municipal nem sempre contará com quadro capacitado para

Instrução Normativa MP/SEGES nº 5, de 25 de maio de 2017.

¹⁷⁴ Decreto nº 7.581, de 2011: “Art. 4º, IV - justificativa para: a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço”. O Tribunal de Contas da União tem inúmeros acórdãos que determinam a realização de estudos e consistente justificativa. Veja-se, por exemplo, o Acórdão nº 2251/2017-TCU-Plenário, de 4.10.2017, disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

¹⁷⁵ A matéria foi objeto de análise pelo TCU, quando se concluiu que: “para enquadramento do objeto ... a expressão ‘de domínio restrito de mercado’ refere-se, especificamente, ao termo ‘tecnologias’, e não, necessariamente, às ‘diferentes metodologias.” Cf. Acórdão 1.510/2013-Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Sessão 19.06.2013.

operacionalizar o novo regime de contratações públicas. Não se pretende minudenciar as diversas medidas que podem resultar na redução dos riscos de captura do setor público e má utilização do RDC. Dois pontos, contudo, parecem dignos de nota final.

A padronização de modelos de licitações e de contratos revela-se satisfatória, visando reduzir o risco de contratações ineficientes, falhas e favorecimento indevido. É o que aponta FIUZA, num rol de medidas recomendáveis para prevenir a corrupção em contratações públicas, centradas na ideia de descoordenação entre os agentes envolvidos em práticas ilícitas¹⁷⁶. Destaca-se nesse sentido que a edição de instruções e orientações de caráter normativo, por um órgão central do sistema, bem assim a padronização de modelos de editais de licitação e de contrato para cada tipo de objeto contratual, afiguram-se como uma das alternativas para melhor aproveitamento do RDC. Exemplo disto em outros tópicos da contratação pública tem sido as orientações e instruções normativas editadas pelo extinto Ministério do Planejamento¹⁷⁷, além da atuação do Tribunal de Contas da União.

Vale mencionar ainda, brevemente, que a tecnologia do *blockchain* (ou *decentralized ledge*)¹⁷⁸ e dos *smart*

¹⁷⁶ Eduardo P. S. Fiuza, “Desenho institucional em compras públicas”, in Lucia Helena Salgado e Eduardo P. S. Fiuza (orgs.), *Marcos Regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória*, Rio de Janeiro, IPEA, 2015, p. 177.

¹⁷⁷ A referida Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017, é um exemplo de normatização uniformizadora que reduz o risco de erros, de contratações ineficientes e de direcionamento nas licitações de serviços pelos órgãos e entidades da administração pública federal brasileira. Também as orientações do Núcleo de Contratações de Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, disponíveis em <https://www.governodigital.gov.br/sisp/ncti-nucleo-de-contratacoes-de-tecnologia-da-informacao/orientacoes-e-vedacoes-para-contratacao-de-solucoes-de-ti>, acesso em 10 de maio de 2019, 13:30.

¹⁷⁸ Os *blockchains* são a componente tecnológica dos *smart contracts* e consistem em bases de dados criadas por uma rede sem autoridade central, que podem substituir um sistema de registro público de dados. Cf. Max Raskin, “The law and legality of smart contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, 305, 2017, p. 308.

contracts pode contribuir sensivelmente para a redução da margem de discricionariedade, posto que a automação assegura desempenho, para melhor ou para pior, com a eliminação da discricionariedade humana da execução contratual¹⁷⁹. Os *smart contracts* são contratos cujas cláusulas são escritas em códigos de programação e cuja execução é automatizável e exequível, por meio de computadores e programas informacionais. São automatizáveis, ainda que algumas partes requeiram iniciativa e controle humanos¹⁸⁰. A novidade dos *smart contracts* é que a execução forçada é realizada pelo próprio computador, e não por terceira parte – um juiz ou árbitro, mediante a interpretação dos termos contratuais e da lei¹⁸¹. Exemplo de *smart contract* é o mecanismo de interrupção do funcionamento de um automóvel, instalado pelo credor, que será acionado se houver descumprimento contratual pelo devedor; e as máquinas de venda de *snacks* e bebidas.

Se a adoção dos *smart contracts* é ainda incipiente e controvertida, tanto mais no âmbito das contratações públicas, o que se pode prospectar, desde logo, é a adoção da tecnologia do *blockchain*, com a automatização de certos controles, a incrementar o gerenciamento dos contratos e reduzir a incidência da assimetria informativa, a partir de uma base de dados descentralizada, consensualmente partilhada e não adulterável, a custos de transação reduzidos. A remuneração variável poderia aproveitar-se desta novidade tecnológica, visando o registro da execução contratual pelo contratado e pela administração pública, geradora da contrapartida remuneratória variável, com a vantagem, ademais, de gerar compartilhamento de informações e automatizar o pagamento da remuneração variável. Para o futuro, assim, caberá ao Direito disciplinar tais tecnologias, tanto mais no âmbito público.

¹⁷⁹ Max Raskin, “The law ...”, p. 306.

¹⁸⁰ Max Raskin, “The law ...”, p. 309 nota de rodapé 11.

¹⁸¹ Max Raskin, “The law ...”, p. 321.

Veja-se que o Governo Brasileiro já prevê o uso da tecnologia *blockchain* no compartilhamento de bases de dados no âmbito da administração pública federal¹⁸². O escopo do presente trabalho, contudo, não permite aprofundamento desta questão, ficando aqui apenas uma nota, quase uma aposta nos benefícios que poderão advir em favor dos *procurement contracts*¹⁸³.

CONCLUSÃO

Ao enfrentar especificamente a previsão de pagamento de remuneração variável ao contratado visando a conclusão antecipada de obras e serviços, o presente trabalho descortina a noção dos incentivos econômicos, que deve nortear as escolhas realizadas pelo administrador público, na condição de *procurer*, na modelagem de determinada licitação ou contrato público. Também as armadilhas consistentes no oportunismo contratual, designadamente a seleção adversa e o risco moral.

A Lei nº 12.462, de 2011 e seu decreto regulamentador estabelecem a remuneração variável por desempenho do contratado, sendo bastante sucintos no detalhamento do mecanismo, o que abre espaço, em nosso ver, para “integração” da lacuna normativa, a partir dos contributos da Teoria Econômica do Contrato.

Pode-se aventar que haverá incremento dos riscos na maior discricionariedade conferida ao gestor público, o que é bem apreendido pela Teoria da Escolha Pública. Um

¹⁸² Portaria RFB nº 1788, de 19 de novembro de 2018, publicada no Diário Oficial da União de 19 de novembro de 2018.

¹⁸³ Para mais informações sobre o potencial de aproveitamento desta nova tecnologia em *procurement contracts*, consulte-se S. Ahmadisheykhsarmast e R. Sonmez, “Smart contracts in construction industry”, in *5th international Project and Construction Management Conference (IPCMC2018)*, Cyprus International University, Faculty of Engineering, Civil Engineering Department, North Cyprus, 2018.

contraponto empírico, porém, é que o regime geral da Lei nº 8.666, marcadamente procedimental e formalista, no afã de limitar a discricionariedade do gestor público, notoriamente não pôde evitar os problemas de corrupção, de captura do setor público e de oportunismo contratual. Some-se a isso que nem sempre resulta em contratações de menor preço e boa qualidade de bens, serviços e obras, comparativamente ao setor privado, isto para ser otimista.

Ao longo do trabalho, foram expostas as teorias econômicas que evidenciam os problemas da assimetria informativa nas relações contratuais, designadamente nas relações de agência, sendo os *procurement contracts* típicas relações de agência, em que o principal delega determinado conjunto de tarefas ao agente. Evidenciou-se que a remuneração pode servir como incentivo ao contratado para maximização do bem estar total do contrato.

Com base na bibliografia consultada, destacadamente o estudo de caso da modelagem *A+B Bidding* do Departamento de Transportes da Califórnia, focou-se na remuneração variável vinculada à conclusão antecipada de serviços e obras. Sem embargo, as questões e o arcabouço teórico suscitam reflexão extensível a outras dimensões da qualidade do objeto contratado. Nesse sentido, em perspectiva teórica, conclui-se que o mecanismo de remuneração variável vinculada ao desempenho, seja sob a perspectiva da aceleração dos serviços e obras e antecipação do prazo final contratado (tempo), seja de outra dimensão da qualidade ou parâmetro técnico relacionado ao objeto contratual, pode funcionar como incentivo econômico ao contratado, visando o alinhamento de condutas e a maximização do bem estar total no contrato.

Ao longo do trabalho, foram incipientemente indiciados outros problemas que podem comprometer a eficiência do ajuste, para os quais a remuneração variável não dá resposta e

que podem mesmo prejudicar o incentivo da remuneração variável.

Vale ressaltar que a remuneração variável pode tanto ser um bônus quanto um desconto, a depender da entrega antecipada ou a destempo, respectivamente. O desincentivo, por assim dizer, tal como no *A+B Bidding*, seria o desconto, que no Direito brasileiro pode ser previsto também na forma de penalidades, especificamente de multas, o que também conta com respaldo legal. Com efeito, a Lei nº 8.666, de 1993, aplicável ao RDC, não limita o valor das multas nem tampouco há questionamentos jurisprudenciais a esse respeito. Dessarte, a previsão de multa e outras penalidades pode representar incentivo no sentido da conclusão no prazo estabelecido contratualmente. Não haverá incentivo, contudo, para fazê-lo em prazo inferior.

Especificamente no tocante ao incentivo para aceleração de obras e serviços, sempre que houver urgência social na finalização do serviço ou obra ou peso significativo das externalidades negativas correlatas, é pertinente avaliar-se a adoção do mecanismo de remuneração variável, com previsão de pagamento ou desconto de parcela variável, proporcionalmente à aceleração ou atraso do serviço ou obra, em relação ao número de dias previsto para conclusão. Em outras palavras, o estabelecimento de remuneração variável revela-se uma alternativa que conta com o respaldo da Teoria Econômica do Contrato, para além da previsão de penalidades específicas para o caso de descumprimento de obrigações contratuais, especialmente o prazo final para conclusão.

Pressuposto essencial para a adoção da remuneração variável é que a administração pública realize adequado e efetivo planejamento da contratação, visando identificar a melhor modelagem, tendo em vista as prioridades, necessidades e suscetibilidades do objeto contratual. A etapa do planejamento da contratação deverá conter os estudos técnicos, inclusive

econômicos, a amparar a modelagem adotada e as necessárias justificativas por parte do gestor. Para além de representarem o arcabouço que dá consistência à modelagem eleita, são os estudos, planilhas e demais documentos instrutórios do processo de contratação que, *a posteriori*, serão objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, podendo gerar responsabilização dos agentes públicos decisores: ou seja, o controle de resultado, para além do controle de forma e procedimento.

Sendo assim, a maior flexibilidade conferida ao gestor público para modelagem da licitação e do contrato deve acompanhar-se de planejamento e justificativas mais robustas, inclusive no tocante à adoção da remuneração variável. Quando for o caso, deve haver cálculo do valor das externalidades negativas geradas pela pendência da obra ou serviço. Devem ser bem avaliados também os custos de gerenciamento do contrato em face das diferentes modalidades e desenhos possíveis.

É condição essencial que a remuneração variável seja superior aos custos gerados pela aceleração do ritmo das operações. Se assim não for, o incentivo não funcionará como esperado, ou seja, não levará à maximização da eficiência do contrato, podendo inclusive resultar nos efeitos negativos do sacrifício de dimensões da qualidade de menor observabilidade ou no pedido de reequilíbrio econômico-financeiro sem causa legítima, típico oportunismo contratual. Quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro, vale ressaltar, não pode ser evocado em face dos alegados custos de aceleração das obras e serviços, que evidentemente deverão ter sido incluídos no preço proposto *ab initio* pelo fornecedor.

O incentivo relacionado à determinada dimensão da qualidade tende a levar o contratado a priorizá-la, em detrimento de outras. Tal circunstância também deverá ser bem avaliada, se for o caso, para estabelecer incentivo também em relação a outros parâmetros técnicos do serviço ou obra.

Paralelamente, entende-se que a utilização do critério de julgamento “técnica e preço”, visando estabelecer a concorrência entre os licitantes também em relação ao aspecto técnico preferencial (tempo ou qualidade, por exemplo), pode favorecer e potencializar os incentivos econômicos traduzidos na remuneração variável, além de mitigar ou neutralizar os principais problemas decorrentes do contrato – a assimetria informativa e o risco moral, tanto mais em relações de agência. Juridicamente, há espaço para adoção deste critério, desde que devidamente embasado em estudos técnicos e econômicos.

A decisão pela adoção da remuneração variável e do tipo de licitação situa-se entre dois marcos extremos, que dizem respeito à complexidade do objeto e grau de incertezas – os projetos simples e os projetos complexos. Com efeito, se for possível especificar adequadamente todas as dimensões de qualidade do serviço ou obra, inclusive o prazo para conclusão, estamos a tratar de projeto simples, em que há menor incidência da assimetria informativa e baixo risco de variação de custos e contingências. Nesse caso, a licitação de menor preço conjugada com o contrato de preço fixo parecem satisfatórios, *a priori*. De outro turno, quando estivermos a tratar de objeto e projeto complexo, seja em virtude da diversidade de metodologias, técnicas e tecnologias que poderão ser utilizadas, seja porque há inovação técnica e tecnológica, seja por conta das incertezas quanto à variação dos custos de produção e necessidade de adaptações ao longo da execução, então, nesse cenário, é recomendável avaliar-se o emprego da remuneração variável e da licitação por técnica e preço. Entre um extremo e outro, somente o adequado planejamento da contratação poderá indicar o acerto da remuneração variável como incentivo para a melhor e tempestiva execução do objeto contratual, designadamente a conclusão antecipada de obras e serviços, objeto específico deste estudo.

Nota final diz respeito à aposta na tecnologia *blockchain*

para, em futuro próximo, reduzir o nível de discricionariedade humana da operacionalização contratual, o que poderá ser aproveitado também no âmbito das contratações públicas.



BIBLIOGRAFIA

- Ahmadisheykhsarmast, Salar e R. Sonmez, “Smart contracts in construction industry”, in *5th international Project and Construction Management Conference (IPCMC2018)*, Cyprus International University, Faculty of Engineering, Civil Engineering Department, North Cyprus, 2018
- Akerlof, George A., “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nº 3, Aug 1970, pp. 488-500
- Albano, G.L., G. Calzolari, F. Dini, E. Iossa e G. Spagnolo, “Procurement contracting strategies”, in Dimitri, Nicola, Gustavo Piga e Giancarlo Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120
- Araújo, Fernando, *Introdução à Economia*, 2ª ed., volumes I e II, Coimbra, Almedina, 2004
- Araújo, Fernando, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007
- Araujo, Paula Mara Costa de e Renata Gomes de Jesus, “Processo Licitatório Tipo Menor Preço e Eficiência em Compras Públicas: um Estudo de Caso”, in *XXXVII EnANPAD 2013*, Rio de Janeiro, disponível em http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf

- Bajari, Patrick e Steven Tadelis, “Incentives and award procedures: competitive tendering versus negotiations in procurement”, in Dimitri, Nicola, Gustavo Piga e Giancarlo Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 121-139
- Bajari, Patrick e Steven Tadelis, “Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts”, *The RAND Journal of Economics*, 32, 3, Autumn 2001, pp. 387-407
- Caetano, Marcello, “Empreitadas de obras públicas”, in *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, Ática, 1974, pp. 393-427
- Coase, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3, 1, October 1960, pp. 1-44
- Correia, Sérvulo, *A Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, Coimbra, Almedina
- Dini, F., R. Pacini e T. Valletti, “Scoring rules”, in Dimitri, Nicola, Gustavo Piga e Giancarlo Spagnolo (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 293-321
- Filho, Marçal Justen, *Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*, São Paulo, Dialética, 2013
- Filho, Marçal Justen, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005
- Fiuza, Eduardo P. S., “Desenho institucional em compras públicas”, in Salgado, Lucia Helena e Eduardo P. S. Fiuza (orgs.), *Marcos Regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória*, Rio de Janeiro, IPEA, 2015, pp. 131-189
- Fiuza, Eduardo P. S., “Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas”, in Salgado, Lucia Helena e Eduardo P. S. Fiuza (Org.), *Marcos Regulatórios no Brasil: É Tempo de Rever Regras?*, Rio de Janeiro, IPEA, 2009, pp. 239-274

- Fiuza, Eduardo P. S., “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Contratações Públicas”, *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 19, 2012, IPEA, disponível em www.ipea.gov.br, pp. 7-20
- Freitas, Rafael Vêras, *Análise Econômica das Contratações Públicas*, disponível em <https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/publicacoes/analise-economica-das-contratacoes-publicas.html>
- Gomes, António Ferreira e Rodrigues, Ana Sofia, “Enhancing efficiency in public procurement in Portugal: an overview of the relevant competition issues”, *Revista de Concorrência e Regulação*, V, 19, jul-set-2014, pp. 181-212
- Laffont, Jean-Jacques e David Martimort, *The Theory of Incentives: the principal-agent model*, New Jersey, Princeton University Press, 2007
- Lewis, Gregory e Patrick Bajari, “Procurement Contracting with Time Incentives: Theory and Evidence”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, nº 3, August 2011, pp. 1173-1211
- Lyra, Fedra Teixeira Gonçalves Simões de, *Fundamentos e Limites dos Regimes Excepcionais aos Contratos Públicos – um enfoque na discricionariedade conferida ao Administrador Público ao advento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Repositório, Biblioteca da FDUL, 2014
- Mackaay, Ejan e Stéphane Rousseau, *Análise Econômica do Direito*, trad. Raquel Sztajn, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2015
- Manelli, Alejandro M. e Daniel R. Vincent, “Optimal Procurement Mechanisms”, *Econometrica*, vol. 63, nº 3, maio-1995, pp. 591-620
- Moreira, Egon Bockmann e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o*

- Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, São Paulo, Malheiros, 2012
- Nóbrega, Marcos, “Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 30, Salvador, Bahia, abril-maio-junho-2012
- Pereira, Cesar A. Guimarães, “Public Procurement – General Rules”, in Filho, Marçal Justen e Cesar A. Guimarães Pereira (eds.), *Infrastructure Law of Brazil*, 3ª ed. rev. exp., Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 103-128
- Pombo, Rodrigo Goulart de Freitas, “Construction Contracts in Brazilian Law and the Standard International Model Contracts”, in Filho, Marçal Justen e Cesar A. Guimarães Pereira (eds.), *Infrastructure Law of Brazil*, 3ª ed., rev. exp., Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 359-369
- Raskin, Max, “The law and legality of smart contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, 305, 2017, pp. 305-341
- Reisdorfer, Guilherme F. Dias, “A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011)”, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 10.03.2019
- Rezende, Renato Monteiro de, “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011”, *Textos para Discussão*, 100, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, agosto-2011, disponível no sítio eletrônico do Senado Federal (www.senado.leg.br)
- Rodrigues, Nuno Cunha, “Contratação pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, 8, 32, out-dez-2017, pp. 131-145.

- Sá, Adolfo Luiz Souza de, Enilson Medeiro Santos e Anísio Brasileiro, “Remuneração variável conforme desempenho e o Programa Brasileiro de Concessões de Rodovias Federais”, in *XVIII Congreso Panamericano de Ingeniería de Tránsito, Transporte y Logística (PANAM 2014)*, Santander, Espanha, 2014, disponível em https://www.researchgate.net/publication/267610401_Remuneracao_variavel_conforme_desempenho_e_o_Programa_Brasileiro_de_Concessoes_de_Rodovias_Federais
- Santana, Marco Antonio de, *Licitação e Publicidade: um olhar sobre o regime diferenciado de contratações*, Curitiba, CRV, 2014
- Schwind, Rafael Wallbach, “Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)”, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, 56, outubro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/newsletters/56/>
- Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009
- Tadelis, Steven, “Public procurement design: Lessons from the private sector”, *International Journal of Industrial Organization*, 30, 2012, pp. 297-302
- Tullock, Gordon, Arthur Seldon e Gordon L. Brady, *Government Failure: a primer in public choice*, Washington, Cato Institute, 2002
- Vickrey, William, “Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders”, *Journal of Finance*, 16, 1961, pp. 8-37