

A Contratação de Serviços Complexos pela Administração Pública

Carlos Alexandre Dias da Silva¹

Introdução

A ideia central da Análise Econômica do Direito é **forçar um novo estilo de pensamento**, sob um ponto de vista diverso do pensamento dogmático e exegético vigente, que é baseado na ideia de autossuficiência da ordem jurídica.

Enquanto os juristas veem as normas como uma técnica de resolução de conflitos, analisando os problemas a partir do resultado das condutas (*ex post*), os economistas observam *as normas como incentivos*, analisando possíveis condutas das pessoas em relação ao incentivo criado (*ex ante*), sob a premissa de que as pessoas tendem a maximizar os seus resultados, produzindo soluções eficientes.

A concentração da Análise Econômica do Direito no fator eficiência é apenas uma questão de metodologia, caracterizada pelo uso das ferramentas da teoria microeconômica que o tema tratado (vantajosidade nas contratações públicas) propõe, não se tratando de uma proposição de que o princípio da eficiência é superior ao princípio da isonomia.

¹ Advogado, especialista em Direito Empresarial pela APEJ e em Direito da Economia e da Empresa pela ISAE/FGV, sócio do escritório Teixeira de Freitas, Dias da Silva e Advogados Associados em Curitiba, PR, Brasil.

Propomos no presente ensaio uma análise descritiva² acerca da Contratação de Serviços Complexos pela Administração Pública, procurando uma otimização da utilização das normas jurídicas atuais, a partir das teorias que analisam os problemas da assimetria de informações e atribuição de risco.³

Tema dominante na conjuntura jurídica mundial, a Análise Econômica do Direito começa a ganhar espaço no direito brasileiro, em especial no direito privado, entretanto a doutrina do direito administrativo ainda carece de estudos que explorem o seu conteúdo econômico, como o aqui proposto.

Economia dos Custos de Transação

Custos de Transação

A Teoria dos Custos de Transação faz parte de um ramo de pesquisa econômica conhecido como Nova Economia Institucional, este ramo se preocupa em analisar as instituições do capitalismo moderno, com especial referência às empresas, aos mercados e às relações contratuais, tendo o contrato como unidade básica de análise.

A ideia central deste movimento, traduzida no método denominado *Transaction Cost Approach*⁴, desenvolvido por um dos seus maiores

² A análise proposta é baseada nos conceitos trazidos pela *Nova Economia Institucional*, que ganhou força a partir dos estudos de Oliver Williamson, sobretudo em seu livro *The Economic Institutions of Capitalism*.

³ A economia analisa os contratos não só como mecanismo que permite a realização de intercâmbios (conceito jurídico clássico), mas também como instrumento que: a) permite a distribuição de riscos entre os contratantes; e b) que resolve problemas de eficiência, quando estamos diante de uma externalidade ou em um contexto de informação assimétrica.

⁴ Oliver Williamson explica que “*the proposed approach adopts a contracting orientation and maintains that any issue that can be formulated as a contracting problem can be investigated to advantage in transaction cost economizing terms*” (ob. cit., p. 17).

expoentes, Oliver Williamson⁵, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, afirma que *o propósito principal das instituições do capitalismo (empresa, mercado e relações contratuais) é economizar em custos de transação*. Os custos de transação funcionam como a fricção nos sistemas mecânicos, o funcionamento das engrenagens de uma máquina cria fricção, os ganhos de produtividade dos equipamentos se obtêm com a redução do atrito, com a correta lubrificação das partes. A fricção no mundo econômico são os chamados custos de transação, sendo assim a eliminação dos atritos criados pelo custos de transação geram ganhos de eficiência no funcionamento do sistema econômico.

Investigam-se, então, as relações contratuais adotando-se ferramentas da microeconomia, com uma preocupação acentuada sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre a importância da correta especificação do objeto contratual (*asset specificity*).

Para a Teoria dos Custos de Transação, o controle da relação contratual é mais efetivo se realizado por meio do processo de aquisição (*ex ante*), pelo alinhamento prévio dos incentivos, que se realizado pela aplicação das regras legais de controle da execução do contrato (*ex post*).

Identificam-se os custos de transação *ex ante*, envolvidos em uma contratação, como sendo: a) de negociação; b) de confecção/discussão das cláusulas contratuais; e c) do estabelecimento de garantias do cumprimento do contrato.

Já os custos *ex post* tomam a forma de: a) custos de adaptação, pela inadequação dos termos do contrato; b) esforço bilateral na correção dos

O Autor enumera as vantagens da Teoria dos Custos de Transação (*transaction cost economics*), dentre as quais destacamos “[...] (1) is more microanalytic, (2) is more self-conscious about its behavioral assumptions, (3) introduces and develops the economic importance of asset specificity [...]” (ob. cit., p.18).

⁵ Apesar de ser uma ferramenta de análise extremamente útil, Oliver Williamson deixa claro que *a Economia dos Custos de Transação é uma análise limitada*, por ainda ser uma disciplina incipiente e incompleta (com modelos de análise ainda primitivos). A Economia dos Custos de Transação é apenas um instrumento útil de análise das diferenças de performance econômica entre institutos.

desalinhamentos (desvios de rota); e c) custo de organização da estrutura necessária para a fiscalização da execução do contrato.

Oliver Williamson ilustra bem o que seriam os custos *ex post*. Imagine um contrato em que se estipula a prestação *x*, mas posteriormente constata-se que o melhor para as partes seria a prestação *y*. Chegar do *x* ao *y* não é fácil. A maneira como os benefícios da alteração serão divididos entre as partes irá fomentar uma disputa intensa, em busca de proteção do próprio interesse, sendo mais comum que as partes cheguem a uma adaptação imperfeita ou incompleta, não atingindo o *y*, mas apenas um *y'*.

O objetivo da criação de incentivos de alinhamento na fase negocial (*ex ante*) não visa somente resolver conflitos durante o processo de execução do contrato, mas também visa reconhecer, previamente, os potenciais pontos de conflito e planejar uma estrutura de gestão que previna a sua ocorrência ou atenuar os seus efeitos.

O Mundo dos Contratos

A Teoria dos Custos de Transação parte do pressuposto de que o comportamento humano não é integralmente racional. A atuação dos agentes econômicos é intencionalmente racional, mas apenas de forma limitada e sujeita a atitudes oportunistas (que podemos definir como a busca do interesse pessoal).

Nesse contexto de limitação de racionalidade, os custos de planejamento, adaptação e monitoramento dos contratos devem ser expressamente considerados em um processo de contratação. A dimensão mais crítica desta falta de racionalidade encontra-se no ambiente de negociações complexas, que possuem um objeto muito específico. Isto porque, a incerteza sempre estará presente em negócios não triviais, pois o planejamento será necessariamente incompleto (pela limitação de racionalidade inerente aos seres humanos) e os compromissos assumidos poderão ser descumpridos (por comportamentos oportunistas). Além disso, as possibilidades de competição são reduzidas, visto que as qualidades

intrínsecas dos contratantes (expertises) são importantes (por causa da especificidade do objeto).

Os contratos complexos devem, então, ser analisados como o mundo do controle (da organização estrutural) e não da competição (elemento que garante a eficiência no processo de aquisição de produtos padronizados). Uma contratação complexa deve ser organizada de maneira a economizar em um ambiente de racionalidade limitada, enquanto simultaneamente se levantam garantias contra comportamentos oportunistas.

Vale ressaltar que comportamentos oportunistas raramente envolvem mentiras, roubo ou trapaças. Geralmente, *o oportunismo está vinculado ao fornecimento de informações incompletas ou distorcidas*, gerando uma situação de assimetria de informação entre os contratantes. Nesse contexto, (a) a definição precisa do objeto; (b) a fixação da estrutura de gestão do contrato; (c) a eleição das garantias contratuais; e (d) a formação do preço são elementos totalmente interativos, devendo ser determinados simultaneamente.

Surge, então, a principal lição da Teoria dos Custos de Transação: *contratos que estão sujeitos à oportunismo ex post se beneficiarão de garantias apropriadas negociadas ex ante*. O contrato deve ser pensado como um todo, pois os termos negociais e a maneira como o contrato será gerido variam de acordo com as características do objeto e dos investimentos que o cumprimento do contrato exigem.

A Etapa de Seleção do Contratado

Os Tipos de Licitação Pública

Como nos esclarece Celso Antonio Bandeira de Melo⁶, a lei denomina Tipos de licitação ao que são na verdade “os distintos critérios *fundamentais* de julgamento por ela estabelecidos” [grifo no original].

⁶ In: **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed., p. 520. São Paulo: Malheiros, 2000.

Para entendermos os objetivos dos Tipos de licitação previstos em nosso sistema de licitações, devemos responder a uma questão, bem colocada por Steven L. Schooner⁷: *O que o Governo pretende atingir através do seu sistema de licitações?*

Podemos dividir estes objetivos em dois grupos⁸: a) um primeiro grupo preocupado com a vantajosidade da contratação, que trabalha com conceitos como competição, eficiência, satisfação, melhor valor e aversão a risco; e b) um outro grupo preocupado com a isonomia do procedimento, que busca a integridade e transparência do procedimento de contratação⁹.

Enquanto os problemas de isonomia são afeitos às Modalidades de licitação (Concorrência, Tomada de Preço, Convite, Leilão e Pregão), que estabelecem a estrutura do certame; *a preocupação ao selecionar o Tipo de licitação é com a vantajosidade*, ou como nos aponta Marçal Justen Filho¹⁰, com o enfoque de custo-benefício, pois “não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos. A eficácia impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente”.

⁷ In: Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law (disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620>, conforme acesso em 15.04.2011).

⁸ E que espelham os dois princípios básicos da licitação, esculpido da regra do art. 3º da Lei n.º 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração [...]”.

⁹ Essa é uma representação do clássico *tradeoff* entre *eficiência* (que pode ser resumida como obter o máximo possível de um recurso) e *equidade* (que significa distribuir melhor os benefícios derivados da prosperidade econômica). Em uma analogia comumente empregada pelos economistas, *eficiência* representa o tamanho do bolo e a *equidade* o tamanho das fatias. Normalmente medidas que tentam conferir maior equidade ao sistema econômico tendem a tornar o sistema menos eficiente, ou seja, quando o governo tenta cortar as fatias em tamanhos mais iguais, o bolo fica menor. A legislação ambiental é um exemplo; ao proteger um bem comum (o meio ambiente), ela torna a empresa menos eficiente (com a redução da atividade poluente).

¹⁰ In: **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 314.

Os Tipos de licitação existentes em nosso sistema atual¹¹ podem ser divididos em dois grupos: a) um grupo que podemos chamar de *Melhor Preço*, grupo que abarca os Tipos “menor preço” e “maior lance”; e b) um grupo que chamaremos de *Melhor Valor*, que abrange os tipos “técnica e preço” e “melhor técnica”.

Apesar de nas licitações de *Melhor Preço* não se buscar simplesmente o menor valor nominal, pois também são consideradas outras características do objeto licitado – tais como o rendimento e condições de pagamento –, não existe uma preocupação nestes casos com a qualidade técnica da prestação que vá além de um limite mínimo aceitável, conforme critérios fixados no edital. São Tipos empregados “quando a necessidade estatal puder ser satisfeita por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica”, nas palavras de Marçal Justen Filho¹².

Já as licitações de *Melhor Valor* visam a uma prestação final em que ocorre uma ponderação entre qualidade e preço, ou seja, tenta-se obter “a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-

¹¹ Que segundo a Lei n.º 8.666/93 são:

a) menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, inciso I);

b) melhor técnica e de técnica e preço – serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46);

c) de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (art. 45, inciso IV).

¹² In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.ed., p. 440. São Paulo: Dialética, 2005.

Marçal Justen Filho utiliza como exemplo a compra de cadeiras para escritório. Cumpridos os requisitos mínimos de ergonomia, durabilidade e conforto previstos no edital, a vencedora é a empresa que apresentar o menor preço.

financeiras dos gastos públicos”¹³, segundo critérios de seleção de qualidade fixados objetivamente pelo edital.

Em resumo, no primeiro grupo o interesse público se satisfaz com um produto que ofereça uma qualidade mínima, enquanto no segundo grupo almeja-se alcançar a máxima qualidade possível.

A escolha do Tipo adequado de licitação

Faz parte do senso comum que o leilão é o melhor método para se obter o preço mais vantajoso. Com a chegada ao rol das Modalidades de licitação da figura do Pregão (que adota como critério de seleção uma espécie de leilão reverso), esta crença passou a ser dominante no setor de contratações públicas.

Há uma tendência da Administração em confundir um sistema eficaz, com um sistema de resultados rápidos e (aparentemente) baratos. Entretanto, a rapidez do procedimento (em especial da modalidade de Pregão) pode produzir resultados indesejáveis. A eficiência do sistema deve ser medida pela sua capacidade de produzir a aquisição de produtos: a) de maior qualidade; b) com um preço competitivo; e c) evitando-se desperdícios.

Patrick Bajari, Steve Tadelis e Robert McMillan, no seu artigo *Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*¹⁴ (Leilões versus Negociações em Aquisições: Uma Análise Empírica, em uma tradução livre), ao analisar os dados das contratações no setor público norte-americano, apontam para a impressionante cifra de 97% de contratações levadas a cabo por meio de leilões. A justificativa

¹³ Idem, *Ibidem*.

¹⁴ Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342360>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

apresentada pelos Autores parte da percepção geral de que os leilões são: a) procedimentos mais céleres e menos custosos; e b) previnem de maneira mais eficiente atos de corrupção e favorecimentos.

Mas os autores propõem que esta lógica não seja aplicada aos projetos de maior complexidade, apontando para o seu principal aspecto negativo: *a falta de insumos para o Licitante melhor analise a produto final a ser entregue, durante o estágio de formulação das propostas*; o que gera inevitáveis atritos durante a execução do contrato.

No seu artigo *Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts*¹⁵ (algo como, Incentivos versus Custos de Transação: Uma Teoria dos Contratos de Aquisição), Bajari e Tadelis chegam à conclusão de que normalmente o problema das aquisições se dá no ambiente pós-contratação, durante a fase de execução dos contratos (*ex post adaptations*), e não na fase de seleção do contratante (*ex ante screening*). Problemas na execução do contrato geram um alto custo de transação na discussão das adaptações necessárias, o que implica a discussão acerca da manutenção da equação econômica e financeira do contrato, ou seja, da conservação da relação de encargos e vantagens estabelecida no momento da contratação.

A conclusão que podemos alcançar é o indicativo de que os Tipos de licitação que envolvem o padrão Melhor Valor são mais eficientes em projetos complexos. O aprofundamento do conhecimento dos Licitantes sobre as características principais do projeto, já na fase de formulação das propostas (*ex ante*), minimiza a ocorrência de conflitos durante a execução contratual (*ex post*), visto que as falhas e incongruências do projeto básico e do orçamento já são expostas, debatidas e (em maior parte) solucionadas via procedimento de questionamentos e impugnações, ainda durante a fase inicial da licitação.

¹⁵ Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193121>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

Guhan Subramanian aponta, ainda, que existem certos itens ou características do produto/serviço a ser contratado que não são identificáveis apenas com uma análise do preço, que ele denomina *itens sem preço* (*non-price aspects*), tal como a qualidade. Ao fazer uma análise empírica dos processos de aquisições nas grandes empresas do setor privado americano, o autor nos apresenta que a febre dos leilões eletrônicos dominou os anos 1990, sendo que

durante a década seguinte, as empresas aprenderam, em geral da maneira mais difícil, que *os leilões não são a melhor forma de se comprar tudo*. Um problema que as empresas encontraram foi a dificuldade de identificar itens sem preço no processo de leilão eletrônico [...] como a qualidade. [grifamos]¹⁶

O professor de Harvard, então, identifica e setoriza as principais características envolvidas em um processo de aquisição, propondo um modelo de análise para que se determine a melhor forma de se moldar um processo aquisitivo. O modelo analisa o *Perfil dos Licitantes*, as características do *Ativo* a ser adquirido, o perfil do *Vendedor/Comprador* e o *Contexto* do negócio.

Com as devidas adaptações para o contexto das contratações públicas¹⁷, podemos construir o seguinte modelo de análise para se determinar o melhor Tipo de licitação a ser adotado:

Característica	Melhor Preço	Melhor Valor
Perfil do Licitante	Grande número de fornecedores	Grande diferença de qualidade entre fornecedores
Características do Ativo	Ativo bem especificado	Grande potencial de geração de valor pela interação das partes
Contexto	Velocidade é importante	Relacionamento é importante

Segundo o modelo proposto, temos que o uso dos Tipos de *Melhor Preço* deverá ser aplicado quando: a) existir um grande número de

¹⁶ In: **Negotiauctions**, p. 34. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹⁷ Nas Contratações Públicas, o Comprador sempre será a Administração Pública.

potenciais Licitantes; b) que possam fornecer um bem padronizado (*commodity*); c) em que a simplicidade e rapidez do certame sejam benéficas para a obtenção do menor preço.

Já os Tipos de *Melhor Valor* devem ser empregados em licitações: a) em que a qualidade do produto final for um aspecto relevante; b) que a obtenção deste produto se dê a partir de uma interação (em um contrato de execução futura ou continuada) entre Licitante e Administração Pública; c) em um contexto em que a experiência, habilidade e capacitação pessoal do Licitante seja determinante para o resultado final. A relação contratual formará uma parceria entre Administração Pública e empresa contratada, tendo como finalidade o atingimento da melhor solução técnica possível, para o objeto proposto na contratação. Nesses casos, a demora no processo licitatório será compensada pela maior solidez do projeto e certeza de sua melhor execução.

Em pesquisa realizada por Laura Carpineti, Gustavo Piga e Matteo Zanz junto às instituições responsáveis pelos processos de licitações em diferentes países¹⁸, temos uma demonstração empírica dos argumentos acima expostos. A conclusão inicial do estudo é que *o princípio da eficiência (efficient procurement practices) é a pedra fundamental das contratações públicas nas economias modernas, tendo como objetivo principal a redução de atividades inúteis (wasteful activities)*.

Uma das principais características apontadas para o atingimento da eficiência é a execução dos contratos por fornecedores qualificados (*qualified suppliers*)¹⁹. Pelos levantamentos dos autores, mais da metade das

¹⁸ Constante do estudo *The Variety Of Procurement Practice: Evidence From Public Procurement*, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896748>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

¹⁹ Para selecionar os participantes do certame, quase todos os países pesquisados impõem a comprovação de qualificação técnica e legal, tais como: a) capacidade financeira (comprovada através de demonstrativos contábeis ou bancários); b) garantias bancárias; c) certificados de qualidade; d) inexistência de processo falimentar; e) inexistência de débitos fiscais; f) qualificação técnica; g) qualificação legal para a execução do contrato (em atividades regulamentadas).

instituições dos países pesquisados requerem dos fornecedores o cumprimento de três a cinco parâmetros de qualificação para a participação em um certame licitatório. Os parâmetros variam segundo uma função entre: a) a natureza do produto/serviço adquirido; e b) o grau desejável de participação/competição no certame.

Quanto ao critério de seleção, os autores nos apontam a existência, em todos os países pesquisados, dos dois Tipos básicos encontrados nas licitações nacionais, que eles denominam “menor preço” (*lowest price*) e “proposta economicamente mais vantajosa” (*most economically advantageous tendering*), sendo que, nesta última, outros aspectos, além do preço, os chamados *non-price aspects*, também são levados em conta na seleção das propostas.

A pesquisa de campo realizada apontou que para a maioria das instituições *o preço não é suficiente para identificar a melhor oferta*, pois “there are other relevant aspects to be considered, usually characteristics of the item or additional related services that improve the overall quality of the supply”.

A ideia subjacente na conclusão dos autores do estudo já nos é conhecida: a) em contratações de maior complexidade, mais *atributos sem preço* são importantes no processo de avaliação das ofertas; b) sendo que as contratações pelo menor preço se encaixam melhor na aquisição de produtos cujo preço é o único fator relevante.²⁰

As licitações no Setor de Aerolevantamento e o exemplo paulista

No ano de 2010, foram lançados²¹ 83 Editais envolvendo serviços cartográficos. Se classificarmos estes Editais pelo Tipo de licitação,

²⁰ Idem, p. 11.

²¹ Segundo levantamento efetuado pela empresa Aeroimagem S.A. – Engenharia e Aerolevantamentos.

chegamos à constatação de que aproximadamente 80% dos Editais optaram pelo Tipo menor preço:

Tipo de Licitação	Quantidade
Técnica e Preço	16
Melhor Técnica	3
Menor Preço	64

Decompondo os Editais de menor preço, temos que foi utilizada apenas uma vez a modalidade de Concorrência (procedimento que força uma melhor análise *ex ante*, da qualificação técnica do contratado e do objeto contratual, mesmo para o mero preenchimento dos requisitos de capacidade técnica), contra 55 vezes da modalidade Pregão²² (em que a qualificação técnica se dá apenas após definido o preço vencedor).

As deturpações causadas pelo uso errático dos Tipos de licitação, na contratação de serviços de engenharia, acabam gerando: a) a compra de produtos e serviços de baixa qualidade técnica; e b) o desperdício de tempo e dinheiro com a reestruturação dos contratos, durante a sua execução²³.

A contratação via Pregão desfavorece uma mais acurada avaliação prévia do objeto licitado (*ex ante screening*), introduzindo uma assimetria de

²² A Modalidade de Pregão, segundo as “Orientações sobre licitações, contratos e convênios” (em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos>, conforme consulta realizada em 28.04.2011) do TCU – Tribunal de Contas da União, deveria ser utilizada para a aquisição de “bens e serviços comuns” que seriam caracterizáveis como “produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa”. O TCU nos dá exemplos do que podem ser considerados bens e serviços comuns: “caneta, lápis, borracha [...] confecção de chaves, manutenção de veículo, colocação de piso, troca de azulejos”.

²³ Como bem alerta Carlos Ari Sundfeld, “a proposta de valor mais baixo nem sempre é exequível pelo licitante, o que, nos contratos de execução futura ou continuada, conduz a graves prejuízos para o Estado. Realmente, se o contratado não puder cumprir o prometido, das duas uma: ou paralisará a execução, deixando desatendido o interesse público a meio do caminho; ou, por via de influências indevidas (aditamentos contratuais, aceitação de material de má qualidade, etc.), buscará compensar a perda inicial com ‘vantagens’ de outra ordem” (In: **Licitação e Contrato Administrativo**, 2. ed., p. 149).

informações que distorce o resultado do processo de contratação, criando um chamado “Mercado dos Limões”.

A teoria do mercado de limões, proposta pelo economista americano George Arkelof, defende que em um mercado de produtos com qualidades distintas e difíceis de serem comparadas *a priori*, como o mercado de automóveis usados, por exemplo, nos quais os compradores não detêm tanta informação sobre as características do produtos quanto o vendedor; o preço dos produtos será o preço médio dos produtos de todas as qualidades, ponderando pela possibilidade de ocorrência de dita qualidade. Isso faz com que a quantidade de produtos de boa qualidade adquiridos (de maior preço) seja menor que a sua quantidade eficiente²⁴, já que a oferta será menor que a demanda, visto que o preço médio proposto não é vantajoso para quem vende um produto de qualidade.

Os economistas chamam esse fenômeno de *seleção adversa*, sendo que esta ineficiência resulta em uma situação em que se acaba *adquirindo mais produtos de menor qualidade, por um preço maior do que realmente valem*.

Lutando contra a adoção indiscriminada do Pregão, e seu impacto negativo na fixação do preço justo e na qualidade dos produtos e serviços complexos, o Estado de São Paulo editou o Decreto nº 56.656, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre as regras a serem observadas para a aprovação e contratação de projetos básicos de obras e serviços de engenharia e arquitetura.

²⁴ O nível eficiente de atividade para um produto é representado pelo ponto em que o Benefício Coletivo Marginal é igual ao Custo Coletivo Marginal. Para atingirmos este equilíbrio é preciso preencher quatro condições: a) o Benefício Coletivo Marginal deve ser igual ao Custo Individual Marginal (não existem externalidades positivas ou negativas no consumo); b) O Benefício Individual Marginal deve ser igual ao Preço do Produto; c) o Preço do Produto deve ser igual do Custo Individual Marginal; e d) o Custo Individual Marginal deve ser Igual do Custo Coletivo Marginal (não existem externalidades positivas ou negativas na produção). *Quando a oferta é igual à demanda para um produto específico, nós atingimos a chamada eficiência de Pareto.*

A preocupação central do Decreto paulista é com a utilização de uma boa técnica na gestão dos procedimentos licitatórios, estabelecendo que o processo de contratação deva ser obrigatoriamente instruído (art. 1º) com notas explicativas, estudos técnicos preliminares, memoriais descritivos, desenhos, elementos gráficos e especificações.

Com um perfil didático, o art. 3º do Decreto determina *a utilização dos Tipos de Melhor Valor* (melhor técnica e técnica e preço) *para a contratação de diversos tipos de serviço de engenharia* que enumera, dentre eles (inciso VI), os “levantamentos cartográficos aerofotogramétricos, topográficos e geodésicos e outros serviços congêneres”, sendo que, nesses casos, *os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório deverão ser maiores para as propostas técnicas do que para as propostas de preços*.

O Decreto utiliza-se corretamente da premissa de que a precisa definição do objeto (*ex ante screening*), já na fase preliminar da licitação, minimiza os problemas da fase de execução (*ex post adaptations*).

A Etapa de Execução do Contrato

Teoria Econômica do Contrato

Cooter e Ulen, em seu livro *Direito e Economia*²⁵, desenvolveram uma teoria contratual baseada na eficiência de Pareto (segundo a qual uma situação econômica é ótima se não for possível melhorar a situação um agente econômico, sem piorar a situação de qualquer outro agente).

Partindo do que chamam de um Jogo de Agência, eles apresentam os seis propósitos básicos do direito contratual:

1º. No Jogo de Agência, um jogador decide colocar um ativo valioso na mão do segundo jogador. Por exemplo, um investidor que deposita o seu

²⁵ México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

dinheiro em um banco. O segundo jogador tem duas alternativas, coopera com o primeiro jogador ou se apropria do ativo. A cooperação é produtiva, visto que os juros gerados pela aplicação do investimento, no exemplo acima, serão repartidos entre as partes (0,5;0,5). Já a apropriação é redistributiva, pois o segundo jogador se beneficia à custa do primeiro (1;-1). Como em jogos não cooperativos, um dos jogadores resta em posição pior que a inicial, este tipo de jogo é ineficiente.

Jogo de Agência sem Contrato:

		Segundo Jogador	
		Cumprir	Descumprir
Primeiro Jogador	Investir	0,5;0,5	1;-1
	Não Investir	0;0	0;0

Um contrato legalmente exigível (garantido o primeiro jogador contra a apropriação indevida) torna a situação proposta em um jogo cooperativo. Este é o *primeiro propósito do direito contratual: permitir que os indivíduos transformem jogos não cooperativos, em jogos cooperativos*, garantindo uma solução eficiente.

2^o. Um contrato é exitoso se ele elimina as possibilidades da ocorrência de um comportamento oportunista, pois a eficiência requer que o cumprimento do contrato seja benéfico para ambas às partes contratantes. O *segundo propósito do direito contratual é obter um compromisso ótimo de cumprimento*. A parte tem incentivo para cumprir o contratado quando a responsabilidade pelo descumprimento for igual ao benefício perdido pela outra parte (-0,5;0,5), em outras palavras, a parte tem incentivo eficiente para cumprir o contrato quando a responsabilidade pelo descumprimento internaliza os custos do descumprimento.

Jogo de Agência com Contrato:

		Segundo Jogador	
		Cumprir	Descumprir
Primeiro Jogador	Investir	0,5;0,5	-0,5;0,5
	Não Investir	0;0	0;0

3º. As perdas e os danos são o remédio mais comum para casos de descumprimento contratual, pois o pagamento perfeito das perdas e dos danos restabelece a parte inocente à mesma posição que teria desfrutado se a promessa se houve cumprido.

Entretanto, a fixação do valor da indenização normalmente é imperfeita, pela dificuldade de se medir a extensão do dano provocado. *O terceiro propósito do direito contratual é aumentar a confiança no cumprimento do compromisso assumido.* A confiança é grande quanto o cumprimento é seguro e pequena, quando o cumprimento é incerto.

4º. Os contratos implicam riscos. Quando um contrato não diz nada acerca de um risco, estamos diante de uma lacuna. As lacunas representam eventos que não se consideraram explicitamente em um contrato, mas que afetam as obrigações criadas por ele. Elas podem ser: a) inesperadas, fruto da álea do negócio; ou b) deliberadas, pois os riscos remotos não justificam o custo de negociar os termos de sua atribuição/repartição.

As partes devem escolher entre repartir os riscos *ex ante* ou atribuir a responsabilidades pelas perdas *ex post*. *O quarto propósito do direito contratual é minimizar os custos de transação nas negociações contratuais, mediante a previsão de formas eficientes de suprimento de lacunas.*

O preenchimento de uma lacuna é eficiente quando maximiza o lucro para as partes, atribuindo as obrigações de maneira eficiente e ajustando razoavelmente o preço. Em geral se chega mais facilmente a um acordo sobre a atribuição de um risco que a atribuição de uma perda. A primeira pergunta a ser respondida, então, é: quem assumiria o risco a um menor custo? Pois, um contrato ideal assinala os riscos de perdas imprevisíveis a quem assuma este risco de maneira mais eficiente. Como regra, o promitente deve assumir os riscos normais (razoavelmente esperados) do descumprimento, sendo que o receptor da promessa deverá assumir os custos imprevisíveis do cumprimento. Depois, deve-se considerar o ajuste do preço do contrato, de forma compatível com o risco assumido.

5º. O quinto propósito do direito contratual é regular os termos do contrato, para corrigir falhas de mercado. O direito contratual deve corrigir contratos imperfeitos, verificáveis quando as partes não são racionais ou os custos de transação são positivos. Temos casos de custos de transação positivos quanto temos externalidades (poluição, por exemplo), assimetria de informação (como na relação fornecedor/consumidor) e monopólio (com a limitação de poder de negociação dos termos contratuais pela parte mais fraca).

6º. Os contratos de longa duração podem ser tidos como um Jogo do Agente repetido indefinidamente. Este jogo somente é eficiente se existe uma recompensa para a cooperação e uma punição para a apropriação. Estabelecida essas premissas, a relação contratual terá uma vida sem percalços.

Jogo de Agência Repetido:

Estratégia do Segundo Jogador	Ganhos do Segundo Jogador			
	Rodada	n	n+1	n+2
Apropriar		1	0	0
Cooperar		0,5	0,5	0,5

Um contrato legalmente exigível pressupõe um Estado eficaz em fazer cumprir o direito contratual e de propriedade. O sexto propósito do direito contratual é promover relações contratuais permanentes, resolvendo os problemas de cooperação com a menor utilização possível dos remédios contratuais. Uma negociação clara dos direitos facilita as negociações, já uma definição obscura dos direitos, promove desacordos futuros.

Em resumo, ao fazer cumprir as promessas, o direito contratual permite que os indivíduos assumam compromissos firmes de cooperação e de cumprimento ótimo das promessas, pelo incentivo criado em um jogo de cooperação eficiente.

Ao criar mecanismos de suprimento de lacunas eficiente, o direito contratual reduz os custos de transação e ameniza os riscos de ocorrência de comportamentos oportunistas.

A eficiência de Pareto requer que o direito, garantindo o cumprimento forçoso de uma promessa, ajude as partes alcançar as suas metas, com a maior vantagem possível.

A Gestão do Contrato Administrativo

O traço marcante do contrato administrativo é que este não espelha a autonomia da vontade (manifestação egoística da realização do interesse individual) da Administração Pública, mas o dever da Administração de realização do interesse público; o que cria, segundo Marçal Justen Filho, a necessidade de sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais.

É com fundamento nessa concepção instrumental de função administrativa²⁶ que são atribuídas à Administração as chamadas prerrogativas extraordinárias de modificação no contrato; em especial, a prerrogativa de alterar unilateralmente a forma e o conteúdo da prestação contratada, como garantia do atingimento do fim público.

Entretanto, para bem entendermos a extensão dessas prerrogativas, é relevante a classificação das cláusulas contratuais em mutáveis e imutáveis, a partir do princípio constitucional (art. 37, inciso XXI) da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

As cláusulas que dizem respeito à execução dos serviços contratados são mutáveis, ou seja, são alteráveis: a) as especificações do projeto, para a sua melhor adequação técnica ao objetivo contratual; e b) os acréscimos ou diminuições quantitativos, dentro dos limites legalmente fixados. Entretanto, “é inalterável a relação entre encargos e vantagens prevista na proposta do contratado e consagrados na contratação. Se houver elevação

²⁶ Conceituada por Marçal Justen Filho como “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.” (*ob. cit.*, p. 29)

dos encargos impostos ao particular, deverá haver correspondente elevação de sua remuneração.”²⁷

A necessidade de uma boa gestão do processo de contratação aplica-se aos contratos mistos ou muito específicos, pois, nestes casos, os custos envolvidos nas renegociações ou na substituição do fornecedor são muito elevados.

Baseado nos propósitos do direito contratual, definidos por Cooter e Ulen, a partir do conceito de eficiência de Pareto, podemos afirmar que a gestão da contratação de serviços complexos pela Administração Pública deve ter como premissas:

- a) a escolha de soluções que maximizem a soma dos ganhos das partes, gerando um jogo cooperativo, *criando um ambiente de justiça (distributiva) contratual*²⁸;
- b) assegurar a confiança no cumprimento do contrato. O cumprimento de uma promessa gera custo ao promitente e benefício ao receptor. A eficiência requer que o promitente cumpra um compromisso

²⁷ Marçal Justen Filho, *ob. cit.*, p. 290.

²⁸ Partindo da concepção egológica (Carlos Cossio) de que direito é a regulação das condutas em interferência intersubjetiva, José Vilanova, em seu livro *Elementos de Filosofía Del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984) fundamenta a sua noção de justiça na alteridade do direito, pois os valores jurídicos nunca se referem a alguém isolado.

Nesse contexto, os valores jurídicos são valores de coexistência, podendo ser classificados em três aspectos básicos, partindo de uma perspectiva individual (valor fundante), para uma perspectiva da coletividade (valor fundado):

a) Coexistência como “circunstância” – em que o valor básico (individual) seria a “segurança” e o valor de heteronomia (social) seria a “ordem”;

b) Coexistência como “pessoa” – exprimindo-se em “paz” e “poder”, respectivamente;

c) Coexistência como “sociedade” – definidos em “solidariedade” e “cooperação”.

Segurança, Paz e Solidariedade no plano individual; Ordem, Poder e *Cooperação no plano coletivo*, seriam os seis valores jurídicos parciais que quando harmonizados e totalizados formam o valor Justiça.

Sendo assim, “Justiça” é uma concepção aberta e “*consistiría em asignar el lugar y proporción adecuada a cada uno de los valores parciales.*” Neste contexto, a Justiça não seria uma virtude da alma (uma noção subjetiva), “*sino que es una situación objetiva de una determinada coexistencia.*”

quanto os custos de cumprimento sejam menores que o benefício gerado ao receptor. A confiança faz com o que o descumprimento seja mais custoso para o receptor que a promessa.

Se um fornecedor está exposto ao oportunismo do comprador (por exemplo, ao atraso no pagamento), é irreal pensarmos que ele irá vender a este comprador ao mesmo preço que para um comprador que ofereça uma garantia de cumprimento. O comprador sem garantia deverá pagar um prêmio (um sobrepreço), que compense o risco que o fornecedor corre ao lhe vender. Fazendo as suas promessas firmes, a Administração Pública evita o pagamento deste sobrepreço.

- c) *buscar minimizar os custos de transação na negociação do contrato*²⁹, mediante a previsão de soluções eficientes para casos de omissões; promovendo relações duradouras (uma relação funcional), que incentivem a cooperação das partes, gerando mais soluções negociadas.

Segundo a Teoria dos Custos de Transação, baseada no conceito de eficiência de Pareto, deve assumir o risco do contrato a parte que melhor poder reduzir a possibilidade de sua ocorrência (*best risk avoider*), assumindo (a um menor custo) as despesas com as medidas de contenção. Nas licitações públicas, é o Licitante, com sua vasta experiência no seu mercado de atuação, que conhece os riscos que a execução dos serviços contratados envolve, detendo a base de conhecimentos necessários a evitar a ocorrência das áleas, ou ao menos mitigar os seus efeitos.

Entretanto, o risco da alteração do contrato é plenamente assumido pela Administração Pública, que em um ambiente de modificação do projeto ou suas especificações, em uma adaptação *a posteriori* dos seus

²⁹ O custo de transação esperado de uma lacuna contratual é igual à probabilidade de a perda ocorrer, multiplicada pelo custo de negociar os seus riscos.

objetivos pela falta de clareza inicial, é forçado a manter a equação econômica e financeira inicialmente contratada, assumido os custos envolvidos neste processo adaptativo.

Um ambiente de deficiência de informação, na contratação de serviços complexos, aumenta o risco da contratação para a Administração Pública, pois cria o chamado *problema do agente*. Esta teoria microeconômica faz uma analogia dos contratos com assimetria de informação com o contrato de mandato, porque parte da ideia de que se o mandante encarrega o mandatário (agente) de uma certa atividade, mas não especifica quais ações deverão ser adotadas para levar a cabo o encargo assumido, o mandante acaba enfrentando dois tipos de risco: a) além do natural risco, advindo de fatores exóginos, tais como catástrofes naturais ou mudanças macroeconômicas; b) surge um risco endógeno, criado pelas ações desenvolvidas pela vontade própria do agente, diante da uma lacuna contratual estabelecida.

A ausência de uma clara especificação do objeto contratado transfere o risco das adaptações do objeto do contrato³⁰ do contratado para o contratante (Administração Pública).

Conclusões

No ambiente de contratação de serviços complexos pela Administração Pública, o pior contexto possível é o da assimetria de informações, com a formulação de editais que buscam apenas e tão somente a obtenção do menor preço nominal, relegando para um segundo plano os *itens sem preço* que compõem o objeto da contratação.

A Administração Pública deve investir na relação contratual de maneira ótima (eficiente), com um maior engajamento já na fase preliminar

³⁰ As adaptações serão inevitáveis, no contexto de uma contratação pública, pois a supremacia do interesse público não irá permitir, no suprimento das lacunas ou equívocos constantes do edital de licitação, que a Administração se sujeite à vontade unilateral do Contratado, na melhor definição/adequação do objeto do contrato.

da contratação, com: (a) *a definição clara de seus objetivos e da qualidade dos produtos/serviços que pretende contratar*; (b) *adotando o Tipo de licitação adequado ao objeto eleito* e (c) *atribuindo os riscos envolvidos na execução do contrato de maneira eficiente*; obtendo, assim, resultados muito superiores (*best value*) aos que obteria em contratações que resultem em produtos de baixa qualidade ou que exijam renegociações de preços e condições com o Licitante vencedor, durante a fase de execução do contrato.

Como afirma Marçal Justen Filho, “a figura do ‘custo de transação’ adquire enorme relevância como instrumento teórico para orientar a Administração Pública na estruturação e condução da licitação, visando à obtenção da proposta mais vantajosa.”³¹

Trazendo as lições de Ronald Coase, expostas no seu artigo *The Problem of Social Cost*, para nosso contexto, “what has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produced the harm”³², ou seja, não devemos dar enfoque, como é tradicional no Brasil, sobre as formas de reequilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo, olhando o tema das contratações públicas por meio dos mecanismos de controle *ex post*, pois o *nosso real problema é evitarmos a existência de contratações ineficientes*.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steve. **Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193121>. Consulta realizada em 15.04.2011.

³¹ *ob. cit.*, p. 56.

³² In: **The Firm, The Market and The Law**, p. 132. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steve; MCMILLAN, Robert. **Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342360>. Consulta realizada em 15.04.2011.

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZ, Matteo. **The Variety Of Procurement Practice: Evidence From Public Procurement**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896748>. Consulta realizada em 15.04.2011.

COASE, Ronald. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990. p. 132.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

SCHOONER, Steven L. **Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620>. Consulta em 15.04.2011.

SUBRAMANIAN, Guhan. **Negotiauctions**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Orientações sobre licitações, contratos e convênios**. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos>. Consulta realizada em 28.04.2011.

VILANOVA, José. **Elementos de Filosofia Del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism**. Nova York: Free Press, 1985.