

ANÁLISE ECONÔMICA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Rafael Vêras de Freitas¹

INTRODUÇÃO

O sistema de contratações públicas brasileiras “derreteu”. 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 papelada”. É dizer, transformou-se em um expediente que visa a averiguar qual licitante apresenta mais atestados (ou que possui mais recursos para ingressar em um mercado já dominado por determinados agentes), e não a selecionar a melhor proposta para a Administração Pública².

O problema já foi, há muito, diagnosticado pela doutrina especializada pátria³. Cuidam-se de vicissitudes que são provocadas, dentre outros fatores, pelo regime

¹ Professor da FGV Direito Rio. Coordenador dos Módulos de Concessões e de Infraestrutura da Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela FGV. Advogado.

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do «placar eletrônico»”, In: A. S. Aragão e F. A. Marques Neto, *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 569.

³ Nesse Fernando Dias Menezes de Almeida assevera que: a teoria do contrato administrativo, já contendo alguns pontos criticáveis desde sua consolidação, resta insuficiente para explicar o fenômeno convencional da Administração, dado seu aumento de complexidade nos dias atuais. Nesta Seção, serão apresentadas considerações complementares de análise crítica da teoria. No entanto, há que se esclarecer que a referência à superação da teoria não significa sua total recusa ou negação, mas sim a indicação da necessidade de alteração de alguns de seus aspectos e de acréscimo de outros novos”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo: [s.e.], 2010. P. 314. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Mimeo. SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013. REISDORFER, Guilherme F. Dias. Contratos administrativos – Considerações sobre o regime contratual administrativo e a aplicação das competências exorbitantes. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 99-120, set. 2014/fev. 2015. RESENDE, Mariana Bueno. A insuficiência das cláusulas exorbitantes como critério de distinção dos contratos da Administração: estudo dos contratos de locação de imóveis urbanos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015.

jurídico trazido pela Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Contratações Públicas – LGL), o qual tem um viés uniformizador. O referido diploma teve o desiderato de ser observado por todas as entidades administrativas (União, Estados e Municípios) e por suas entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e demais entidades controladas), pelo menos até a Lei nº 13.303/2016. Ninguém ficou de fora de sua incidência. E o que é pior: a LGL se pretendeu adequada para disciplinar qualquer contrato de que o Poder Público é parte. Nesse quadrante, ela incide, de igual forma, a compra de material de escritório de uma modesta repartição pública nos rincões e a compra de caças pela Força Área Brasileira – FAB. Qual poderia ser o resultado? O colapso do sistema de contratações públicas.

De fato, os resultados produzidos pela Lei nº 8.666/1993 são alarmantes. E, por mais que possa parecer contraditório, uma lei que foi editada para combater a corrupção do país se transformou em um dos seus maiores instrumentais⁴. Os resultados da “Operação Lava Jato” reforçam tal conclusão. A falência do sistema de contratações públicas brasileiro se deu por uma confluência de fatores, dentre os quais: (i) pela crença de que os ensinamentos doutrinários deveriam orientar o desenho de institutos jurídicos, independentemente de comprovações empíricas da sua eficiência; (ii) pela utilização de reformas legislativas emergenciais (e pouco refletidas); e (iii) pela manutenção do entendimento de acordo com o qual o regime jurídico das contratações públicas seria predador de uma normatização exauriente, e não de uma constante experimentação (tema que será doravante desenvolvido). Mais uma vez, em termos coloquiais, em ter se “criado dificuldades para vender facilidades”. Daí a necessidade de sua revisão.

Estamos, mais uma vez, nesse quadrante histórico. Após a deflagração da Operação Lava Jato, a grita da sociedade é no sentido de que o regime de contratações públicas tem de ser reformado. Inicialmente, o argumento – um pouco apressado – trazido pela mídia e pelos órgãos de controle foi o de que a liberdade do regime de contratação das empresas estatais teria provocado uma das maiores crises institucionais

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 237-255, mar./ago. 2013.

⁴ ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

por que já passou o país (especificamente o da Petrobrás, estatal que figurou no epicentro dos escândalos de corrupção). O açodamento, por certo, não é um caminho seguro⁵. Pelo contrário, para além de vicissitudes políticas (as quais fugiriam ao escopo deste ensaio), a falência do sistema de contratações públicas está no seu “engessamento”, e não na sua adaptabilidade às especificidades de cada entidade administrativa⁶. O problema é mais amplo. E exige soluções um tanto mais sofisticadas.

É hora, pois, de se repensar o sistema de contratações públicas brasileiro. Cuida-se de um momento no qual se despertam toda sorte de embates e de paixões. Inúmeros projetos de lei são apresentados, comissões são constituídas, grupos de interesse tentam preservar as suas posições (seja por meio de ilícitos, seja por intermédio do legítimo lobby), instituições tentam ampliar o seu espectro de poder (v.g. a ampliação da atuação

⁵ Como bem apontam André Rosilho e Larissa Santiago Gebrim: Olhar o Direito pelo viés da política pública impõe ao intérprete o dever de fazer uma leitura mais abrangente da realidade, compreendendo, para além das normas em abstrato, sua dinâmica, movimentada por gestores e por controladores. Este alerta é especialmente relevante para o “Caso Petrobras”. A empresa, como se sabe, é alvo de investigações, cujo cerne recai justamente sobre suas contratações (disciplinadas pelo Decreto nº 2.745/98). Neste ambiente de crise, alguém poderia levantar a seguinte dúvida: seria o procedimento licitatório simplificado a causa dos supostos escândalos de corrupção envolvendo a empresa? Será que os supostos desvios somente teriam ocorrido porque a Petrobras pauta suas contratações pelo Decreto nº 2.745/98, e não pela Lei nº 8.666/93? Eventual relação de causa e efeito, para que pudesse ser estabelecida, necessariamente dependeria da existência de provas concretas. Seria temerário — e até mesmo irresponsável — ligar uma coisa a outra exclusivamente a partir de ilações ou de opiniões desconectadas de provas. No entanto, a falta até mesmo de meros indícios que ligassem supostos atos de corrupção ao procedimento licitatório simplificado da Petrobras não impediu que o TCU, por meio do seu presidente, o culpasse pelos supostos malfeitos — supostos porque ainda pendem de investigação. (ROSILHO, André Janjácómo; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015.

⁶ O que é expressamente refutado por Juan Carlos Cassagne, para quem: Las actuales tendencias que exhibe la evolución de la concepción del contrato en el derecho administrativo van desde una mayor flexibilidad para favorecer el ejercicio de la potestas variandi, en armonía con los principios generales que preservan la ecuación económico-financiera, hasta el reconocimiento de una "zona común" para regir todos los procedimientos de la contratación administrativa junto a la tesis que admite contratos administrativos por extensión. En todas estas concepciones campean nuevos criterios de hermenéutica que sólo adquieren sentido si se mantiene la categoría del contrato administrativo, como figura típica del derecho público, dotada de un régimen peculiar específico que, fundado en una distinta materialidad jurídica, lo distingue tanto de los contratos regidos plenamente por el derecho civil o comercial como de aquellos de régimen mixto. (CASSAGNE, Juan Carlos. *Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Janeiro / Fevereiro 2007).

dos Tribunais de Contas⁷). Daí a justificativa do trabalho que ora se apresenta. Ele tem por desiderato contribuir para a reforma do regime de contratação brasileiro, por intermédio do questionamento de um dos seus principais paradigmas.

O regime jurídico único trazido pela Lei n° 8.666/1993 é um exemplo de paradigma. Qual seria a anomalia presente nesse entendimento? Esse regime contratual não se mostrou eficiente (como será doravante demonstrado, por intermédio de alguns estudos empíricos). Tal se deu, seja pela sua rigidez – atrelada, sobretudo, às exorbitâncias contratuais em favor do poder público (o que importou no incremento dos custos de transação destes ajustes) –, seja pela sua inadequação para dar conta de seus mais diversos ajustes.

Com esse desiderato, pretende-se dividir o presente ensaio em duas partes. Na primeira parte, serão expostas as causas e as consequências da falência do sistema de contratação pública, para o que se pretende valer de aportes doutrinários e de estudos empíricos. Na segunda parte, apresentar-se-á o instrumental da Análise Econômica do Direito, na medida do necessário ao objeto do presente ensaio, a fim de fomentar o debate a propósito da abrangência de uma efetiva reforma do regime jurídico das contratações públicas à luz desse racional.

I. O REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS ORIGENS

O regime jurídico dos contratos de que a Administração Pública é parte vem sendo relativizado. Atualmente, o entendimento (ideológico) segundo o qual as prerrogativas publicísticas são inerentes a contratos celebrados por entidades estatais (v.g. alteração unilateral, extinção unilateral, aplicação de sanções administrativas), independentemente do seu objeto, vem sendo objeto da reflexão da doutrina especializada⁸.

⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out./dez. 2014. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 11-44, maio/ago. 2011.

⁸ Por todos, no Brasil, V. MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009. No mesmo sentido, para Juan Carlos Cassagne “o critério do serviço público já não é mais adequado para fundamentar a categoria

É que, desde a edição do Decreto-lei nº 2.300/19869 (diploma normativo que precedeu à Lei nº 8.666/1993), o ordenamento jurídico brasileiro encampou o entendimento doutrinário de acordo com o qual o “contrato administrativo” seria toda a avença de que a Administração Pública é parte, a qual se submete a um regime jurídico exorbitante ao Direito Privado¹⁰. Mais especificamente, de que se trataria de um negócio jurídico disciplinado por um regime jurídico assimétrico (verticalizado) e único (que não comportaria modulações). Esse entendimento doutrinário restou consagrado, pelo art. 2º, da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), dispositivo que impõe a obrigatoriedade da aplicação de um regime único a “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada¹¹”.

do contrato administrativo, porque não existe acordo doutrinário acerca dos alcances e amplitude do conceito, como também pelo aparecimento dos serviços públicos comerciais e industriais que se têm cometido às regras de direito privado. Para o autor, também o critério da utilidade pública já não se mostra tão satisfatório, eis que existem contratos administrativos que não perseguem fins de utilidade pública”. (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1999)

⁹ Eis o dispositivo que consagrou essa sistemática: Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste.

¹⁰ Para Hely Lopes Meirelles: “Contrato privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do Direito Privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade. Contrato semipúblico é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público. Contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de Direito Privado e agindo publicae utilitatis causa, sob a égide do Direito Público ” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991, 10ª ed., p. 156).

¹¹ De acordo com Cláudio Cairo Gonçalves, “as características dos contratos administrativos cingiam-se, principalmente, à presença de pessoa jurídica de direito público; exercício de serviço público; interesse público envolvido; e cláusulas exorbitantes de direito comum”. (GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 112). Segundo Fernando Rocha, alguns critérios e teorias são admissíveis para se distinguir o contrato administrativo, tais como o critério subjetivo, o critério da jurisdição – não aplicável à realidade brasileira –, o critério do serviço público, a doutrina dos contratos administrativos por natureza e a teoria da cláusula exorbitante de direito comum. (ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *Regime jurídico dos contratos da administração*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 40-41).

Tal entendimento importou no que Floriano de Azevedo Marques Neto designou, com muita felicidade, de “Maldição do Regime Único¹²”. É dizer, tal maldição teve lugar por intermédio da tentativa de, a partir da apartação entre Direito Público e Direito Privado, atribuir a todos os institutos do Direito Público um regime jurídico único, pautado na ideia de supremacia do interesse público. De acordo com o referido autor, isso se deu: (i) em razão de uma necessidade metodológica, que tem de ver com a afirmação do Direito Administrativo, bem como da necessidade vivida no fim do século XIX de demarcar seus lindes em relação a outros ramos do direito; (ii) em decorrência da influência do Direito Administrativo Francês, em que a segregação entre o regime comum e administrativo era necessária à dualidade de jurisdição; e (iii) em razão da influência corporativa das mais distintas origens e propósitos, que sempre tendem a unificar o tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modificações de regimes.

Nada obstante, a influência do Direito Francês parte de uma equivocada (e simplificadora) transposição da doutrina daquele país, cunhada no início do século XX, a propósito do regime jurídico-administrativo. Trata-se de concepção atrelada a uma das vertentes de pensamento da Escola de Bordeaux, capitaneada, pioneiramente, por Gaston Jezé¹³. De acordo com o referido autor, no contexto permeado pelo advento de um Estado Social, toda vez que se estiver diante de uma atividade considerada serviço público, sobre ela incidirá um regime especial, um plexo de prerrogativas, voltado à sua regular execução. Ainda para Jezé, esse regime jurídico especial pressuporia as seguintes características: (i) a titularidade de tais atividades pelo Estado; (ii) a interdição de sua prestação em regime de liberdade, só sendo admitida a sua prestação por particulares recebedores de uma outorga específica do Poder Público; e (iii) a sujeição de todas as relações contratuais de que o Estado seja parte a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*)¹⁴.

¹² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. Governet. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 64, p. 726-732, 2010.

¹³ V. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

¹⁴ Para uma ampla contextualização das principais características dos serviços públicos, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito

Conquanto, na França, de acordo com o entendimento do Conselho de Estado, tanto a lei, quanto à natureza do objeto contratual (caso se tratasse de um serviço público) imporiam um regime derogatório publicístico¹⁵. Razão pela qual é possível concluir, com Juliano Heinen¹⁶, no sentido de que “o certo é que, durante todo esse percurso histórico, o sistema jurídico francês amargou a mesma idiossincrasia percebida em outros países, inclusive no Brasil: há diferença e, em caso positivo, em quais termos, entre o contrato dito “administrativo” e o negócio de direito privado?”.

Na Alemanha, preambularmente, como dá conta Otto Mayer, sempre que o Estado se insere numa relação idêntica a que se estabelece entre os particulares, aplicam-se as regras do direito civil e, por conseguinte, celebra contratos de direito privado; porém, sempre que o Estado insere-se numa relação de direito público, não celebraria contratos, mas produziria atos unilaterais¹⁷. Mais recentemente, porém, a partir da Lei de Processo Administrativo daquele país, de 25 de maio de 1976, previu-se, propriamente a figura do “Contrato Administrativo”, instrumento por meio do qual o poder público trava relações consensuais com os particulares (figura circunscrita a relações ambientais, concorrenciais e urbanísticas). Nesse quadrante, tanto o poder público pode celebrar contratos regidos pelo direito privado, quanto pelo regime jurídico-administrativo. É possível, inclusive, a celebração de contratos privados entre entidades públicas. Isto porque “especialmente com base no §54 da Lei do Processo Administrativo, adotou-se um critério objetivo para a diferenciação entre os contratos de direito público e privado, porque o que define cada qual é seu objeto, e não as pessoas que contratam (quando, então, adotar-se-ia o critério subjetivo)”¹⁸.

de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

¹⁵ HEINEN, Juliano. Contratos administrativos na União Europeia e no Brasil: uma questão contemporânea comum. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 276, Set. / Dez. 2017.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Informação extraída de MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005. p. 423. E também de MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, n. 18, ano 5, Jul. / Set. 2007

¹⁸ HEINEN, Juliano. *op. cit.* p. 7.

É de se notar, pois, que, mesmo da Europa Continental, de onde o sistema brasileiro extraiu o conceito de contrato administrativo e seu regime publicístico, os lindes que diferenciam tais ajustes dos contratos privados são tênues.

Nada obstante, foi com base nessa última vertente que, no Brasil, se alicerçou o entendimento segundo o qual todos os contratos de que a Administração é parte deveriam ser disciplinado por um regime jurídico único, pautado por exorbitâncias contratuais. Tal entendimento ficou bem delineado, nos idos de 1940, na obra de Themístocles Brandão Cavalcanti¹⁹ (jurista que pautou a sua obra na transposição da doutrina Francesa para o Brasil e que exerceu a função de Ministro do Supremo Tribunal Federal em meados da década de sessenta do século passado), para quem “o contrato administrativo, embora contenha os mesmos elementos intrínsecos, comuns a todos os contratos, obedece, entretanto, a razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato”. Cuida-se de conceito que ainda se mostra predominante na doutrina pátria²⁰.

Acontece que, como visto, a incidência de um regime jurídico-administrativo era destinada a um contrato específico: o contrato de prestação de um serviço público. De fato, para tais ajustes, predicava-se de um regime jurídico mais rígido, porém cambiável, que salvaguardasse a prestação de serviços essenciais. Razão pela qual se reduziu o conceito de contratos administrativos àquelas avenças dotadas de exorbitâncias contratuais, notadamente no tocante à rescisão ou alteração unilateral dos contratos²¹. Tomou-se a parte (contrato de concessão) pelo todo (contratos

¹⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1945. p. 69.

²⁰ Nesse sentido, veja-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 49. No mesmo sentido, Entendimento, este, outrossim, corroborado por Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 34), para quem: “A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente, pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário”.

²¹ Daí porque Jóse Cretela Júnior chegou a afirmar que havia discussão doutrinária acerca do que efetivamente caracteriza um contrato como contrato administrativo. Assim, a doutrina se dividia entre a utilização de dois critérios, de forma que, enquanto para alguns, contrato administrativo seria todo aquele cujo conteúdo é a própria execução do serviço público, para outros, contrato administrativo seria o que contivesse ao menos uma cláusula administrativa. (CRETELLA JÚNIOR, José. “As Cláusulas ‘de Privilégio’ nos Contratos Administrativos”.

administrativos em geral). A partir dessa ampliação, nos contratos administrativos, se, um lado, a supremacia do interesse público lastreava a prerrogativa da Administração Pública de alterar as bases contratadas, de outro, era garantida a preservação do equilíbrio econômico-financeiro aos contratados.

Tal entendimento não mais se sustenta. Preambularmente, porque o que fundamenta a mutabilidade dos contratos que veiculam a prestação de um serviço público (fundamento último da prerrogativa de alteração unilateral) é a cambialidade dos serviços prestados (decorrente, sobretudo, das normas extracontratais); é, pois, o dever de atualidade dos serviços prestados à população que impõe a sua constante alteração. Logo, a mutabilidade é do serviço, e não do contrato²². Porém, no Brasil, a evolução do sistema normativo das contratações públicas dá conta de que a previsão de um regime jurídico único e exorbitante ao privado foi progressivamente incorporada à disciplina das contratações brasileiras, independentemente de tratar-se ou não de um contrato que veicula a prestação de um serviço público. Confira-se um breve histórico a propósito desta temática.

O Código de Contabilidade da União, editado por intermédio do Decreto n° 4.536, de 28 de janeiro de 1922 (Regulamentado pelo Decreto n°15.783/1922), primeiro diploma regente dessa matéria, não previa exorbitâncias contratuais em favor do Poder Público (v.g do disposto em seu art. 54). Mais que isso, não havia a obrigatoriedade de que Estados e Municípios adotassem tal ou qual procedimento – ainda que tivessem de

Revista de Direito Administrativo - RDA. Rio de Janeiro:Renovar, jul./set. 1985, vol. 161, p. 21).

²² No mesmo sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida: Com efeito, o núcleo do pensamento de Jèze, ao teorizar sobre a produção do Conselho de Estado francês, é a identificação de que certos contratos celebrados pela Administração — basicamente relativos ao serviço público: concessão e outros contratos a ela vinculados — têm a peculiaridade de possuir um objeto mutável. No entanto, a mutabilidade do modo de ser do serviço público, enquanto objeto contratual, não decorre do contrato, mas sim de normas extracontratuais, materialmente legislativas, que, acompanhando um imperativo constitucional de manutenção da prestação de um serviço público adequado às necessidades da população, têm que mudar, para manterem-se atualizadas. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012).

se submeter ao dever de licitar²³. O racional de tal normativo era o de transferir a regulação da licitação para o instrumento convocatório e para o contrato.

Tal lógica foi um tanto modificada, por intermédio do Decreto-lei n° 200, de 25 de fevereiro 1967, diploma normativo editado no auge da Ditadura Militar, que visava a implementar uma Reforma Administrativa pautado no planejamento. Sobre tal diploma, André Janjácomo Rosilho²⁴ bem destaca que “pode-se apontar como a grande marca distintiva desta fase do sistema jurídico de licitações brasileiro a intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais”. Em prosseguimento, o referido autor conclui que “pela primeira vez, o governo central — comandado pelos militares desde 1964 — impôs às unidades federativas menores um conteúdo mínimo a ser obrigatoriamente observado por todo o Estado brasileiro”.

Essa moldura legal não veio a se alterar, com a edição do Decreto-lei n° 2.300/1986, diploma normativo que, sob os auspícios de Hely Lopes Meirelles, para além de uniformizar o regime das contratações públicas, disciplinou-o à exaustão. Ao invés de a norma se limitar a prever requisitos gerais orientadores da contratação pública, pela primeira vez, prestigiou-se um modelo de hiperlegalização. De fato, por intermédio dessa sistemática, prestigiava-se o procedimento, a igualdade da competição, a exorbitância e em favor do poder público²⁵ e a uniformização do regime das

²³ Consoante dispunha o Decreto-lei n° 2.416/1940, que aprova a codificação das normas financeiras para os Estados e Municípios.

²⁴ ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei n° 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

²⁵ As principais cláusulas exorbitantes são as que expressam: (i) a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; (ii) a fiscalização unilateral da sua execução; (iii) a aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e (iv) a inoponibilidade integral da exceção de contrato não cumprido por parte do contratado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega a defender o entendimento de que se trata de cláusulas implícitas. Confira-se: Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do poder público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derroque o direito comum. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, 15ª ed, p. 246).

contratações públicas. Assim também se passou, com a edição da Lei nº 8.666/1993, normativo que foi editado com 126 artigos, os quais deveriam ser aplicados a todos os contratos de que a Administração fosse parte.

Um aparte, porém, se faz necessário. A unificação e superlegalização da LGL não foram um acaso. O Projeto de Lei nº 1.491 (de autoria do então deputado Luis Roberto Ponte, do PMDB-RS), que deu origem ao referido normativo, foi apresentado em 10 de junho de 1991. Naquele período, foram instauradas investigações a propósito de supostas compras faturadas pela Administração Pública (como, por exemplo, no caso que ficou conhecido como “Anões do Orçamento”). Tais denúncias, como é sabido, resultaram no impeachment do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Diante desse cenário, pretendeu-se reformar o que – ao ver dos participantes do processo legislativo – era a causa de todo escândalo de corrupção por que vivia o país: o diploma normativo que então disciplinava as licitações, o Decreto-lei nº 2.300/1986.

Daí que a solução de tal mazela passaria pela edição de uma norma de contratação pública abrangente e detalhista. E assim se passou. O racional era o de ampliar os rigores e a procedimentalização da LGL para todo contrato de que a Administração fosse parte. Mais que isso, por intermédio da novel disciplina, tinha-se o desiderato de restringir a discricionariedade do administrador público, de modo que a licitação fosse a única solução que atenderia o interesse público. Razão pela qual o referido diploma tinha como um de seus principais fundamentos a garantia da isonomia entre os licitantes, os quais deveriam ser submetidos a um procedimento pautado pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade. E terem a suas propostas submetidas ao crivo de um julgamento objetivo.

Os propósitos eram bons. Mas será que a reforma das contratações públicas, com um viés burocratizante, que importou em licitações vocacionadas a tutelar “o procedimento pelo procedimento”, e não uma contratação mais eficiente, visava a beneficiar algum agente? André Janjácómo Rosilho²⁶, em pesquisa a propósito desta temática, respondeu a tal questionamento, no sentido de que, ao analisar o processo legislativo da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, tudo leva a crer que essa lei visava a

²⁶ ROSILHO, André Janjácómo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

beneficiar as “empreiteiras emergentes — ou seja, as empreiteiras de médio porte já estabelecidas no mercado e que aspiravam chegar a patamares mais elevados”.

Para fundamentar sua conclusão, o autor aponta, dentre outras, algumas características da LGL nessa mesma direção. A primeira delas é a prescrição de que a execução das obras e serviços ter de ser dividida em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, desde que preservada a modalidade de licitação – em racional distinto do previsto no Decreto-lei nº 2.300/1986, diploma que determinava que a execução das obras e serviços deveria ser programada na sua totalidade. Ao ver do autor, a fragmentação de obras e serviços é um nítido incentivo legal à participação de pequenas e médias empresas, na medida em que possibilita que tais agentes possam participar de projetos de maior magnitude, antes reservados às grandes empreiteiras.

A segunda tem de ver com a própria previsão dos requisitos de habilitação, que foram estabelecidos, de modo a impedir que as empreiteiras de médio porte fossem alijadas do mercado público. De acordo com o referido autor, por intermédio da LGL: (i) impediu-se que as exigências de qualificação econômico-financeiras fossem duras demais, de modo que somente as grandes empreiteiras fossem habilitadas; (ii) restringiu-se a possibilidade de a administração exigir garantias dos licitantes, o que dificultaria o acesso das médias empreiteiras emergentes ao mercado público; (iii) controlou-se a competição nas licitações públicas, determinando que as propostas, uma vez feitas, fossem imutáveis, por se tratar de mecanismo que limita a disputa e facilita acordos entre os licitantes.

Note-se que, como se não bastasse a unificação do regime das contratações administrativas ter fundamento, única e exclusivamente, na transposição de um entendimento doutrinário a propósito dos contratos que veiculam a prestação de serviços públicos, e não no fomento a contratações eficientes, o regime trazido pela LGL ainda foi direcionado a atender aos interesses de determinados agentes econômicos. É dizer, houve, pois, a captura²⁷ do processo legislativo que deu origem à LGL. Isso, por si só, já justificaria a presente investida.

²⁷ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: STIGLER, George J. (Org.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971. p. 114. No Brasil, V. BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras*

II. OS RESULTADOS DO REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Mas fato é que tal uniformização importou em deletérios efeitos para contratações administrativas. Um primeiro efeito foi o nascimento do dogma de acordo com o qual, em razão da assimetria contratual para com os particulares, o contratante público não se vincularia ao cumprimento de obrigações contratuais. Dito em outros termos, de acordo com tal entendimento, na medida em que a Administração Pública (a quem compete tutelar o interesse público) só se vincula à lei, os contratos de que é parte não poderia ser fonte de obrigações para si – o que motivou, por exemplo, o vetusto entendimento de não caberia a aplicação da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos²⁸. Com isso, institucionalizou-se o “calote” do Poder Público, seja ao interno do Poder Público, seja perante o Poder Judiciário²⁹, o que veio a ser, apenas, mitigado por ocasião da edição do art. 78, XIV e XV, da Lei n° 8.666/93.

Um segundo efeito foi o de suprimir do contrato a sua maior utilidade: permitir a celebração de negócios jurídicos customizados às particularidades de cada objeto, reduzindo os custos de transação. Não foi por outra razão que, na própria Lei n° 8.666/1993, foram excluídos desse regime jurídico único os contratos relativos às

Independentes. São Paulo: Saraiva, 2013. É destacado o conceito de Marçal Junsten Filho, para quem: “A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97).

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 200. Em resumo, entende-se por “exceção de contrato não cumprido” a impossibilidade de parte contratante inadimplente exigir da outra o cumprimento de suas obrigações (art. 476 do CC). Dito em outros termos, a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) não pode ser invocada pelo contratado para, diante do inadimplemento da Administração Pública, interromper a execução de suas obrigações contratuais, eis que vigora o princípio da continuidade dos serviços públicos para impedir a paralisação do atendimento do interesse público envolvido na questão.

²⁹ São exemplos dessa consequência dos inúmeros precedentes jurisprudenciais que não autorizaram a interrupção da prestação de serviços à Administração Pública.

operações de mútuo, locação, seguro e outras espécies de prestação de serviços, denominados de “Contratos Privados da Administração” (nos termos do seu art. 62, §1º, I). Nesse quadrante, a primeira relativização do regime jurídico único foi da própria Lei Geral de Contratação Pública, na qual foi consagrada a Teoria de Segregação dos Contratos celebrados pela Administração Pública. Acontece que, na prática, a diferenciação entre os referidos módulos contratuais se mostrou tênue, ou mesmo despicienda³⁰, sobretudo pela imprecisa incidência das cláusulas exorbitantes³¹.

Um terceiro efeito foi o de aumentar os custos de transação nas contratações públicas. De fato, não se pode desconsiderar que o contratado “precifica” o risco de contratar com o Poder Público, seja em razão das exorbitâncias contratuais que poderão ser manejadas durante a execução da avença, seja pela utilização de uma de suas maiores “prerrogativas³²”: a de não cumprir com as suas obrigações. Isto porque o conceito de “risco” está relacionado, de um lado, à possibilidade de suportar, dentro de uma determinada relação jurídica, efeitos indesejáveis, inesperados, e, de outro, à de

³⁰ Nesse sentido, estamos de acordo com Vitor Rhein Schirato leciona que: “Daí verifica-se que a tentativa da doutrina de explicar a distinção dos regimes jurídicos dos diversos contratos celebrados pela Administração Pública a partir da apartação de contratos administrativos e contratos da Administração Pública nada mais é do que um exercício inútil, pois todos são contratos celebrados pela Administração Pública com mudanças de regimes jurídicos necessárias para o alcance de maior eficiência”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013).

³¹ Em razão da lacônica expressão “no que couber”, prevista no art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/1993: Art. 62 – § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

³² No mesmo sentido, Marçal Justen Filho lecionar que: todas as prerrogativas excepcionais asseguradas ao Estado refletem-se numa elevação de custo econômico. Quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares, tanto maior o preço que a Administração desembolsará para haver as utilidades de que necessita. Em outras palavras, os cofres públicos arcam com os reflexos econômicos de todas as prerrogativas anômalas que forem instituídas a propósito da realização pelo Estado de suas funções. Portanto, configura-se um paradoxo. O intento de assegurar a potencial proteção ao interesse coletivo acarreta, na verdade, o seu efetivo sacrifício. É que o Estado paga preço mais elevado para participar da relação jurídica caracterizada pela sua supremacia. [...] Há, bem por isso, uma forte tendência a rejeitar a aplicação automática do regime das prerrogativas extraordinárias sempre que a Administração dele não necessitar para promover a satisfação dos direitos fundamentais. Ofende ao princípio da República que os cofres públicos arquem com encargos superiores aos necessários como contrapartida da assunção de competências desnecessárias e inúteis” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 870)

não experimentar acréscimos planejados³³. Ou seja: a precificação do risco é feita considerando-se os riscos que poderão incidir sobre a prestação do objeto contratado³⁴. E, atualmente, não existe maior risco do que o de contratar com o poder público.

Mais que isso, a assimetria entre os contratantes importou no incremento dos custos de transação das contratações realizadas pelo Poder Público. O que é uma contradição à luz da Teoria dos Custos de Transação. É que, se o Direito, em geral, tem por objetivo reduzir os custos de transação na relação entre particulares (em transações que envolvam o direito de propriedade), com muito mais razão, o direito público, em particular, não poderia se prestar a outro fim (o de produzir contratações ineficientes), considerando tratar-se de um ramo voltado à tutela do interesse público primário³⁵. É o que vem ocorrendo.

Como se pôde perceber, uma das maiores mazelas do regime jurídico das contratações públicas é a sua pretensão de uniformização, seja a subjetiva (a de impor a sua incidência a todas as entidades administrativas, independentemente de suas características), seja a objetiva (que visa a disciplinar todos os módulos contratuais

³³ Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado asseveram: “A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, as suas consequências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhe sejam benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.” RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria pública privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117.

³⁴ Nesse sentido, veja-se ABECASSIS, Fernando. *Análise econômica*. Lisboa. Serviços de Educação e Bolsas: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 179.

³⁵ Ainda é assente o entendimento de acordo com o qual o interesse público primário envolve a satisfação dos direitos fundamentais por meio de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), ao passo que o interesse público secundário é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do Erário. Nesse sentido, entre outros: OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?”. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. *Revista Interesse Público* nº 37, p. 29-48; BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

celebrados pela Administração Pública). Razão pela qual entende-se que a reforma do sistema de contratações públicas prediará da completa desconstrução, de *lege ferenda*, do entendimento de acordo com o qual os contratos de que a Administração Pública é parte teriam um regime único, que não admitiria modulações, para o que se mostra fundamental a utilização do ferramental da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

É importante que se faça uma reflexão acerca dos impactos das falhas do modelo de contratações públicas brasileiro na eficiência de seus contratos administrativos. Foi com essa preocupação que, ao longo dos últimos anos, uma série de estudos empíricos foi realizada com o escopo de medir tais impactos. Os resultados foram preocupantes. Boa parte deles demonstrou que, de fato, o desenho normativo das contratações públicas tem elevado os custos de transação e, conseqüentemente, prejudicado a eficiência dos contratos com o Poder Público. Passemos a examinar alguns desses estudos.

Um dos principais trabalhos nesse sentido foi realizado, em 2017, pela Controladoria Geral da União, atualmente vinculada ao Ministério da Transparência, tomando por base pregões efetuados pela União. Ele demonstrou que os custos das licitações analisadas são naturalmente elevados em função da burocracia e dos custos de mão de obra³⁶. Para se ter uma ideia, tomando o ano de 2016 como referência, a realização dos 7.716 pregões eletrônicos pela União em valores abaixo de R\$ 50.000,00 produziram um atraso de 956.784 horas nos processos realizados se comparados à execução por dispensa de licitação, considerando apenas a fase externa de cada certame.³⁷

É de se registrar, também, a análise econométrica realizada por Paula Araújo e Renata Jesus com o objetivo de investigar se os “descontos” obtidos pelo critério do menor preço – obrigatório em processos licitatórios efetuados na modalidade pregão – relacionam-se com os custos de transação identificados *ex post* às contratações feitas

³⁶ BRASIL, Ministério da Transparência, NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>> Acesso em 05.12.2017>p.1

³⁷ *Op. cit.* p.6.

pelo Instituto Federal do Espírito Santo.³⁸ O resultado foi a comprovação de que, em 46,39% dessas contratações, houve algum evento não previsto originalmente no contrato, o que terminou por ensejar custos adicionais de transação, devido à necessidade de adaptação do produto ou serviço adquirido. Isso considerando apenas pregões, tidos como certames de baixa complexidade, uma vez que envolvem apenas bens e serviços comuns.³⁹

III. DA INSUFICIÊNCIA DAS REFORMAS PAULATINAS DA LEI N° 8.666/1993 (INSTITUTIONAL BY-PASS)

Diante de todas essas vicissitudes, desde o início dos anos 2000, teve lugar um movimento de revogação paulatina da Lei n° 8.666/1993. De fato, na medida em que a revogação integral da LGL teria um custo político muito elevado, a estratégia que se adotou foi a edição de diversos normativos que tinha o objetivo de interditar a sua incidência – o que foi denominado de “fuga da Lei n° 8.666/1993”. Essa fuga teve início, no âmbito da própria LGL, pela ampliação das hipóteses de dispensa de licitação, previstas no art. 24 do referido diploma, modalidade em que o administrador pode se valer da contratação direta, seja por razões de urgência, seja a bem da economicidade. Tanto é verdade que, por ocasião da edição da LGL, a redação original do art. 24 contava com, apenas, quinze incisos, sendo que, atualmente, esse número cresceu para trinta e três.

E prosseguiu pela edição de diplomas contratuais que visavam criar regimes licitatórios com um racional distinto da LGL. Preambularmente, por intermédio da Lei n° 9.742/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que, ao prever a modalidade de licitação pregão teve, justamente, o propósito de excluir a incidência da LGL aquele setor regulado. A utilização de tal modalidade de licitação, como se sabe, foi ampliada para toda a Administração Pública Federal, por intermédio da Medida Provisória n° 2.026/00, e, pela Lei n° 10.520/2012 para os demais entes federativos.

³⁸ ARAÚJO, Paula Mara Costa de; JESUS, Renata Gomes de. Processo Licitatório Tipo Menor Preço e Eficiência em Compras Públicas: um Estudo de Caso. Disponível em: <http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf> p. 4

³⁹ *Op. cit.* p. 9.

Do mesmo modo, nos contratos de longo prazo, previu-se, por intermédio das Leis de Concessão de Concessão (Lei nº 8.987/95) e das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), um regime licitatório mais compatível com projetos de infraestrutura. E, por fim, por meio da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), pretendeu-se instituir um regime de contratação mais eficiente para a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Tal regime foi ampliado para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (incluído pela Lei nº 12.688/12); para as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS) (incluído pela Lei nº 12.745/12); obras e serviços de engenharia em estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativos (incluído pela Medida Provisória nº 630/13); pode ser utilizado para os recursos do Fundo Nacional da Aviação Civil (FNAC); para a construção ou reformas de presídios e unidades socioeducacionais para adolescentes infratores (nos termos da Lei nº 12.980/14”.

Tenho que se tratou de uma típica hipótese de *institutional by-pass*. De acordo com esse modelo de alteração da arquitetura institucional, a instituição existente é preservada, nos termos em que estava funcionando. Cria-se uma nova instituição, objetivando alcançar os mesmos fins da preexistente, mas que utilize meios diferentes, uma nova abordagem. Há aí um componente de escolha. O agente que precisa chegar àqueles fins pode eleger qual caminho pretende adotar: a primeira instituição ou a nova, originária do *institutional by-pass*⁴⁰. Por intermédio desse expediente, pretendeu-se revogar, de forma paulatina, a Lei nº 8.666/1993. Como o custo de sua revogação seria muito elevado (ainda mais em épocas de Lava-Jato), foram criados microssistemas de contratações públicas, que fossem mais eficientes e adaptáveis aos objetos e às entidades que deles se valem.

E nesse caminho seguem os projetos de reforma da Lei nº 8.666/1993, mas agora aglutinando as reformas esparsas. O que se tem notícia é da apresentação de projetos de lei que não alteram, por completo, a sistemática das contratações públicas brasileiras. De fato, as referidas proposições se limitam a realizar o trespasse de inovações trazidas por diplomas normativos mais recentes (como o RDC, e dos normativos que instituíram o pregão) para o regime geral. É bem pouco. A LGL deve

⁴⁰ GABRIEL, Yasser Reis. O regime diferenciado de contratações: um caso de Institutional Bypass?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 223-246, jan./mar. 2015.

ser, totalmente, reformulada, tendo por lastro um viés fomentador da eficiência, que reduza os custos de transação entre o poder público e os seus contratados⁴¹. Daí a relevância de lançar mão de uma releitura de todo o regime de contratações públicas à luz da Análise Econômica do Direito, tema que será doravante abordado.

IV – DA INCIDÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O direito e a economia não são ciências antípodas. É que não se cogita mais que as normas jurídicas sejam consideradas como um fator exógeno ao sistema econômico⁴². Muito ao contrário, cada vez mais, os agentes econômicos passam a comparar os custos e benefícios, antes de tomar uma decisão – seja ela econômica, social ou institucional. Para além de fazer justiça, as normas jurídicas devem ter um viés de otimização (sob um critério de utilidade) da repartição de recursos escassos, o que legitima a sua interpretação à luz de critérios consequencialistas atrelados à eficiência e à racionalidade.

Trata-se de uma concepção já bem desenvolvida nos países que possuem sistemas jurídicos regidos pela *common law*, denominado de Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Como é de conhecimento convencional, a Análise Econômica do Direito se utiliza de métodos da teoria microeconômica para orientar, por intermédio de uma análise de custo-benefício, a decisão dos agentes econômicos, em ambientes de recursos escassos. Cuida-se de uma análise consequencialista, na medida em que ela leva em consideração as consequências futuras (em termos probabilísticos), com um viés prospectivo. Mais especificamente, ela tem por objetivo

⁴¹ Ideias inicialmente expostas com Floriano de Azevedo Marques Neto in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018>

⁴² Tanto é verdade que, como assevera Cristiane de Oliveira Coelho: a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas em *Law and Economics*. No que tange à prática jurídica, por sua vez, atribui-se à Análise Econômica do Direito não só o movimento de desregulamentação dos mercados americanos de transporte e telecomunicações, mas também a reforma criminal de 1984 e a freqüente aplicação de teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes como Breyer, Posner, Easterbrook, Calabresi e Ginsburg. (COELHO, Cristiane de Oliveira. A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico. (May 1, 2007). Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 05010710. <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/05010710>>.

racionalizar as escolhas dos agentes para que sejam tomadas decisões que produzam eficiência⁴³. Todo esse ferramental vem, cada vez mais, sendo objeto de estudos doutrinários no Brasil⁴⁴.

Assim é que a AED interpreta o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, e não para promover a redistribuição de renda, ou para reduzir as desigualdades sociais. George Stigler⁴⁵ bem resume essa diferenciação: “Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça”.

Fugiria ao escopo do presente projeto discorrer sobre outras nuances da referida concepção. Para o que aqui importa, é de se destacar dois textos seminais de Ronald Coase a propósito desta temática; o primeiro, publicado, em 1937, denominado "The Nature of The Firm"; e o segundo em 1960, cujo título é "The Problem of Social Cost"⁴⁶. Nos referidos trabalhos, fora desenvolvida a Teoria dos Custos de Transação. Em breves e resumidas palavras, o Teoria formulada pelo referido autor consagra o entendimento de acordo com o qual “quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de

⁴³ Em complemento, Everton das Neves e Joana Stelzer asseveram que: À luz da LaE, intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos. (GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Dra. Joana. O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. (May 1, 2007). Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 05020701. <<http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/05020701>>.

⁴⁴ Por todos, V. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁴⁵ STIGLER, George. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2.

⁴⁶ “The Problem of Social Cost. R. H. Coase. *Journal of Law and Economics*”. Vol. 3, Oct., 1960, pp. 1-44 Published by: The University of Chicago Press.” O artigo “O Problema do Custo Social. Ronald H. Coase” foi traduzido e publicado na íntegra na “The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3. N. 1, Article 9” e pode ser acessado no endereço eletrônico: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>>.

negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuam os direitos de propriedade”.

O núcleo desse teorema está no conceito de “custos de transação”. Explica-se. Tal conceito está atrelado à adequada (e realista) concepção de acordo com a qual o livre mercado é dotado de imperfeições, que justificam a intervenção do direito. Dito em outros termos, considera que conceitos como o de concorrência perfeita e de simetria de informações entre os agentes econômicos não tem lugar no mundo dos fatos (como defendido pela Teoria Neoclássica, pela crença na existência de “uma economia de lousa”). E isso se dá em razão de dois pressupostos básicos das relações econômicas: o da racionalidade limitada e o do oportunismo entre as partes. O primeiro está relacionado à impossibilidade de os atores humanos racionalizarem todas as suas escolhas (ponderando os custos e benefícios de suas ações), seja pela escassez de informações, seja por fatores exógenos ao seu comportamento (v.g. a edição de normas jurídicas) ou endógenos (v.g. a busca de satisfação). O segundo tem de ver com o fato de cada parte, ao maximizar seus próprios interesses, pode se utilizar da assimetria de informações para com a contraparte, de modo a obter um excedente de renda (o que importa é uma situação subótima⁴⁷). Daí que, de acordo com Ronald Coase⁴⁸, os custos de transação são todos os valores necessários à relação econômica, os quais podem ter lugar no âmbito da negociação (no procedimento de barganha), na sua remuneração (a título de contraprestação) e na prevenção de condutas oportunistas⁴⁹.

⁴⁷ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>.

⁴⁸ COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405

⁴⁹ Sobre tema, aprofundar também em: NORTH, Douglas C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. Ensaios & Artigos*. Tradução de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992. Portanto, os custos de transação ocorrem quando as transações entre agentes econômicos “são difíceis de precificar e que correspondem principalmente às incertezas existentes quanto às possibilidades de comportamento oportunista e não atendimento de padrões pré-acordados impelem à firma decidir se a produção de determinado bem deve ou não ser internalizada ou contratada à outra [firma]”. Caso sejam elevados, a firma escolherá por internalizar a produção. Mas, “se as incertezas quanto ao atendimento das exigências da firma contratante forem pequenas e por isso gerarem custos de transação baixos, então a firma preferirá contratar a produção. (RAUEN, André Tortato. *Custos de transação e governança: novas tipologias de relações interfirmas*. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/069/69rauen.htm>.

Para Oliver Williamson⁵⁰, autor que posteriormente desenvolveu a teoria de Coase, os “custos de transação” nos negócios jurídicos têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção, mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação, que são aqueles necessários à formação e à manutenção dos ajustes. Ainda de acordo com o referido autor, estes custos podem se materializar, *ex ante*, na fase pré-contratual; ou, *ex post*, posteriormente à sua celebração. Na fase pré-contratual, os custos de transação podem ser exemplificados: (i) pela redação do contrato; (ii) pelas negociações para obtenção de melhores condições e obrigações contratuais; e (iii) pelo estabelecimento de garantias para se mitigar os riscos da ocorrência de fatos supervenientes. Já os custos na fase pós-contratual, por sua vez, terão lugar, por exemplo: (i) na fiscalização do contrato; (ii) na manutenção das condições originalmente acordadas; e (iii) na sua renegociação pela ocorrência de fatos supervenientes⁵¹.

Nesse quadrante, o sistema legal exerceria o relevante papel fundamental em relação aos custos de transação, facilitando a dinâmica mercadológica entre desconhecidos, permitindo a elaboração de contratos mais simples e fornecendo mecanismos que garantam seu cumprimento⁵². Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro⁵³ leciona que “quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato”.

⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver. *Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. 1981. p. 552.

⁵¹ De acordo com Robert Cooter: The basic idea of the (Coase) theorem is that the structure of the law which assigns property rights and the liability does not matter so long as transaction costs are nil; bargaining will result in an efficient outcome no matter who bears the burden of liability. The conclusion may be drawn that the structure of law should be chosen so that transaction costs are minimized, because this will conserve resources used up by the bargaining process and also promote efficient outcomes in the bargaining itself. (COOTER, Robert. "The Cost of Coase". *Journal of Legal Studies* XI (1982). Available at: <http://works.bepress.com/robert_cooter/97>.

⁵² PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro, IPEA, outubro de 2005, p. 13.

Para o que aqui importa, é de se destacar que o conceito de “custos de transação”, oriundo da Análise Econômica do Direito, também põe em xeque a manutenção de um regime jurídico único para os contratos administrativo, sob o prisma da eficiência econômica. Isto porque este regime gera incentivos inadequados para as partes contratantes.

O regime jurídico dos contratos administrativos, tal como delineado pela Lei nº 8.666/1993, é um exemplo (quase que de manual) de como se celebrar um contrato com elevados custos de transação nas fases pré e pós contratual. Os elevados custos de transação começam na definição do objeto que será contratado. A Administração Pública – com razão – não detém expertise na especificação de objetos complexos. E o que é pior, nos quadrantes do regime da LGL, não pode se valer do auxílio da iniciativa privada para esse fim (pela instauração de um PMI, por exemplo). Demais disso, se o poder público, ainda de acordo com esse regime jurídico-administrativo, tem a prerrogativa de alterar tais contratos, unilateralmente, desde que seja a bem do interesse público (art. 65, § 2º, da LGL), qual o incentivo que ele tem para planejar, com zelo, as suas contratações? Nenhum. Se ele pode alterá-lo, a qualquer momento, albergado pelo “interesse público”, expressão dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida pelo alvedrio do administrador, não há porque levar a sério a fase interna de licitações.

Resultado: contratações públicas sem qualquer planejamento, em violação à própria sistemática prevista na LGL (inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/1993). Mas e se ele contratar um particular para a elaboração do projeto básico? Não terá melhor sorte. Uma vez que o contratado não executará o objeto contratual, não terá incentivos para elaborar um adequado projeto básico (o advento da Contratação Integrada, pelo RDC, bem retrata essa lógica). Ou seja, custos e mais custos de transação na fase pré-contratual.

Porém, infelizmente, não é só. O regime exorbitante ao direito privado também incrementa os custos de transação na fase pré-contratual, por institucionalizar o “calote” do Poder Público. É que as prerrogativas publicísticas fazem com que o licitante “precifique” o risco de contratar com o Poder Público. E não poderia ser diferente. A previsão do art. 78, inciso XV, da LGL, de acordo com a qual o Poder Público está autorizado a não cumprir com suas obrigações por 90 dias, faz com que o licitante provisione o custo por esse inadimplemento já autorizado pelo ordenamento jurídico.

Não só esse, mas, também, os custos judiciais para pleitear a rescisão deste contrato, em juízo. Afinal, ainda que tal exigência seja, em tese, despicienda, qual empresa teria coragem de alegar *exceptio non adimpleti contractus* e suspender os serviços prestados para o Poder Público, considerando a possibilidade de ser sancionada com uma penalidade de declaração de inidoneidade? Resultado: o Poder Público paga mais caro do que qualquer empresa do setor privado na aquisição de bens e de serviços.

Durante a execução dos contratos administrativos, também sobejam custos de transação. O primeiro deles tem lugar na sua fiscalização. Isto porque o contratado não tem incentivos para bem executar o contrato administrativo. A uma, porque ele não será contratado novamente por ter sido mais eficiente. Não há, de acordo com o regime delineado na LGL, a possibilidade de celebração de uma nova avença, sem a realização de procedimento licitatório, com o mesmo contratado, em razão da sua escorreita execução do objeto contratual. Isso contraria a sistemática econômica segundo a qual a frequência das transações tende a fomentar a cooperação entre os contratados, o que importa em contratações mais exitosas para as partes. A duas, porque a remuneração do contratado é realizada, *pari passu*, à execução do objeto contratual, independente do seu desempenho (o que já foi alterado nos regimes de contratação das PPPs e do RDC). Resultado: mais custos nesta transação para dotar a Administração Pública de um robusto aparato fiscalizatório de seus contratos.

Na fase pós-contratual, os custos de transação chegam a ser abusivos. A despeito de a Lei nº 13.129/2015 ter encerrado a polêmica a propósito da arbitrabilidade subjetiva no que tange às disputas que envolvam o Poder Público, na prática, não se vê a inserção de cláusulas compromissórias em contratos administrativos regidos pela LGL. Fato que tem origem na cultura de que a Administração Pública tem de ter uma sobranceira superioridade em face dos particulares, o que a interdita de com eles estabelecer relações de cooperação, tendo como consequência que a resolução de conflitos e a repactuação desses ajustes desaguem no Poder Judiciário. Abre-se mão de um procedimento de resolução de controvérsia mais célere, especializado e flexível.

Nada obstante, no Direito Administrativo pátrio, poucos são os autores que vêm interpretando os seus institutos sob tal lente. É, pois, com tal desiderato que se pretende, no próximo item, apresentar propostas de reformas ao sistema de contratações públicas, que se utilizam do racional da Análise Econômica do Direito.

V. PROPOSTAS DE REFORMA DO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A primeira sugestão de reforma do regime das contratações públicas de que cogitamos é a supressão de exorbitâncias contratuais em favor do Poder Público. Isto porque o contratado “precifica” o risco de contratar com o Poder Público, seja em razão das exorbitâncias contratuais que poderão ser manejadas durante a execução da avença, seja pela utilização de uma de suas maiores “prerrogativas”: a de simplesmente não cumprir com as suas obrigações⁵⁴.

A prerrogativa de alteração unilateral do contrato, sob o pretexto de resguardar a cambialidade do interesse público, gera incentivos indesejáveis. É dizer, se o poder público tem a prerrogativa de alterar tais contratos, unilateralmente, qual o incentivo que ele tem para planejar, com zelo, as suas contratações? Se ele pode alterá-lo, a qualquer momento, escudado pelo “interesse público”, expressão dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida pelo alvedrio do administrador, não há porque levar a sério a fase interna de licitações. Mas não é só. Dessa ausência de planejamento, decorrem as nefastas condutas oportunistas dos licitantes, que, com base na assimetria de informações entre eles e o poder público, falseiam a concorrência pelo mercado⁵⁵.

⁵⁴ As ideias aqui desenvolvidas foram cunhadas com Floriano de Azevedo Marques Neto in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018>

⁵⁵ Como bem retratado por Têmis Limberger Anderson Vichinkeski Teixeira Mateus Barbosa Gomes Abreu No caso das licitações, os participantes poderão agir com oportunismo quando órgãos públicos não especificarem de forma completa o produto licitado e, principalmente, quando os participantes não confiarem na capacidade e qualidade da fiscalização e monitoramento do desempenho realizado pelo Governo. Assim, os fornecedores poderão se aproveitar desta incompletude contratual para cotar produtos de pior qualidade ou que não atendam às necessidades do comprador (E15 e E16); ou, nos casos de ceticismos quanto à capacidade de monitoramento, poderão reduzir os preços para além dos preços de mercado na fase de contratação, na expectativa de vencer a licitação e obter ajustes e aditivos durante a execução do contrato (E4, E5, E6, E8 e E19). Ainda, em casos mais sérios, não fornecer todos os itens contratados ou descumprir a legislação trabalhista e previdenciária (E5 e E10). Embora não se tenha acesso a dados sobre o número de penalidades e sanções aplicadas nas organizações públicas pesquisadas neste trabalho, uma argumentação que poderia ser utilizada para explicar a suposição de que seja baixo o nível de penalização nas irregularidades cometidas nos processos de compras governamentais brasileiros refere-se ao fato de que os processos burocráticos necessários para a implementação dessas sanções e penalidades, em geral, são demorados e seus custos são, por vezes, maiores do que os próprios valores associados às perdas incorridas pelos fornecedores, conforme constatado nas falas dos seguintes entrevistados (E2, E4, E5, E8, E19 e outros). (LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014).

Tal seleção adversa decorre da imprecisão dos projetos básicos e da falta de expertise do poder público para descrever o objeto da contratação. Daí resultando em constantes pedidos de reequilíbrio contratual. Boa parte dos contratos administrativos se mostram como pactos vinculantes firmados sobre abstrações (projetos precários, incompletos, irreais).

Por tal razão, temos que o conceito de mutabilidade não deve ter lugar nos contratos de curto prazo. Explicamos. O que fundamenta a mutabilidade dos contratos de longo prazo (de que são exemplos as concessões e as PPPs) é a incompletude congênita de tais ajustes, pois que é impossível às partes (sob pena do incremento dos custos de transação) prever, *ex ante*, as contingências que se passarão em avenças que terão vigência por 30, 40, 50 anos. Assim não se passa em contratos com duração limitada a cinco anos. Nestes ajustes, diversamente, os custos de transação em desenhar um contrato que seja cumprido serão muito menores dos que os que vêm sendo suportados, *ex post*, quando da execução do contrato. Os aditivos que propiciaram o superfaturamento em obras públicas bem retratam essa realidade. Não se trata de um exercício de adivinhação, ou de futurologia. Ora, se o poder público consegue planejar seus gastos em planos plurianuais, por que se construiu o mito de acordo com o qual seria impossível que ele planejasse as suas contratações cotidianas?

Para tanto, a reforma do sistema de contratações públicas teria que caminhar de modo que o poder público seja munido de instrumentos para incrementar o planejamento de suas contratações. Nesse sentido, a fase interna deve prever a obrigatoriedade de projetos executivos, de estudos de viabilidade técnica (a depender da envergadura da contratação), da apresentação de licenças ambientais e da reserva efetiva de recursos orçamentários. Também se pode cogitar da colaboração da iniciativa privada na formatação da contratação, por intermédio de procedimentos de manifestação de interesse⁵⁶, na qualidade de um importante instrumento de redução da

⁵⁶ Por meio de tal instrumento pretende-se “colher *inputs* do setor privado, na gênese da atuação administrativa, a fim de obter os interesses potenciais que justifiquem aquela obra ou serviço. É indubitável que esta mesma decisão poderia ter sido tomada de modo unilateral e imperativo pela Administração, entretanto, com o manejo do instrumento consensual, é possível buscar-se maior legitimidade, maior eficiência — atrelada a melhor qualidade —, e maior efetividade do agir estatal, reduzindo-se eventuais discussões posteriores” (VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de

seleção adversa⁵⁷. Aqui, a redução dos custos de transação será proporcionada pela “previsibilidade” da contratação.

A prerrogativa de fiscalização do contrato pelo Poder Público, do mesmo modo, não se sustenta. Tal assertiva se fundamenta na Teoria da Agência. No âmbito das contratações públicas, tem-se o poder público como o principal, que determina o objetivo a ser perseguido; e o particular contratado, como o agente, que executa a tarefa transferida ou imposta pelo principal. Contudo, o principal não dispõe de todas as informações relevantes para verificar se a tarefa transferida ao agente está sendo, adequadamente, cumprida, em razão da assimetria de informações entre as partes⁵⁸. Em casos tais, tem lugar o risco moral⁵⁹ quando, após a adjudicação do objeto, o contratado

cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012).

⁵⁷ Nesse sentido, Maria Teresa Fonseca Dias: Na fase interna (ou preparatória) da licitação, momento em que se formulam as demandas administrativas e delimita-se o objeto da contratação, há falhas que culminam na incompletude e deficiência dos editais e, conseqüentemente, em contratos mal elaborados. A seleção adversa também pode desencadear, como efeitos: a judicialização dos conflitos; atrasos na conclusão do contrato; dificuldades para a execução contratual; pedidos constantes recomposição de preços, pelos contratados, ao longo da execução contratual; escolha de propostas que não atendem às necessidades da Administração, ou seja, nem sempre o objeto contratado é o que garante a satisfação do seu destinatário. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017).

⁵⁸ Teoria bem retratada por Marcos Nobrega, para quem: No modelo Agente-Principal, o principal delega uma determinada atividade para o agente que possui uma vantagem informacional e não tem, a priori, condições de aferir o nível de esforço exercido pelo agente para atingimento de um determinado *output*. Se o agente apresenta informação privilegiada, procurará extrair alguma renda (*informational rent*) levando o contrato a um equilíbrio não ótimo. O principal tem (ou pelo menos deveria ter) consciência dessa assimetria informacional e irá considerá-la quando da oferta do contrato. O modelo ideal considera um contrato com simétrica informação. Nesse caso, a informação é conhecida e, muitas vezes, gratuita. O *first best* equilíbrio seria alcançado, determinando uma situação Pareto-eficiente quando (considerando o modelo de uma caixa de Edeworth) a utilidade marginal do Agente e do Principal forem iguais, havendo uma repartição ótima de riscos. (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCnd=58005>>. Acesso em: 18 maio 2018).

⁵⁹ Conduta oportunista bem retratada por Fernando Araújo, nos seguintes termos: Nas relações contratuais duradouras, no domínio dos contratos "relacionais", a assimetria informativa — o facto de as partes disporem de informação privativa, não-partilhada, que é relevante para o cumprimento das obrigações geradas pelo contrato — dá origem a uma "disfunção oportunista", que consiste essencialmente no facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à

passa a executar o contrato de forma inadequada. As informações privilegiadas do agente levam o contrato a um equilíbrio subótimo. Tal se dá na medida em que o esforço despendido pelo agente(contratado) não é observável pelo principal (poder público).

Para evitar tal comportamento oportunista, a reforma do sistema de contratações públicas deverá prever que a fiscalização do contrato não seja uma prerrogativa do poder público, mas uma função atribuída a um terceiro independente (expert naquela área de contratação). A expertise e a imparcialidade de um terceiro, infenso à influência das partes, farão com que, reduzida a assimetria de informações, o contrato seja mais bem fiscalizado. É que a implementação de auditorias independentes (aliado a um possível contrato por performance) poderá servir como um importante instrumento revelador das informações contratuais.

Para além de uma auditoria independente, poderia se cogitar da instituição de um cadastro de fornecedores independentes (*rating*), por intermédio do qual seriam cadastradas informações qualitativas dos serviços prestados ao poder público, as quais poderiam servir como critério técnico de julgamento de propostas em futuras licitações. Com isso, seriam reduzidos os custos de transação decorrentes, seja das controvérsias a propósito da inexecução do contrato, seja do custo de dirimi-las perante o Poder Judiciário, seja ainda pelo custo de manter um aparato burocrático fiscalizador inócuo.

Do mesmo modo, as prerrogativas de sancionar e de extinguir o contrato unilateralmente não podem ser deixadas ao alvedrio de cada entidade contratante. Devem, pois, ser atribuídas a um terceiro independente, eleito pelas partes; um painel arbitral, por exemplo⁶⁰. A uma, porque não é nenhuma novidade que o devido processo

custa dos interesses e expectativas da contraparte, sendo que: - cooperar permitiria alcançar em pleno os objectivos de maximização dos ganhos totais visados através do contrato; - não cooperar, ou "capturar" ganhos, será uma conduta de escopo redistributivo que na melhor das hipóteses antecipa a distribuição de "excedentes de bem-estar" que se conseguiria através da modulação final do preço, e que na pior das hipóteses se alcança à custa dos ganhos totais, ou seja, com ganhos "predatórios" que não contrabalançam as perdas mais extensas que são abusivamente causadas à contraparte. (ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos. Parte I: A abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69-160, abr./jun. 2007).

⁶⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

legal sancionador constitucionalizado interdita que as funções de acusador e de julgador sejam exercidas pelo mesmo agente, pelo inegável conflito de interesses. A duas, por que, na medida em que o árbitro é um *expert* no objeto do conflito, ele terá melhores condições de averiguar o inadimplemento contratual (do contratado e do poder público) e a real necessidade de extinção da avença. A lógica é de fácil compreensão: com a redução da assimetria de informações, reduz-se, por conseguinte, os custos de transação. E a arbitragem é, por excelência, um expediente que reduz os custos de transação dos contratos.

Todas essas sugestões não precisariam vir prescritas em uma lei exauriente. A reforma das contratações públicas passa pela adoção de um modelo de deslegalização normativa dos regimes jurídicos dos contratos de que a Administração é parte. Isto por que o regime jurídico das contratações Públicas, sobretudo a partir da edição do Decreto-lei nº 2.300/1986 (diploma que precedeu a Lei nº 8.666/1993), foi construído por intermédio da edição de normativos exaurientes e centralizadores. O racional era o de disciplinar, de forma pormenorizada, todas as nuances das contratações públicas, de modo que, ao se reduzir a discricionariedade do gestor público, fosse coibida a corrupção. O resultado foi exatamente o oposto.

Daí por que melhor seria se a norma geral de contratações públicas fosse mais principiológica, uma Lei-Quadro, por assim dizer, que prescrevesse as bases sob as quais cada entidade contratante normatizaria o seu próprio regime contratual, de acordo com as suas peculiaridades. Por intermédio desta deslegalização, cada entidade poderia disciplinar o seu regime de contratação, com a colaboração da iniciativa privada (por intermédio da realização de consultas ou audiências públicas). De modo que fossem experimentados modelos contratuais redutores dos custos de transação⁶¹. Na hipótese de

⁶¹ Tema assim explicado por Leonardo Coelho Ribeiro: O experimentalismo institucional consiste em um sistema fundado na valoração da experiência dentro de uma determinada prática científica. Dessa maneira, assim como um cientista faria experiências para comprovar suas teses, arranjos jurídicos experimentais seriam adotados para testar o sucesso e efetividade da ação pública pretendida. O experimentalismo é, assim, entre outras coisas, uma prática de descoberta, análise e aprendizagem. O experimentalismo pode ser reconduzido a estudos como o de Roberto Mangabeira Unger e Charles Sabel que, inspirados no trabalho de John Dewey, propõem que as políticas públicas sejam revisadas à luz da experiência prática. Nesse modelo, o Estado define objetivos e coordena diversas entidades que, de forma descentralizada, operam em regimes colaborativos e participativos, capazes de aproveitar o aprendizado institucional obtido contextualmente. Trata-se, pois, de uma visão na qual as instituições são dinâmicas, e não estáticas, uma vez que os arranjos institucionais são experimentados e revisados continuamente. Desse modo, o experimentalismo se baseia em um aprendizado

certo modelo de contratação não se prestar à realização de contratações eficientes, ele poderia ser revisto, de ofício, ou mediante requerimento da iniciativa privada. Poder-se-ia cogitar, inclusive, da instituição de uma Análise de Impacto Regulatório dos modelos contratuais propostos pelas entidades administrativas. O experimentalismo e esta cambialidade normativa, por certo, contribuiriam para o desenho de contratações mais eficientes.

E não se trata de uma proposta tão novidadeira. Se, atualmente, o exercício do poder extroverso e da função normativa vêm sendo processualizados (vide os processos de *rulemaking* e de acordos substitutivos disciplinados no âmbito da regulação), por que excluir as contratações públicas desse racional pautado pela consensualidade e pela governança pública? O processo licitatório tem natureza de processo administrativo, e, nessa qualidade, deve sofrer os influxos da processualização administrativa.

CONCLUSÕES

A reforma de instituições não é uma tarefa trivial. Existem custos de transação nas próprias reformas. Mas isso não significa dizer que, para levar a efeito tais reformas, tais custos possam ser desconsiderados. Daí a razão pela qual, neste ensaio, propõem-se uma leitura do sistema de contratações públicas à luz Análise Econômica do Direito, mais especificamente da Teoria dos Custos de Transação.

A desconsideração desse viés nas contratações públicas vem importando no desperdício de recursos públicos, seja porque a elevação de custos de uma contratação pública fomenta a prática de atos de corrupção para a sua redução, seja porque esses valores poderiam estar sendo investidos em saúde, educação, segurança, dentre outras rubricas orçamentárias mais caras à sociedade. Mas, não. Vêm sendo utilizados para a manutenção de um entendimento doutrinário que tem origem no início do século XX, o qual, se é que deveria ter sido transposto da França para o Brasil como foi, resulta em contratações públicas ineficientes. E quem acaba pagando esses custos? Nós. É por aí que deveria passar a reforma das contratações públicas.

contextual, o qual fornece um insumo (*input*) para a remodelagem das políticas pelo governo. (RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 272, p. 209-249, Mai. /Ago. 2016).

BIBLIOGRAFIA

ABECASSIS, Fernando. *Análise económica*. Lisboa. Serviços de Educação e Bolsas: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

_____. *Teoria do contrato administrativo: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo: [s.e.], 2010.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos. Parte I: A abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69-160, abr./jun. 2007

ARAÚJO, Paula Mara Costa de; JESUS, Renata Gomes de. *Processo Licitatório Tipo Menor Preço e Eficiência em Compras Públicas: um Estudo de Caso*. Disponível em: <http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf>

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. *Revista Interesse Público*, nº 37, p. 29-48.

BRASIL, Ministério da Transparência, NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Jan. / Fev. 2007.

_____. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1999.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico*. (May 1, 2007). Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 05010710. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/05010710>>

COOTER, Robert. "The Cost of Coase". *Journal of Legal Studies XI* (1982). Available at: http://works.bepress.com/robert_cooter/97

CRETELLA JÚNIOR, José. "As Cláusulas 'de Privilégio' nos Contratos Administrativos". In *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro:Renovar, jul./set. 1985, vol. 161,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª e 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

GABRIEL, Yasser Reis. O regime diferenciado de contratações: um caso de Institutional Bypass?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 223-246, jan./mar. 2015.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Dra. Joana. *O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. (May 1, 2007). Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 05020701. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/05020701>

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Mimeo.

HEINEN, Juliano. Contratos administrativos na União Europeia e no Brasil: uma questão contemporânea comum. In: *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 276, set./dez. 2017.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 6 v. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. Governet. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 64, p. 726-732, 2010.

_____; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 237-255, mar./ago. 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 18, ano 5, Jul./Set. 2007.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=58005>>.

NORTH, Douglas C. Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. Ensaaios & Artigos. Tradução de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992.

OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?” . *Revista de Direito Administrativo - RDA*, 220: 69-107.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro, IPEA, out. 2005.

_____ ; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAUEN, André Tortato. Custos de transação e governança: novas tipologias de relações interfirmas. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/069/69rauen.htm>

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Contratos administrativos – Considerações sobre o regime contratual administrativo e a aplicação das competências exorbitantes. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 99-120, set. 2014/fev. 2015.

RESENDE, Mariana Bueno. A insuficiência das cláusulas exorbitantes como critério de distinção dos contratos da Administração: estudo dos contratos de locação de imóveis urbanos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 272, p. 209-249, mai./ago. 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *Regime jurídico dos contratos da administração*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

_____ ; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do «placar eletrônico»“, In: A. S. Aragão e F. A. Marques Neto, *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: STIGLER, George J. (Org.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971.

_____. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 11-44, maio/ago. 2011.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

WILLIAMSON, Oliver. *Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. 1981.