



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4645

Memorial apresentado pela:

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA -
ABD&E**

Pelo conhecimento e provimento integral do pedido

ÍNDICE

1 – Introdução

2 – Da Contratação Integrada

2.1 Características básicas

2.2 A contratação integrada não viola a regra de julgamento objetivo

2.3 A contratação integrada já existe na legislação brasileira

2.4 A contratação integrada, ao limitar termos aditivos, mostra-se solução dotada de alto grau de eficiência

2.5 A contratação integrada à luz da Análise Econômica do Direito: três conceitos econômicos sobre o contrato

3 – Da Remuneração Variável

3.1 A necessidade de fixação de limites prévios – respeito à moralidade e à impessoalidade

3.2 A Análise Econômica da Contratação Integrada – incentivos eficientes e o exemplo norte-americano

4- Do Orçamento Sigiloso

4.1 Orçamento “sigiloso” ou publicidade diferida?

4.2 O Respeito ao Princípio da Publicidade: o diferimento também já foi adotado na Lei do Pregão

4.3 Teoria dos Leilões

4.4 Teoria da Colusão e Estímulo à negociação eficaz

5 - Conclusão

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. O RDC constitui um novo regime de licitações, que tem seu escopo determinado para obras voltadas aos Jogos Olímpicos, Copa do Mundo FIFA 2014, infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos das capitais da federação; obras do PAC; e obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. O RDC incita debates entre os publicistas, pois: (i) rompe com a lógica de reestruturação do marco legal de licitações públicas; (ii) consolida institutos e soluções jurídicas já positivadas de modo esparso na legislação; (iii) dá ênfase à obtenção de resultados em detrimento do estrito controle de procedimentos a serem observados pelo gestor público.

2. O presente arrazoado, por meio da **explicitação da lógica econômica subjacente aos institutos do RDC**, visa a demonstrar ser este novo regime a solução juridicamente adequada a possibilitar maior celeridade e eficiência nas contratações públicas, em conformidade com o disposto no art. 37, XXI da CRFB/88. Vejamos abaixo sumariamente os tópicos da Lei 12.462/2011 que são questionados nesta ADIn e as razões pelas quais as inconstitucionalidades não merecem prosperar, as quais serão minudenciadas no memorial que se segue.

3. Contratação integrada: o referido instituto concretiza o princípio da eficiência ao delegar ao particular vencedor do certame a responsabilidade pelo projeto e execução de obras ou serviços e todos os procedimentos necessários para entrega do produto final contratado. Em síntese,: (i) a contratação integrada não implica a subjetivação do julgamento do certame; (ii) já é, com êxito, pela Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras; não constituindo inovação criada pelo RDC; (iii) apresenta-se como modelo altamente eficiente, como se conclui da apresentação da análise do instituto à luz de teorias advindas da ciência econômica, tais como a teoria dos contratos incompletos, desenho de incentivos e o modelo de principal-agente, apresentados de forma mais aprofundada a seguir.

4. Remuneração variável: a remuneração variável, como também se dá em relação à contratação integrada, não tem sua positivação inaugurada pelo RDC. Esse instrumento tem como epicentro gerar eficiência nas contratações públicas, por

meio de uma prestação de serviço com maior qualidade e de acordo com as especificidades do administrador, enquanto, em contrapartida, maximiza a remuneração do contratado pelo seu desempenho. A remuneração variável não representa qualquer violação à impessoalidade ou moralidade, pois as diretrizes seguidas pelo contratado são determinadas pela própria Administração Pública antes da execução e consequente remuneração. Nessa lógica, os critérios para que haja uma remuneração variável são prévios, não cabendo ao administrador qualquer subjetividade ou discricionariedade, como indica artigo 70, §1º do Decreto 7.581/11. A remuneração variável cria o incentivo adequado para superar o antagonismo inicial entre os interesses do contratado e do contratante, permitindo que a Administração se beneficie com o custo de oportunidade proporcionado pela conclusão mais célere dos projetos, como atesta o exemplo norte-americano que será comentado nestes memoriais.

5. Orçamento sigiloso: o diferimento da apresentação do orçamento não viola o princípio da publicidade e, tampouco, constitui inovação jurídica. O modelo instituído pelo RDC busca a maior vantajosidade à Administração Pública; dificulta a colusão entre os licitantes; e mitiga o comportamento oportunístico desses, indo, portanto, de encontro aos "jogos de planilhas". A adoção da publicidade de orçamento diferida, além de já ser utilizada nas licitações realizadas na modalidade pregão, não afronta o princípio da publicidade, que deve ser aplicado de modo compatível com o respeito a outros princípios que regem a atividade administrativa. Nesse sentido, destaca-se que não há na Constituição previsão que obrigue a Administração Pública a divulgar seu orçamento previamente ao certame. Sobre o risco de colusão em licitações, ver-se-á que o orçamento com publicidade diferida subtrai o elemento facilitador da combinação de preços: o próprio orçamento. A publicidade *a posteriori* impõe aos particulares que esses assumam seus próprios valores (visto que não será divulgado o preço de reserva da Administração Pública) e, desse modo, evita o comportamento oportunístico verificado nos aditamentos contratuais decorrentes dos procedimentos regidos pela Lei 8.666/93. No RDC, com a publicidade diferida, o certame e o contrato são realizados com base nos dados oferecidos pelo próprio particular, que não terá a chance de explorar, em seu proveito, eventuais falhas ou lacunas dos documentos que compõem o edital, notadamente o orçamento analítico apresentado pelo Poder Público. Mostra-se, assim, menos provável e necessária a readequação contratual para que se proceda à execução do objeto avençado.

1 - INTRODUÇÃO

1. A União Federal publicou em 04 de agosto de 2011 a Lei 12.462 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – “RDC”. Com escopo determinado para obras voltadas aos Jogos Olímpicos, Copa do Mundo FIFA 2014, infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos das capitais da federação, teve seu objeto alargado, em pouco mais de um ano de vigência, por duas inovações legislativas. Primeiro, por meio da Lei 12.688 de 18 de julho de 2012, que estendeu a aplicação do RDC às obras do Programa de Aceleração do Crescimento – “PAC”. Posteriormente, a Lei 12.722 de 03 de outubro de 2012 possibilitou a utilização do novo regime licitatório para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

2. Para entender as razões que motivaram a edição da lei ora impugnada, bem como as que explicam a extensão de suas hipóteses de aplicação, é necessário fazer breve excursão histórica, a fim de que se possa compreender a positivação do RDC como um movimento que consolida a otimização do princípio da eficiência, alçado a vetor normativo de observância cogente para a Administração Pública com a Emenda Constitucional nº 19/98.

3. Há quase vinte anos, com a edição da Lei nº 8.666/93, norma geral do regime de licitações no Brasil, consolidou-se o arco final de um movimento, que, à míngua de melhor terminologia, pode ser denominado de “esvaziamento da discricionariedade” do gestor público quanto às contratações públicas. Editava-se, a fim de atender ao clamor público pela moralidade, em meio à conjuntura da CPI dos “anões do orçamento”, o mais radical instrumento legal nesta vertente²¹. Tratava-se, pois, de verdadeira “lei-manual de instruções”, eminentemente voltada para o controle dos procedimentos em detrimento dos resultados.

²¹ Fazendo a mesma correlação: “Jogo de perde-perde”, coluna de Tereza Cruvinel, Correio Braziliense, publicado em 28.04.2012.



4. Nada obstante ter sido a Lei nº 8.666/93 editada com a esperança de funcionar como um obstáculo à malversação de recursos e um instrumento de promoção da eficiência das contratações públicas²², a realidade mostra que essa esperança não se concretizou na prática²³. Pior: fala-se mesmo em regime de licitações "corruptocêntrico"²⁴.

5. A partir desta constatação, verifica-se que não foram poucas as tentativas de mitigar as exigências do Estatuto Geral de Licitações. Ao longo dos anos, constata-se a utilização de duas estratégias: (i) a ampliação do rol das hipóteses de dispensa de licitação²⁵; e (ii) a edição, em paralelo, de novos diplomas normativos específicos, que afastam a aplicação da Lei nº 8.666/93 para algumas situações particulares.

6. Em relação à segunda técnica, é mesmo legítimo falar-se, nos moldes de expressão adotada no processo de reforma do sistema civilístico brasileiro, na criação de microssistemas de licitações adotados para atender a especificidades de cada marco regulatório em diversos setores de infraestrutura²⁶.

²² Fazendo-se a análise da literatura específica à época, é possível chegar à ilação de que, naquele quadro, os estudiosos associavam a corrupção como causa principal da ineficiência das contratações públicas.

²³ RIBEIRO, Romiro. A lenta evolução da gestão de obras públicas no Brasil, in E-Legis, Brasília, nº 8, p. 82-103, p. 93.

²⁴ MOTTA, Alexandre Ribeiro. O Combate ao Desperdício no Gasto Público: Uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Tese de Mestrado do Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas. 2010. Mimeografado.

²⁵ Apenas com propósito exemplificativo, percebe-se que os incisos XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXIX e XXX, sem prejuízo de outros foram acrescidos por leis posteriores à Lei nº 8.666/93.

²⁶ No caso, arrola-se a Lei Geral de Telecomunicações; procedimento específico aplicável para as parcerias público-privadas; rito particular aplicável às concessões; licitações reguladas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Respectivamente: art. 22 da Lei 9.472/97, art. 1º da Lei 11.079/04; art. 14 da Lei 8.987/95; art. 7º da Lei 9.478/97. E, além destas, o Decreto nº 2.475/98 e da Portaria Normativa nº 935/09 do Ministério da Defesa, que criaram o regime de licitação e contratação, respectivamente, no âmbito da Petrobras e da Infraero. Sobre o tema, cabe a menção à fala do Min. Benjamin Zymler, presidente do TCU na Audiência Pública nº 0935/12 da Comissão de Finanças Públicas na Câmara dos Deputados, no seguinte sentido: "Eu acho que o Brasil hoje é mercedor de um código unificado de licitações. Nós temos leis esparsas em grande monta, termos decretos, portarias, e o gestor público, afinal, o aplicador do Direito, da lei, se vê hoje em grande dificuldade no momento da harmonização e da interpretação dos dispositivos legais." Disponível na internet em <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cft/documentos/notas-taquigraficas/nt26062012regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-2014-rdc-instituido-pela-lei-no-12.462-11>. Acesso em 12.10.2012.

7. Além desses regimes excepcionais, foi criado um novo procedimento de licitação, denominado pregão, introduzido no ordenamento brasileiro por meio da Medida Provisória 2.026, de 2000, válido inicialmente apenas para a União Federal e, depois, ampliado para todos os entes federativos com a edição da Lei. 10.520/02. Considerando toda essa disciplina normativa elencada acima, não é exagero dizer que existe, na verdade, um retorno do pêndulo. Vislumbra-se um novo movimento: uma tendência de fuga da Lei nº 8.666/93.

8. Esse pêndulo, segundo André Janjácomo Rosilho, ilustra um embate entre “modelos legais minimalistas” *versus* “modelos legais maximalistas” das contratações públicas. Nesta ótica, segundo o referido autor, existem duas perguntas a serem formuladas:

Como deve ser o modelo legal das licitações públicas? De que forma as regras jurídicas podem contribuir para a construção de um bom sistema de contratações públicas? A estas perguntas, os maximalistas responderiam afirmando (...) de que a lei deveria ser minuciosa, detalhista e abrangente, devendo ser capaz de cercar a discricionariedade da administração pública. Os minimalistas, por outro lado, responderiam afirmando que um bom modelo legal seria aquele que fosse capaz de (...) gravar suas diretrizes fundamentais. (...) As decisões pontuais sobre as contratações públicas deveriam ser tomadas noutro âmbito, que não o legal²⁷.

9. O movimento de fuga do modelo rígido e formalista trazido pela Lei nº 8.666/93 parece ter chegado ao seu ápice com a edição da Medida Provisória nº 527, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), convertida posteriormente na Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011.

10. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, desde sua criação, mobilizou debates entre os publicistas. Não eram poucos os motivos para isso.

²⁷ ROSILHO, André Janjácomo, Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas, 2011. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito em São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, p. 84.



11. A uma, por romper com a lógica de reestruturação do marco legal de licitações públicas. Não se tratava de novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Tampouco se confundia, o que ficou claro com a extensão de suas hipóteses de incidência, com um regime destinado a atender as especificidades de um setor.

12. A duas, por inaugurar uma “terceira via” na modernização do sistema de licitações. O RDC consolida institutos e soluções jurídicas já positivadas de modo esparso pela legislação, especialmente aquelas lançadas nas recentes Leis de Diretrizes Orçamentárias ou ainda correspondentes à prática jurisprudencial, notadamente os acórdãos do Colendo Tribunal de Contas da União.

13. A três, pela conjuntura política de maciço investimento público em infraestrutura, animada pela proximidade da Copa do Mundo, em 2014, e Olimpíadas, em 2016, uma vez que o RDC foi visto como o meio jurídico de extinguir os “gargalos”, “oxigenando” o sistema de contratações públicas.

14. Um quarto motivo merece especial atenção. O RDC é empolgado por uma busca ativa de eficiência e celeridade. Dá-se ênfase à obtenção de resultados em detrimento do estrito controle de procedimentos a serem observados pelo gestor público. Assim, valendo-se da linguagem hiperbólica compartilhada entre aqueles que, de um lado, se ufanavam da novidade e, de outro, aqueles que viam no RDC um retrocesso no que se refere à observância da moralidade pública, pode-se afirmar que o advento do Regime Diferenciado de Contratação provocou uma mudança de paradigma²⁸.

15. Nestes momentos, comuns em tempos de adoção de novos códigos ou revisão de leis de grande importância no dia-a-dia dos operadores do Direito, junto com os primeiros livros sobre o tema, não é atípica a emergência de vigorosos embates ideológicos sobre a pertinência das inovações e o papel legado

²⁸ Sobre o termo, remete-se a KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Para uma crítica à banalização do termo, especialmente no Direito, MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Neoconstitucionalismo e valores jurídicos: uma proposta de substituição de paradigma*. 2005. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.



às leis já existentes, especialmente quando estas condicionam toda uma ótica sobre o tema²⁹.

16. Com o RDC, não foi diferente. Fazendo uma interpretação do quadro, mostra-se profundamente acertada a constatação feita por Vanice Regina Lirio do Valle, no sentido de que, nestas situações, polarizam-se duas posturas sobre os avanços no tema:

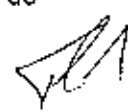
(...) a comunidade dos operadores do direito pode desempenhar um relevante papel no sucesso – ou fracasso – da referida norma jurídica, assumindo uma posição construtiva, que conduza a sua interpretação ao melhor resultado possível para a Administração Pública e aqueles a quem ela serve; ou pode assumir uma posição defensiva, arriscando a se por como verdadeiro fator de bloqueio às providências que os compromissos internacionais assumidos pelo país estão a reclamar.³⁰

17. Essa tendência defensiva, que via nos institutos do RDC um reprovável escape à concepção de um procedimento previamente desenhado pelo Legislativo e imposto ao gestor, juízo este, no mais das vezes, feito com olhos acostumados à realidade da Lei no 8.666/93, parece ter animado a propositura da presente ADI 4645, que pleiteia a total declaração de inconstitucionalidade do RDC³¹.

²⁹ Temos como exemplo de ampla discussão política e acadêmica os novos anteprojetos do Código de Processo Civil PL 8.046/2010 e o do Código Comercial PL 1.572/2011.

³⁰ Se é legítimo valer-se dos constructos feitos por Thomas Kuhn, poder-se-ia até mesmo, falar-se em momentos de "crise da ciência normal". Para uma aplicação dos conceitos do físico ao Direito, leia-se AYMORÉ, Débora. *Direito e Paradigmas científicos: uma discussão epistemológica do Direito pela Perspectiva de Thomas Kuhn*. Disponível na internet em http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/Anais/Debora%20Aymore_A%20Crise%20do%20Positivismo%20Juridico.pdf. Acesso em 25.08.2012.

³¹ Percebe-se, especialmente após a leitura da petição inicial da ADI 4655, ajuizada pelo Procurador-Geral da República que o parâmetro de constitucionalidade parece repousar no afastamento dos ditames da Lei Geral de Licitações. Oportuno, então, a lembrança do fenômeno da interpretação retrospectiva, criada por Barbosa Moreira e lembrada por Luís Roberto Barroso, por meio da qual "põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado do que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica" (Apud BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988* (foi bom para você também?). In: RTDP, 20/39, 1998.). De fato, nesta situação, o objetivo mostra-se um tanto distinto. Em vez de fazer com que o RDC "se amoldasse" à Lei nº 8.666/93, preferiu-se retirá-la do ordenamento jurídico.



18. Max Planck, ao comentar os avanços da ciência, vaticinou, com certa dose de fatalismo, que *“uma nova verdade científica não triunfa convencendo seus oponentes e fazendo com que eles vejam a luz, mas porque seus oponentes finalmente morrem e uma nova geração cresce familiarizada com ela”*³².

19. No Direito, não é necessário chegar a tal extremismo. Argumentativo e aberto ao diálogo, esta ciência social aplicada permite que pontos de vista opostos sejam apresentados, logrando-se a adesão daqueles que, imbuídos de apego a uma legislação que, embora construída com o fito de promover o respeito à legalidade e transparência, não se mostra mais adequada a atender a realidade atual.

20. Neste desiderato, propugna-se a adoção de uma lógica construtiva, parafraseando Vanice do Valle, tomando-se o novo regime como objeto de estudo numa análise desapassionada e sem *parti pris* sobre o tema. Assim, o presente memorial pretende evidenciar que as soluções contempladas pelo RDC não são novas, uma vez que já foram previstas em outros diplomas legais. E, além disso, por meio da explicitação da lógica econômica subjacente a seus institutos, o presente estudo visa a demonstrar ser a “engenharia jurídica” a possibilitar maior celeridade e eficiência nas contratações públicas, sem desrespeito ao contido no art. 37, XXI da CRFB/88.

2 – DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

2.1 – Características Básicas

21. A contratação integrada é um dos modelos contratuais positivados na Lei 12.462/11. Como características principais, o contrato admite a execução indireta de obras e serviços de engenharia, de acordo com o art. 9º, caput da Lei 12.462/11. Outros regimes previstos na lei para a execução de obras e

³² KUHN, Thomas, *op. cit.*, p. 193

serviços de engenharia incluem a empreitada por preço global e a empreitada integral.

22. De modo sintético, verifica-se que a principal distinção entre a contratação integrada e o regime de execução empreitada por preço global e empreitada integral cinge-se quanto à obrigatoriedade de a Administração Pública, no momento da licitação, ter elaborado previamente projeto básico, dando publicidade a este no momento da licitação.

23. É dizer: na contratação integrada, o particular deve desenvolver o projeto e executar obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Ou seja, incumbe ao particular o dever de entregar a obra em plenas condições de serviço, pronta para cumprir a sua finalidade.

24. De acordo com o raciocínio contido na exordial, essa ausência vulneraria a regra do julgamento objetivo, bem como o princípio da moralidade. Reportando-se diretamente ao texto da inicial, tem-se que:

Uma simples confrontação do art. 9º, §2º, inciso I, da Lei 12.462/11 com as exigências para elaboração do projeto contidas no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 é suficiente para se perceber a insuficiência do anteprojeto, como definido pela própria lei ora em discussão, para a devida individualização do objeto da licitação, o que determinará a subjetivação dos julgamentos dos certames.

25. Entretanto, como se terá oportunidade de se demonstrar, a contratação integrada não implica: (i) "*subjetivação do julgamento*"; (ii) propriamente uma inovação no sistema jurídico brasileiro, uma vez que este regime é aplicado, com êxito, pela Petróleo Brasileiro S.A - Petrobras; e (iii) atendidas algumas premissas, em especial a limitação de termos aditivos é solução altamente eficiente, permitindo a obtenção de melhores resultados pela Administração

Pública, como se conclui da (iv) apresentação da análise do instituto à luz de teorias advindas da ciência econômica.

2.2 – A contratação integrada não viola a regra de julgamento objetivo

26. Ao alegar a inconstitucionalidade da contratação integrada, por suposta violação à regra do julgamento objetivo, contido no art. 37, XXI da CRFB/88, a inicial parte de duas premissas implícitas: (i) o anteprojeto não carrega nenhum elemento que permita uma comparação objetiva entre as propostas ofertadas à Administração; e, numa pequena variação do argumento; (ii) o projeto básico é o único instrumento capaz de permitir o julgamento objetivo das propostas.

27. Sobre a primeira premissa, é interessante apresentar tabela elaborada por Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Junior³³ que utilizou como base a classificação dada pela NBR 13.531:1995³⁴ e pelo Manual ASBEA de Concepção de Produtos:

Anteprojeto	Projeto Básico	O que o projeto básico possui a mais que o Anteprojeto
Conceituação e plantas baixas esquemáticas de todos os níveis	Plantas detalhadas e ampliadas de todos os níveis e memoriais descritivos	Plantas detalhadas (VS. Plantas esquemáticas), Memoriais descritivos
Corte transversal e longitudinal	Cortes transversais e longitudinais	-
Elevações das fachadas principais	Elevações de todas as fachadas	Elevação de todas as fachadas (VS. Das

³³RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro e PINTO JR., Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação* In: Principais Inovações em Relação ao Marco Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública, Atlas, 2012, p.40.

³⁴ Norma Técnica, elaborada pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. A NBR 13:531 diz respeito à "Elaboração de Projetos de Edificações".



		fachadas principais)
Perspectivas externas e internas	Perspectivas externas e internas	-
Simulações e estudos básicos do layout interno	Estudos definitivos do layout	Estudos definitivos do layout(VS. Estudos básicos layout interno)
Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades para instalações prediais	Projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais(ar-condicionado, elétrica, hidráulica, incêndio, gás, circuito fechado de TV, controle de acesso, paisagismo etc.)	Projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (VS. Conceituação das premissas e necessidades de instalações prediais)
Estimativa macro de custos	Estimativa detalhada de custos (orçamento analítico)	Estimativa detalhada de custos(VS. Estimativa macro de custos)

28. Como dito anteriormente, é possível perceber que o projeto básico apresenta um grau de detalhamento maior do que o anteprojeto. Percebe-se que há a real delegação de funções originalmente da Administração Pública para o particular, porém, não há que se falar em insuficiente objetivação de obra ou serviço. Ainda mais quando o art. 9º, § 2º da Lei 12.462/11, citado na petição inicial, é complementado pelo art. 74 do Decreto 7.581/11, diploma que regulamenta o RDC e assim dispõe sobre o anteprojeto:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

- I - a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- II - as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;
- III - a estética do projeto arquitetônico; e

IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

III - levantamento topográfico e cadastral;

IV - pareceres de sondagem; e

V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

§ 2º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologia diferenciadas de execução, o **instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.**

§ 3º **O anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes.**

(grifou-se)

29. A comparação apresentada, então, aliada à dicção expressa do art. 74, §3º do Decreto 7.581/11 rechaça a alegação feita no sentido de que o anteprojeto não contempla elementos que permitam a comparação entre propostas, atendendo à exigência de julgamento objetivo.

30. E em relação à suposta imprescindibilidade da existência de projeto básico para que seja possível comparar propostas, há de se destacar aspecto olvidado pela inicial - na contratação integrada, de acordo com o art. 9º, §2º, inciso II, *"será adotado o critério de julgamento de técnica e preço"*.

31. Desta forma, a se respeitar, no instrumento convocatório, a *"estipulação de parâmetros bem definidos no edital, para a atribuição de notas aos diversos fatores avaliatórios nele previstos, cuja conjugação, há de ser suficiente para mitigar eventuais resquícios de imprecisão na maneira de julgar as propostas"*

oferecidas³⁵”, além do necessário dever de fundamentação a ser exercido pela comissão de licitação, é atendida a regra de julgamento objetivo, como preconiza a iterativa jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

2.3- A Contratação Integrada já existe na Legislação Brasileira

32. Ao impugnar a ausência de projeto básico na licitação de obras e serviços, os autores fazem *tabula rasa* de ser esta prática empregada há mais de quinze anos sem que disso tenha sido originado algum prejuízo ou violação a princípios constitucionais.

33. A uma, porque a desnecessidade de projeto básico encontra-se expressa na Lei 8.987/95, que, em seu art. 18, inciso XV, exige apenas que no edital convocatório, nos casos de concessão de serviços públicos *precedida de execução de obra pública*, conste “os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”.

34. A duas, porque a forma de licitação de obras e serviços de engenharia denominada contratação integrada também se encontra no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, positivada pelo Decreto Federal nº 2.745/98, que em seu item 1.9, assim dispõe:

1.9 - Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

35. Como se pode observar, a Lei nº, 12.462/11 não inova no instituto da contratação integrada, constituindo a sua inclusão no Regime Diferenciado de Contratações Públicas apenas uma expansão de sua utilização, que

³⁵ Acórdão nº. 1542/2012-Plenário, TC 037.751/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 20.6.2012.

não é informada pelo propósito de permitir julgamentos subjetivos ou dar azos a favorecimentos.

36. Na esteira dos ensinamentos de Marçal Justen Filho³⁶ verifica-se que o objetivo do legislador em delegar a elaboração do projeto básico ao contratado é gerar maior eficiência. E isto se dá por duas razões.

2.4- A Contratação Integrada, ao limitar termos aditivos, mostra-se solução dotada de alto grau de eficiência

37. Não raras vezes, a Administração Pública elabora projetos básicos deficientes, que demandam soluções posteriores, acarretando maior dispêndio de tempo e dinheiro do Erário, sendo necessária a celebração de termos aditivos para que a continuidade da obra se torne possível. Sobre o ponto, colaciona-se trecho de voto proferido pelo Ministro do E. TCU Marcos Vilela, que se manifestou no seguinte sentido:

Observo que o ponto central destes autos se refere à matéria com que o Tribunal [TCU] tem se deparado repetidas vezes e que, infelizmente, não tem merecido a devida atenção dos responsáveis pelas obras públicas: a elaboração de um projeto básico de qualidade e preciso o suficiente para o adequado desenvolvimento técnico e financeiro do empreendimento.

(...)

Projeto básico deficiente é fórmula infalível para a colheita de toda a sorte de problemas na condução da obra³⁷.

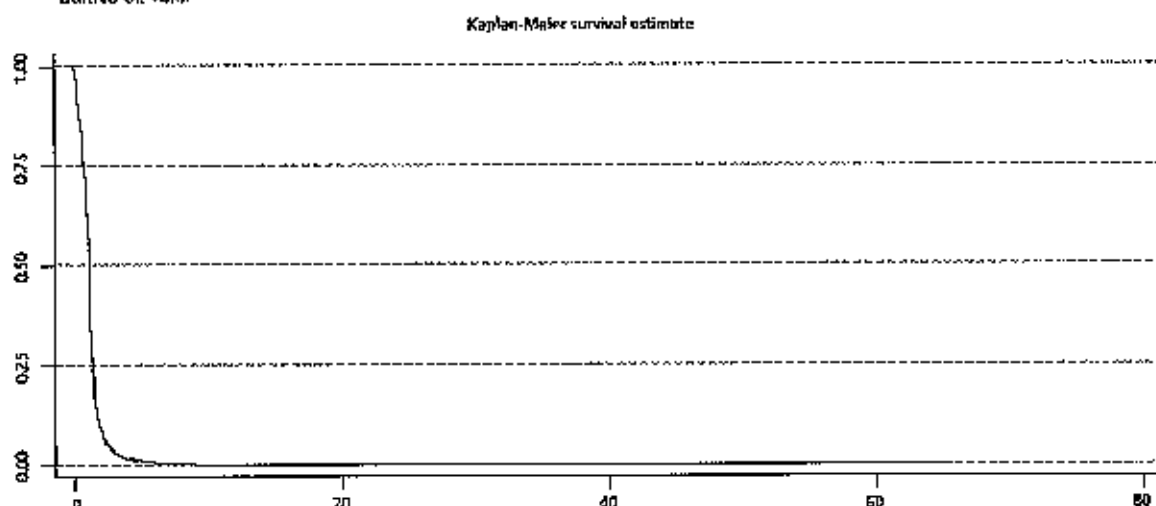
38. Como evidência empírica deste fenômeno, cite-se estudo elaborado pelo economista do IPEA, Eduardo Fiúza, que indica que a maior parte dos contratos de obras recebem termos aditivos após apenas 10% a 20% do tempo

³⁶ Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, In: Marçal Justen Filho; Cesar A. Guimarães Pereira. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas(RDC) – Comentários à lei 12.462 e ao decreto nº 7.581, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 152

³⁷ Acórdão nº 1983/2008, Min. Relator Marcos Vilela.

de execução decorrido³⁸, o que indica, por meio de correlação, a existência de falhas no projeto que são detectadas e corrigidas por aquele que tem mais conhecimento sobre o objeto. A fim de ilustrar o ponto, os números obtidos no ComprasNet (sistema virtual para aquisições de bens e serviços gerido pelo Ministério do Planejamento, Organização e Gestão), entre 2002 e 2008 podem ser graficamente apresentados deste modo:

FIGURA 3
Distribuição de probabilidade da porcentagem de tempo do contrato decorrido do início da vigência até a data do primeiro aditivo de valor



fonte: Informações gerenciais sobre compras governamentais (DW ComprasNet)

39. Assim, juntamente com a delegação de elaboração do projeto básico, que permite que o particular execute a obra de maneira mais eficiente, segue-se, como contrapartida, a vedação, como regra, na celebração de termos aditivos quando se dá a utilização da contratação integrada.

40. As exceções dar-se-ão, tão somente, em caso de força maior ou caso fortuito ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação a *pedido da Administração Pública*, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado.

³⁸ FIÚZA, Eduardo, O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida de compras públicas. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, 19, p.11. Disponível em <http://site.protec.org.br/arquivos/publicacoes/lpeaRadar19.pdf>, acesso em 30.07.2012

41. Segundo Ribeiro, Prado e Pinto Junior, o legislador buscou evitar os pedidos excessivos de aditamento por parte do contratado visando ao aumento de seu lucro, por meio de readequações contratuais³⁹. A *ratio* da contratação integrada é permitir que os riscos do desenvolvimento do projeto sejam transferidos da Administração Pública para o contratado, que, em caso de erro ou omissão, assumirá o ônus decorrente do evento.

42. E nem se diga que a possibilidade de modificação do contrato a pedido da Administração constitui possibilidade de oneração excessiva para o contratado. Inicialmente, porque os termos aditivos não podem, sob pena de desnaturar o procedimento licitatório, transmutar o objeto avençado. Neste sentido aponta a limitação do art. 65, §1º da Lei 8.666⁴⁰, que restringe a extensão das modificações possíveis.

43. Além disso, tendo em vista que a contratação integrada volta-se para uma maior consecução do princípio da eficiência mediante a concessão de maior autonomia ao contratado, a regra geral é que a Administração Pública não poderá alterar unilateralmente as soluções técnicas apresentadas pelo mesmo. Essa realização da eficiência pode ser melhor visualizada quando se faz uma leitura da contratação integrada à luz da AED.

2.5. A Contratação Integrada à luz da Análise Econômica do Direito: três conceitos econômicos sobre o contrato

³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro e PINTO JR., Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação. In: *Principais Inovações em Relação ao Marco Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Atlas, 2012, p. 63.

⁴⁰ "§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos".

44. Neste tópico, lança-se novo olhar sobre a contratação integrada. Nas seções anteriores, foi visto que o instituto não viola os princípios incidentes às licitações públicas, tampouco representa uma verdadeira novidade no ordenamento jurídico pátrio.

45. Torna-se oportuno, então, demonstrar que a contratação integrada, à luz dos constructos da análise econômica do direito, é mecanismo pleno de constitucionalidade, uma vez que melhor viabiliza a aplicação do princípio constitucional da eficiência e da moralidade. Para isso, vale-se aqui de três temas: (i) a teoria do agente-principal; (ii) a teoria dos incentivos; e (iii) o campo de estudos dos contratos incompletos, a fim de se entender os *rationales* da contratação integrada no RDC.

46. Sobre o último ponto, tem-se que a incompletude dos contratos deriva do fato de que os instrumentos contratuais não dispõem de capacidade para, *ex ante*, isto é, no momento de sua formulação, prever todas as situações possíveis em uma relação contratual. Assim, mostra-se contraindicado às partes regular todas as situações provenientes de um instrumento contratual; porque cada “previsão” adicional, inserta numa cláusula, por exemplo, acarreta um custo de negociação (“custo de transação”) que muitas vezes não se mostra vantajoso, frente ao esforço (tempo e recursos) necessário à sua incorporação ao contrato e às chances, muitas vezes, remotas de ocorrência dos eventos regulados pela referida cláusula.

47. Desta feita, não se mostra economicamente racional, é dizer, não é consentâneo com a maximização dos interesses dos contratantes obter a “completude” de um contrato.

48. Voltando ao campo semântico versado neste memorial, vislumbra-se que uma licitação com base em um projeto muito detalhado pode expor as partes a obrigações excessivas ou, até mesmo, cumprimento ineficiente do contrato⁴¹⁴². Ineficiência entendida, aqui, como a situação em que há o afastamento

⁴¹ As duas situações caracterizarão uma “relação de agência”, que será abordada mais a frente. (Ver Item 55 e posteriores)

⁴² ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina. 2007. p. 170.

de uma situação que leva ao aproveitamento contratual máximo de ambas as partes.

49. Ambas as situações acabarão gerando custos desnecessários, seja nas propostas e no preço pago pela administração, seja na má desenvoltura das cláusulas acertadas. Isto porque, verifica-se frequentemente que os contratos não são capazes de ser exaustivos a ponto de prever e explicitar todos os aspectos deles derivados. Mesmo que possível fosse, os custos mostrariam que essa atividade de previsão é economicamente inviável.

50. Dessa forma, o detalhamento mostra-se perverso, pois potencializa a necessidade de tratativas futuras em relação ao mesmo contrato, a fim de se viabilizar o cumprimento do que fora firmado anteriormente. O que significa, necessariamente, aumento dos custos. Vejamos:

Por contraste, um contrato mais completo, quicá mesmo um contrato contextualmente completo, seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato. Mas na busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode <<esbarrar>> com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz?⁴³

51. Há ganhos econômicos às partes quando essas se abstém de negociar cada pequeno aspecto, pois tal postura diminui os custos de transação⁴⁴ de um contrato e, conseqüentemente, reduz o preço final⁴⁵.

⁴³ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 148.

⁴⁴ "Um contrato mais incompleto aproximar-se-á do mercado <<pontual>>, seja na flexibilidade seja na exposição a riscos; um contrato mais completo, ao invés, perderá em flexibilidade o que pode ganhar em erradicação ou cobertura de riscos – mas fá-lo-á, ao menos a partir de certo ponto, a custos crescentes, a <<custos de transação>> que, neste contexto, podemos designar como <<custos de governo>>, custos de especificação de formas de partilha e gestão de risco" (grifo nosso) (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 149).

⁴⁵ Os custos de transação seriam os impedimentos à negociação do contrato, na busca pela outra parte, na negociação ou no cumprimento do estabelecido. Toda vez que as partes alocam recursos para a celebração do contrato, elas têm custos convencionalmente chamados custos de transação. Para definição mais apurada ver: COOTER, Robert e ULEN, Thomas, *Direito & Economia*, tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

52. Considera-se que a negociação das obrigações contratuais será eficiente até o limite dos ganhos gerados pelo contrato. Explica-se: se os custos de transação superarem os benefícios de se ter um contrato completo, então esse só será economicamente viável no seu modelo parcialmente incompleto, se os incentivos contidos nesse contrato forem capazes de alinhar os interesses entre as partes. E é assim que efetivamente acontece ⁴⁶

53. Dessa forma, o disposto no art. 9º, §2º, I da Lei nº 12.462/11 e no art. 74 do Decreto 7.581/11 parecem atender às conclusões extraídas da teoria da incompletude contratual. É que o modelo de contratação integrada permite que obras e serviços de engenharia sejam licitados com base, apenas, no anteprojeto de engenharia dispensando, assim, a necessidade de se arcar com os custos de elaboração, assim como, após a celebração do contrato, de manutenção e fiscalização da execução do projeto básico. Passam-se a se controlar os resultados e metas, em detrimento de etapas procedimentais.

54. Admitindo-se a premissa da incompletude dos contratos, o certame realizado com base no anteprojeto poupará, portanto, aos cofres públicos custos expressivos elaboração do projeto básico e, ainda, de renegociar o contrato uma vez celebrado, o que, infelizmente, não raras vezes ocorre, conforme aponta o estudo de Fiúza acima citado⁴⁷.

55. Reconhecendo a realidade acima, sob a visão da teoria dos contratos incompletos, o modelo de contratação integrada mostra-se mais eficiente e econômico que o modelo determinado pela Lei nº 8.666. Em outras palavras: a transferência dos riscos e custos de elaboração do projeto ao particular

⁴⁶ "As partes esperam economizar em custos de transação deixando lacunas em contratos sempre que o custo efetivo da negociação de condições explícitas exceda o custo esperado do preenchimento de uma lacuna". (COOTER, Robert e ULEN, Thomas, *op. cit.*, p.223).

⁴⁷ "Além disso, a alocação dos riscos de projeto ao particular confere maior estabilidade à Administração em termos financeiros. Como regra geral, no caso de necessidade de revisão de projetos, ela não terá de assumir a responsabilidade pelos custos decorrentes. Logo, o risco de eventual necessidade de reformulação das especificações técnicas do objeto a ser executado, que na Lei 8.666 é assumido pela Administração (e que deveria ser minimizado pela elaboração do projeto básico), passa em certa medida a ser atribuível ao particular na contratação integrada." (REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. (Org. Marçal Justen Filho; Cesar A. Guimarães Pereira). *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. In: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei nº 12.463 e decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012, p. 155.)

traz vantagem à Administração Pública, que não arcará com os custos de sua elaboração *ex ante*, tampouco, após a celebração do contrato, arcará com os riscos e a eventual necessidade de reformulação desse. Claro está que a teoria dos contratos incompletos, *per si*, não explica toda a lógica econômica da contratação integrada. Para isso, é necessário considerar a responsabilidade advinda do desenvolvimento do projeto – transferido ao contratado – e a restrição aos termos aditivos, que passam a ser delimitados de acordo com a teoria do agente-principal.

56. Os corolários desta teoria aplicam-se em toda relação em que há delegação de uma atividade, feita por indivíduo, denominado principal, para outro, chamado de agente, que deve atuar em favor do principal⁴⁸. Essa relação, entre agentes e principais, é denominada 'relação de agência'⁴⁹. Essa relação é caracterizada pela assimetria de informações: o principal não possui condições de aferir, auditar ou fiscalizar todos os atos praticados pelo agente, que pode adotar conduta que lhe beneficie, em detrimento do principal⁵⁰.

57. Logo, a simples delegação oferece ao agente possibilidade de alterar a qualidade de seu desempenho, sem que o principal tenha habilidade para perceber⁵¹. Essa assimetria de informações gera o problema do "risco moral"⁵², que se apresenta quando a qualidade performática do agente não pode ser captada.

⁴⁸ "Agentes para quem uma tarefa tenha sido delegada por um principal podem também escolher ações que afetem o valor do contrato, ou geralmente, a performance do agente. Pelo simples fato da delegação, o principal perde qualquer habilidade de controlar essas ações que não são mais observáveis, seja pelo principal que oferece o contrato ou pelo juiz que o executa. Essas ações não podem ser estipuladas em contrato porque ninguém consegue verificar seu valor. A esses casos chamamos de risco moral." LAFFONT, Jean-Jacques e MARTIMORT, David, *The Theory of Incentives – the principal-agent model*, Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 145

⁴⁹ EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. *The Academic of Management Review*, Vol. 14, No. 1. (Jan., 1989), p. 58. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2591431>. Consultado em: 09.10.2012.

⁵⁰ "A insuficiência informativa converte-se, nesta última acepção, num peculiar <<custo de transação>>, aquele que, interferindo numa perfeita partilha de toda a informação relevante entre as partes (interferindo em suma no <<Revelation Principle>>), diminui a eficácia dos incentivos que promoveriam a harmonização dos seus interesses e das suas condutas, impedindo desse modo a verificação de condições ideais como: [...]"

- no caso das relações de agência, a perfeita comunicação entre agentes e entre estes e o principal (eventualmente a funcionar como <<mediador>> daqueles) evitando tanto os erros e lapsos como o dolo e os conluios, além de outros efeitos de descoordenação e de não-cooperação [...]" (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 283).

⁵¹ Nesse ponto, podemos aventar, também, o risco da 'seleção adversa'. A saber: "No seio do contrato, a seleção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até à compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta

58. Dessa relação de agência prevê-se a ocorrência dos seguintes problemas: (i) contraposição antagônica de objetivos entre agentes e principais; (ii) incremento do custo de informação e fiscalização, pelo principal, das atividades a serem exercidas pelo agente; e (iii) o compartilhamento ineficiente de riscos, que se sobrepõe, em especial, quando agentes e principais têm comportamentos diferentes frente ao risco.

59. A matriz de risco contratual se torna, antes de tudo, uma seleção de quais os riscos cada parte contratual melhor pode minimizar e qual a parte que pode melhor absorver o sinistro. Assim, a seleção de quais os riscos que vão ser passados ao privado se torna, facilmente, uma seleção das variáveis às mãos do privado.

60. Quando estes riscos são mal alocados, o comportamento das partes se torna ineficiente, podendo engendrar situação de reequilíbrio em favor do próprio causador do prejuízo. Ao mesmo tempo, quando riscos além do comum são passados ao privado, este tende, no momento de apresentação da proposta, a se resguardar de tais contingências, "precificando" esses riscos, aumentando seu preço a fim de que o ente público "custeie" eventual ocorrência das situações danosas antecipadamente.

dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles (que para ele são <<experience goods>>, insusceptíveis de revelarem as suas características senão *ex post*), oferece condições contratuais *medianas* que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas –. Sucede que as condições iniciais já não são medianas para a <<metade pior>> que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratar: rematando-se assim o processo de seleção adversa como um verdadeiro e próprio <<colapso da contratação>>. (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 285).

⁵² "Essa incerteza é a chave para o entendimento do problema contratual do risco moral. Se a correlação entre esforço e performance fosse completamente determinado, o principal e o juiz não teriam dificuldade em perceber o esforço do agente através do resultado do seu trabalho. Mesmo se o esforço do agente não for observável diretamente, pode ser indiretamente estipulado no contrato, desde que o resultado do trabalho em si seja observável e verificável.", Jean-Jacques Laffont, David Martimort, *The Theory of Incentives – the principal-agent model*, Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 146.

61. Fernando Araújo, seguramente o autor mais conhecido de *Análise Econômica Direito em Portugal*, leciona:

Cada contrato espelha uma transação, uma troca (presente ou futura) propiciada pela divergência de disposições negociais entre duas partes que têm interesses contrapostos e objetivos complementares; e uma troca que, dada essa complementaridade e contraposição, se aproxima do paradigma abstrato de um jogo.⁵³

62. Dessa forma, cada parte tem incentivo para executar sua obrigação de modo a não gerar o inadimplemento, no entanto, na forma menos custosa possível. Esforços são empregados para que a execução seja realizada nos moldes mais econômicos admissíveis, mas não necessariamente nos moldes mais eficientes para o contrato como um todo.

63. Por exemplo, em uma contratação de obra pública, uma vez celebrado o contrato, o privado tem o estímulo de reduzir a qualidade do serviço, sem que a Administração Pública perceba, para aumentar a sua margem de lucro. Irá reduzir qualidade na execução até onde não se configure inadimplemento, e até o ponto em que a adoção de tal conduta não afete sua remuneração.

64. O problema da qualidade do adimplemento deve ser observado com um adendo, aquele da assimetria de informação e dos custos de verificação e fiscalização da execução, a ser realizada pelo principal. Portanto, incentivos contratuais servirão para distribuir eficientemente ganhos e custos.

65. A teoria do agente-principal leciona que, quando o principal tem a possibilidade de aferir indicadores de esforço/qualidade do agente – ainda que de maneira dificultosa, incentivos podem ser criados para que estes indicadores sejam explicitados. Neste quadro, ferramentas como a remuneração variável, por exemplo, servem para dirimir os problemas já delineados, tais como a seleção adversa e o risco moral.

⁵³ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 45 e 46.



66. Os ganhos que o agente percebe na quase-renda ou com a performance abaixo do esperado são minimizados pelo principal quando este estabelece índices de qualidade e vincula estes à remuneração do privado. Assim, a qualidade da obra, que poderia ser baixa para gerar menos custos ao contratado, se torna uma variável relevante dentro do comportamento do privado, que passa a se comprometer com os resultados que geram renda.

67. O art. 10 da Lei do RDC prevê a possibilidade de se estabelecer remuneração variável⁵⁴ vinculada ao desempenho da contratada, inclusive nas contratações de obras e serviços de engenharia. Portanto, sob a visão da teoria do agente-principal, o modelo de contratação integrada mostra-se, também nesse aspecto, mais eficiente que o modelo determinado pela Lei nº 8.666.

68. O uso da contratação integrada acompanhada da remuneração variável se mostra importante para o êxito deste modelo contratual. Conforme vimos, o menor nível de detalhamento pode gerar menos obrigações aferíveis relativas ao procedimento, mas a remuneração variável impõe melhores obrigações de resultado, obrigando o privado a envidar mais esforços em atendimento às necessidades da Administração

69. Por fim, o terceiro aspecto a ser tratado, a teoria dos incentivos, que se insere na lógica da relação entre agente e principal, preconiza a utilização de mecanismos contratuais para gerar o melhor resultado para as partes. Os incentivos são instrumentos, essencialmente remuneratórios, que visam aproximar os interesses antagônicos das partes que, uma vez celebrado o acordo, tendem a divergir quanto à distribuição da renda⁵⁵.

70. Entende-se que o agente, sem que haja mecanismos que o afastem desse comportamento, adotará condutas que minimizem seus custos e maximizem a renda a ser por ele apropriada no contrato. Na falta de dicção expressa que indique sua distribuição, toda renda, que deve ser aqui entendido

⁵⁴ Trataremos, adiante, especificamente os aspectos advindos do emprego da remuneração variada no Regime Diferenciado de Contratações.

⁵⁵ "Bem vista as coisas, a <<teoria dos incentivos>> fornece uma explicação universal para um conjunto de situações de tensão bilateral em que se defrontam interesses de eficiência e <<captura de rendas>> (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 600).

como todo o aproveitamento decorrente do contrato, será disputada pelas partes, em momento posterior à sua celebração.

71. De maneira analítica, tem-se que, a partir do instante em que o agente e o principal celebram um contrato, o agente vai ter estímulos para cumprir o contrato com o menor custo, se apropriando dos ganhos da relação. Esta apropriação é tirada não do preço, mas dos ganhos esperados de ambas as partes sobre o contrato.

72. É dizer: à míngua de incentivos que fomentem atuação de maneira diversa, o agente – o contratado – tende a tentar ganhar duas vezes. Ao se remunerar pelo preço de sua proposta e ao buscar se apropriar de ganhos esperados pelo principal ao entregar um produto com menor qualidade e, portanto, menor custo.

73. Por conseguinte, os incentivos são criados para diminuir a disputa por essa *quasi-renda*, de forma a aproximar os interesses divergentes em prol de maior produtividade contratual e melhor relação agente-principal, isto é, eficiência⁵⁶.

74. Veja-se que os dispositivos legais do RDC têm por objetivo reduzir as hipóteses em que será possível pleitear celebração de aditivos para além daquelas previstas no art. 9º §4º da Lei. Uma vez delimitadas e restringidas as hipóteses de negociação de aumentos do preço total, o particular sabe, de antemão, o preço final que poderá ofertar. Evita-se, assim, que as propostas apresentadas nos certames considerem, além do preço ofertado, os aditivos que poderão ser celebrados *a posteriori*.

75. A licitação de um contrato de obra pública a ser celebrado no modelo da Lei 8.666 possui uma falha intrínseca. Uma licitação de menor preço, ou de técnica e preço que leve em conta o preço ofertado, vai ser um

⁵⁶ "O ponto central da <<*incentive theory*>> é precisamente a <<relação de agência>> na qual o principal se defronta com as limitações impostas pela relativa inobservabilidade das características ou da conduta do agente, procurando a teoria delinear o quadro de incentivos que, no caso da selecção adversa, forcem à partilha de informação ou, no caso do risco moral, conduzam à adopção de uma conduta compatível com os interesses do <<principal>>" (ARAÚJO, Fernando. Op. cit., p. 599).

leilão, na acepção econômica, imperfeito, sempre que o privado puder pleitear o reequilíbrio econômico ou celebrar aditivos com base no erro de documentos contidos no edital. Assim, o preço vencedor na licitação tende a não ser o preço do contrato, pois a este terminam sendo somados os custos posteriores.

76. Já no RDC, o "leilão" permite a todos os contratantes saber de fato qual vai ser a sua remuneração, vez que eles não serão complementados com o pactuado em futuros termos aditivos, e deverão oferecer sua proposta o mais fiel possível a sua expectativa de remuneração.

77. Dessa forma, o regime da contratação integrada permite ao Poder Público celebrar ao final dos certames, à luz do modelo econômico descrito, contratos com a menor proposta em termos absolutos.⁵⁷

78. Portanto, conclusão outra não pode ser feita que a de que o modelo de contratação integrada é mais eficiente e econômico que o modelo determinado pela Lei nº 8.666. Afirma este mecanismo replicado pelo RDC e já existente na legislação brasileira prévia, de maneira plena e ampla, os primados disposto no art. 37 da CRFB/88, que guiam a atividade da Administração Pública.

3 - DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

3.1 - A necessidade de fixação de limites prévios - respeito à moralidade e impessoalidade

79. Também a remuneração variável, prevista no art. 10 da Lei 12.462/11⁵⁸ e regulamentada pelo art. 70 do Decreto 7.581/11⁵⁹ é impugnada

⁵⁷ Isto é, vis ao que costuma ocorrer sob a égide da Lei 8.666/93, em que o preço final é o da proposta, acrescido aos aumentos contidos em eventuais termos aditivos, além de uma grandeza que não é normalmente precificada - o custo de oportunidade da Administração incorrido pela demora na entrega do objeto contractual, acarretada pela renegociação do contrato e celebração de reatificações.

⁵⁸ Lei 12.462/11: Art 10: "Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.



no bojo na exordial desta Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preconiza-se ali que o mecanismo não se coaduna com a *"moralidade administrativa e impessoalidade"*, fomentando *"relações espúrias entre o público e o privado"*.

80. Nesta seção, restará claro que a remuneração variável, na tônica do que foi exposto acima, caracteriza-se como um incentivo destinado a alinhar interesses entre as partes contratantes, sendo sua aplicação recomendável nas situações em que se apresentam dificuldades para o monitoramento do nível de esforço empreendido pelos agentes.

81. Da mesma maneira do que foi feito com o tema da contratação integrada, ver-se-á que a remuneração variável não constitui inovação trazida pelo RDC, sendo seu propósito estimular o incremento da eficiência nas contratações públicas, objetivo explícito do novo regime licitatório.⁶⁰

82. O RDC não inaugura o tema da remuneração variável em procedimentos de contratação pública. Antes, a Lei 11.079/04⁶¹ já trazia disposição com provisões similares.

Parágrafo único: A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação."

⁵⁹Decreto 7.581/11 Art. 70: "Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

- I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;
- II - ao valor a ser pago; e
- III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública. (...)"

⁶⁰ Lei 12.462/11: Art. 1º, § 1º - O RDC tem por objetivos:

- I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública

⁶¹ Lei 11.079/04. Art. 6º. (...)

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos

83. A ideia subjacente à previsão é estimular o prestador do serviço a realizá-lo com maior qualidade e de acordo com as especificidades do administrador, de modo a maximizar sua remuneração⁶², consubstanciando prática rotineiramente aplicada na iniciativa privada e cujos bons resultados também já são experimentados pela Administração Pública, sem que se possa falar em violação de impessoalidade ou transparência.

84. Em última instância, a argumentação contida na petição inicial parece estar calcada em raciocínio que desconsidera a observância de regra atinente ao sistema de licitações pátrio: a vinculação ao instrumento convocatório⁶³.

85. As diretrizes que deverão ser seguidas pelo contratado são estabelecidas pela Administração Pública antes da execução da obra ou serviço e sua consequente remuneração. Ou seja, os critérios para que haja uma remuneração variável são prévios, não cabendo ao administrador qualquer subjetividade ou discricionariedade. Mais que isso: os critérios são *prévios* e *objetivos*. Trata-se de metas e parâmetros facilmente identificados, como o tempo de realização da obra, ou a qualidade do serviço.

86. Quanto à falta de previsão do pagamento, tema também abordado pelos requerentes, é oportuna a transcrição do que dispõe o artigo 70, §1º do Decreto 7.581/11: *[a] remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública*, repetindo o conteúdo trazido pelo parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.462/11⁶⁴. Logo, o valor máximo que poderá ser pago,

no contrato.

⁶² PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPSs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 2. Salvador, Maio/Junho/Julho 2005. p.7.

⁶³ Cite-se: "ao produzir e divulgar o ato convocatório a Administração Pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Esses critérios objetivos constantes do ato convocatório devem ser observados ao longo do procedimento, com cunho vinculante para os participantes e também pela própria Administração Pública. (...) o procedimento licitatório é disciplinado por Lei, mas também por atos administrativos normativos. O ato convocatório da licitação define o objeto, estabelece pressupostos de participação e regras de julgamento." (...) "o ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se confundem nas preferências, ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios.". FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 317-320.

⁶⁴ Lei 12.462/11 Art. 10: Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas,

quando o particular atinge todas as metas, repise-se, objetivas e previamente definidas, é estabelecido em momento anterior, cabendo, inclusive, em respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, empenho deste montante.

87. No ponto, cita-se trecho de exposição do Ministro Benjamin Zymler na Câmara dos Deputados:

Ele [o RDC] enfatiza a ideia de remuneração variável. Ou seja, de se remunerar a empresa contratada de forma paramétrica, levando-se em conta os resultados atingidos pela empresa. Isso não significa subjetividade: o edital vai ter que trazer uma fórmula matemática para estabelecer uma correlação entre os resultados da empresa contratada e o valor a ser pago. Isso é uma forma de incentivar a eficiência, a eficácia da atuação da empresa⁶⁵.

88. Demonstrada que a remuneração variável não constitui violação à impessoalidade, sendo compatível com os ditames constitucionais e tampouco constitui uma inovação do RDC, cumpre explicitar o *rationale* de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, é necessário voltar-se ao tema do desenho eficiente de incentivos e da relação entre agente e principal.

3.2 – A Análise Econômica da Remuneração Variável – incentivos eficientes e o exemplo norte-americano

89. O desenho eficiente de incentivos constitui modo de *design* do contrato licitado que preveja incentivos, tanto para o particular quanto para a Administração Pública, que garantam a alocação mais eficiente dos recursos, assegurando, por exemplo, que o ente privado tenha incentivos para executar o contrato de forma mais rápida e a Administração, ainda que pague preço um pouco

padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

⁶⁵ Audiência Pública nº 0935/12 da Comissão de Finanças Públicas na Câmara dos Deputados, Disponível na internet em <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cfp/documentos/notas-taquigraficas/nt26062012regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-2014-rdc-instituido-pela-lei-no-12.462-11>. Acesso em 12.10.2012.



mais elevado, receba o que contratou antes do prazo, aferindo um ganho em poder utilizar do serviço/bem que contratou antes da hora, o que pode se traduzir em um maior bem-estar social para a maioria da população.

90. Ou seja, a remuneração variável apresenta-se como um mecanismo que fomenta um cumprimento mais eficiente do contrato, pois ela cria incentivos para que o contratante execute o projeto licitado de modo mais rápido ou com a superação de metas indicadoras de qualidade, maximizando sua remuneração até, como visto, previamente estabelecido ao mesmo tempo.

91. Nesse sentido é fundamental, avançando no que foi apresentado na seção sobre a lógica econômica existente na contratação integrada, compreender os chamados incentivos contratuais ou *"incentive type contracts"*, como são conhecidos no direito Norte-Americano, que são contratos que contêm cláusulas estipulando metas – em geral, de custo, cronograma ou preço – a serem atingidas pelo contratado e que quando atingidas resultarão em um pagamento adicional ao mesmo.

92. Este tipo de previsão se opõe aos tradicionais contratos a preço fixo, nos quais o preço é pré-fixado, independentemente dos custos incorridos ou dos gastos efetuados pelo contratado, não criando qualquer incentivo ou design contratual para que o contratado trabalhe de forma mais eficiente.

93. Especialmente em contratos com o setor público, frisa-se que o bem-estar social muitas vezes é afetado negativamente pelo tempo de demora na implementação dos projetos públicos ou para a construção de obras públicas. Assim é que o uso de incentivos contratuais pode servir como ferramenta eficaz para atingir resultados mais eficientes.

94. Essa é também a opinião de dois professores de economia norte-americanos, Gregory Lewis e Patrick Bajari, das universidades de Harvard e Minnesota, respectivamente, em trabalho intitulado *"Procurement Contracting with*



*Time Incentives: Theory and Evidence*⁶⁶, publicado pelo *National Bureau of Economic Research* dos EUA.

95. Nesse artigo acadêmico, os professores realizaram pesquisa empírica com contratos firmados entre o Estado e um parceiro privado para regular a esfera da construção e manutenção de rodovias. Desde 2009 o Departamento de Rodovias (*"Highway Department"*) dos EUA, responsável por realizar licitações para a contratação de parceiros privados para prestação de serviços nas rodovias, começou a utilizar contratos com "design mais eficiente", nos termos do mencionado artigo, caracterizados pela previsão de incentivos de cronograma.

96. Antes de 2009, os contratos eram denominados "Tipo A" e continham somente uma variável para os licitantes competirem que era o preço. Após, foram instituídos os contratos tipo A + B que são compostos de duas variáveis, preço e tempo para completar o projeto, criando um incentivo para que o contratante apresente projeto potencialmente mais caro, mas também mais rápido. Ademais, esse contrato traz previsão expressa para que, se o projeto for finalizado antes do cronograma, haja um pagamento adicional, criando novo incentivo para que as obras terminem mais rápido.

97. Nesse artigo, comprovam os professores que, embora esse contrato possa ter ficado inicialmente mais custoso para a Administração⁶⁷, a diminuição no tempo de entrega do projeto, quando contabilizada, traz mais benefícios para a população em geral, em termos de bem-estar social, sendo, portanto, mais eficiente. Essa conclusão pode ser facilmente compreendida no seguinte exemplo encontrado na introdução do artigo:

For example, US 101 is an important highway through Silicon Valley, carrying over 175,000 commuters per day. If a highway construction project results in a 30-minute delay each way for commuters on this route, the daily

⁶⁶Bajari, Patrick et Lewis, Gregory, *Procurement Contracting with Time Incentives: Theory and Evidence* (April 2009). NBER Working Paper No. w14855. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1376158>, acesso em 11.10.2012.

⁶⁷Tal conclusão provisória foi extraída do contexto norte-americano. Possivelmente, pelo que já foi explicitado nestes memoriais, esta ilação não é aderente ao cenário brasileiro, como se percebe da leitura dos itens 74 a 77.

social cost imposed by the construction would be 175,000 hours. If we value time at \$10 an hour, this implies a social cost of \$1.75 million per day. But in standard highway contracts, contractors have poor incentives to internalize this externality. For example, highway contractors in California are given relatively generous deadlines, and even then are only penalized with damages of up to \$40,000 per day late. Given these weak incentives, it is likely that the observed completion times will be inefficiently slow.⁶⁸

98. No corpo do texto, encontram-se estudos empíricos que ao final concluem que a mudança no uso dos contratos tradicionais tipo A para os mais modernos contratos tipo A+B geram ganhos de bem estar social em mais de 19% dos valores dos contratos ou, contabilizado em termos do orçamento do *Minnesota Department of Transportation*, ganhos de mais de \$290 milhões de dólares, o que se refletirá em grandes ganhos de bem-estar social para toda a população.

99. Numa analogia, poderíamos dizer que o uso da remuneração variável pode produzir resultados similares nos contratos firmados pelo regime do RDC, provando-se serem então benéficos para toda a população e trazendo muito ganhos de eficiência.

100. Com base em tudo o que foi exposto, da mesma forma do que foi concluído em relação à contratação integrada, também a remuneração variável (i) não viola quaisquer dos princípios de observância cogente pela Administração Pública, especialmente quando há a necessidade de fixação prévia do valor máximo a ser custeado pelo Erário; (ii) já foi incorporada pelo ordenamento brasileiro anteriormente, sendo de aplicação rotineira na modelagem de Parcerias Público Privadas; e (iii) revela-se instrumento consentâneo com um Estado Gerencial, marcado pela busca da eficiência. A constitucionalidade da remuneração

⁶⁸ Tradução livre: "Por exemplo, a US 101 é uma importante rodovia que cruza o Silicon Valley e por onde passam mais de 175.000 pessoas por dia. Se a realização de obras nessa rodovia resultar em um atraso de 30 minutos na ida e na volta para cada pessoa nesta rota, o custo social diário sofrido devido a essas obras seria de 175.000 horas. Se nós valorarmos cada hora em \$10 (dez dólares), isso implicaria um custo social de \$1.75 milhões por dia. Os contratos-padrão para obras em rodovias trazem incentivos frágeis para que os contratados internalizem essa externalidade negativa. Por exemplo, construtores de rodovias na Califórnia têm prazos para o cumprimento dos contratos que são razoavelmente flexíveis e, ainda assim, somente são penalizados em \$ 40,000 (quarenta mil) dólares por cada dia de atraso na entrega das obras. Com esses incentivos fracos, é muito provável que os prazos observados para a entrega das obras rodoviárias serão relativamente lentos."

variável, então, é nítida, pois sua função é não somente aumentar a eficiência como também garantir a prestação de um serviço que gerará bem-estar social, trazendo assim benefícios para todos os envolvidos.

4- DO ORÇAMENTO SIGILOSO

4. 1- Orçamento "sigiloso" ou com publicidade diferida?

101. Visando proporcionar maior eficiência e aperfeiçoar os processos licitatórios, o regime diferenciado de contratação introduz, com a Lei 12.462/11, nova regra sobre publicidade nos procedimentos licitatórios.

102. O princípio constitucional em tela é excepcionado na Lei 12.462/11, na hipótese de utilização do orçamento estimado, que será divulgado ao público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação (art. 6º da Lei nº 12.462/11).

103. Inicialmente, é oportuno rememorar a lógica adotada pelo regramento geral, trazido pelo Estatuto Geral de Licitações e Contratos Administrativos. O art. 40, §2º, II, da lei 8.666/93 impõe a divulgação do orçamento estimado do contrato em planilhas de quantitativos e preços unitários, de forma prévia. Dessa forma, os licitantes sabem qual o preço estimado pela Administração para determinada contraprestação contratual.

104. A fim de estimular a competição entre os particulares, maximizando a vantagem experimentada pela Administração Pública, o RDC traz a possibilidade de **diferimento** da publicidade, com a publicação posterior do orçamento elaborado, evitando que os licitantes apresentem preços distorcidos por saber quanto o Poder Público está disposto a pagar. Além disso, inibe potenciais possibilidades de colusão entre os participantes, pois, ao subtrair de seu conhecimento o preço de reserva, retira um meio de parametrizar propostas próximas a esse valor. Desta feita, reduz-se a chance de manobra colusiva.

105. Como será exposto a seguir, para que se entenda melhor os motivos pelos quais o legislador introduziu o novo modelo de orçamento, será

necessário um debate sobre a teoria de leilões, tendo em vista que toda licitação é uma espécie de leilão, no sentido econômico do termo⁶⁹. Nesta esteira, a partir de tal debate, far-se-á a análise do comportamento dos participantes do processo licitatório por meio da teoria da negociação e da ancoragem. Tudo com o propósito de desvelar a construção teórica que justifica e baliza a escolha legislativa sobre a regra do dito orçamento sigiloso, demonstrando-se como a teoria econômica pode contribuir de forma significativa para as escolhas no Direito. Aqui, mostra-se oportuna a observação lançada por Ângelo Henrique Lopes da Silva, ao afirmar que *"licitação pública é tema interdisciplinar que pode contar com contribuições advindas não só do direito, como também de outras áreas do conhecimento, tal qual a economia"*⁷⁰.

4.2 - O Respeito ao Princípio da Publicidade: o diferimento também já foi adotado na Lei do Pregão

106. O artigo 37 da CRFB/88 estabelece princípios que norteiam a Administração Pública, estando entre eles o princípio da publicidade. Este princípio encontra-se também positivado na Lei 8.666/93 e em diversas outras leis, tendo se tornado um dos princípios basilares do Direito Administrativo brasileiro. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda

⁶⁹ "A palavra leilões na expressão teoria dos leilões se refere a procedimentos em que, por meio da realização de propostas de preço, é escolhido o comprador ou o vendedor de um bem ou serviço. Nesse sentido, pode-se dizer que a "teoria dos leilões" abrange as licitações públicas, particularmente aquelas cujo critério de julgamento envolve preço. Portanto, ao falarmos de "teoria dos leilões" estamos nos referindo ao estudo, de uma perspectiva econômica, das licitações, o que inclui as licitações de concessões, PPPs e demais desestatizações." RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 53.

⁷⁰ SILVA, Ângelo Henrique Lopes da, *O preço de reserva sigiloso nas licitações públicas* (monografia) – 3o lugar no Prêmio Tesouro Nacional (2011). Disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/stn/stn2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Angelo_Henrique_Lopes_da_Silva.pdf, acesso em 09.10.2012.

hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo⁷¹.

107. Entretanto, a importância que o princípio possui, uma vez que reforça os valores democráticos que guiaram a promulgação da atual Constituição, não pode levar a uma espécie de "sacralização" do tema – a publicação prévia do orçamento não é cláusula pétrea. Logo, a publicidade não significa que todo e qualquer ato praticado pela Administração tenha que ser objeto de ampla e imediata publicidade.

108. O RDC determina, no artigo 6º da Lei 12.462/11, que somente após o encerramento da licitação se tornará público o orçamento previamente estimado para a contratação. Em sentido oposto, o regime da Lei 8.666/93 instituiu a necessidade de divulgação prévia e ampla do orçamento estimado pela Administração, juntamente com o ato convocatório da licitação. Observa-se, no entanto, que o diferimento da publicação do orçamento não é uma novidade do RDC, uma vez que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado não configura elemento obrigatório do edital, não sendo, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁷², contrária à Constituição a possibilidade de que os editais não explicitem o orçamento elaborado pela Administração.

109. É preciso ressaltar, entretanto, que tal fato não significa que determinada lei sobre o tema não possa instituir regra diferente a respeito do assunto. Não há amparo constitucional que obrigue a Administração Pública a promover a divulgação prévia do orçamento estimado.

110. O princípio da publicidade pode ceder diante de outros

⁷¹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 200, p. 653.

⁷² Acórdãos TCU 114/2007 – Plenário, 1178/2008 – Plenário e 394/2009 – Plenário: em relação à última decisão colegiada, oportuna a transcrição de trecho do seu sumário: "Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo administrativo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo". E avançando, excerto do voto do Ministro Relator, José Jorge: "inexiste na legislação de regência obrigatoriedade para tanto, havendo tão somente a exigência de inserção de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários no bojo do processo administrativo que fundamenta a contratação, consoante já deliberou o Tribunal (Acórdãos 1.925/2006 e 114/2007, ambos do Plenário)".

princípios e valores constitucionalmente consagrados, ou seja, os princípios podem sofrer diferimento diante de situações que envolvam a proteção ou busca da realização de outros valores igualmente protegidos constitucionalmente.

111. A mitigação da publicidade deve se dar na medida estritamente necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido buscado pela medida concreta a ser adotada. Em termos gerais, isso significa que a publicidade do ato poderá ser diferida para momento posterior à sua prática ou à concretização de seus efeitos. Segundo Marçal Justen Filho:

A ausência da publicidade somente é admitida quando colocar em risco a satisfação de outros interesses atribuídos ao Estado. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado, mas nos estritos limites da necessidade⁷³.

112. É importante frisar que, visando à redução da possibilidade de que as ofertas recebidas sejam inadequadas ou, até mesmo, inexequíveis, o RDC autoriza a divulgação no edital dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração da proposta⁷⁴, o que também ocorre nos casos de orçamento estimado. Destarte, havendo acesso a essas especificações, os licitantes não restam prejudicados, uma vez que terão condições de pesquisar no mercado os preços estimados para o tipo de serviço oferecido e elaborar suas propostas de acordo com suas capacidades operacionais.

113. Além disso, a corroborar a tese de que a ausência de publicação prévia do orçamento não se revela uma regra "não-republicana", veja-se que o controle dos atos concernentes ao certame regido pelo RDC, inclusive o orçamento elaborado pela Administração, estará sempre disponível para a ciência

⁷³ FILHO, Marçal Justen, *Curso de Direito Administrativo* - 1. ed. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 313.

⁷⁴ Lei 12.462/11, artigo 6º: "Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas".

dos órgãos de controle interno e externo, como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União, como se pode perceber na Portaria nº 85 do Tribunal de Contas da União, de 03 de abril de 2012, que estabelece *"procedimentos relativos ao trâmite de matérias sigilosas que integrem os processos de licitação da Administração Pública Federal no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações"*.

114. Por fim, cabe destacar que o princípio da publicidade não está sendo desprestigiado, pois o sigilo é temporário. Será mantido apenas até o encerramento da licitação, quando a informação sigilosa será divulgada, inclusive para que seja possível o exercício do controle social acerca da adequação da oferta do competidor vencedor, que deverá ser benéfica à Administração Pública, estando de acordo com o postulado da economicidade.

115. Assim, o princípio da publicidade continua sendo observado no rito licitatório, mas de forma que possibilite a otimização do princípio da eficiência.

4.3- Teoria dos Leilões

116. Como dito anteriormente, a licitação pode ser definida como uma espécie de leilão⁷⁵, numa acepção econômica do termo, enquanto procedimento que pretende alcançar, por meio da competição, a proposta mais vantajosa para Administração.

117. Torna-se importante, portanto, observar a contribuição que os estudos econômicos têm produzido para melhor compreender o comportamento dos participantes nos procedimentos licitatórios. Neste sentido importante observar as lições de Bruno Lira e Marcos Nóbrega:

⁷⁵ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 37-60, out./dez. 2011.

Além de serem muito utilizados no dia a dia, os leilões vêm assumindo um papel de preponderância nas pesquisas econômicas. Por serem simples e bem definidos, eles são o ambiente propício para servirem de base de testes para as mais diversas teorias econômicas, especialmente em modelagens de teoria dos jogos com informações incompletas.(...)

Em face desta grande importância prática, empírica e por razões teóricas, a ciência econômica criou um ramo específico de estudos chamado teoria dos leilões (*auction theory*). Suas descobertas devem ser devidamente analisadas pelos juristas a fim de se construir normas de controle social que sejam mais efetivas ao combate dos cartéis em licitação⁷⁶.

118. Alicerçado nesse ramo de estudo, utiliza-se suas conclusões para se observar que a escolha do procedimento licitatório apresenta relevância na busca por se coibir problemas de colusão e formação de cartéis entre os participantes do certame, como se verá a seguir.

119. De forma objetiva, o que o Regime Diferenciado de Contratações apresenta no orçamento sigiloso é uma forma de leilão em que os concorrentes oferecem lances com os preços mais baixos – nos certames cujo objeto seja a prestação de serviços, aquisição de bens ou realização de obras – que podem oferecer, sem saber por qual o valor máximo – o preço de reserva, obtido a partir da elaboração de orçamento – que a Administração Pública está disposta a pagar, informação que somente será revelada após o término do procedimento licitatório, mais precisamente, após a adjudicação do objeto.

120. Neste sentido, importante esclarecer algumas questões que se impõem. Um primeiro ponto diz respeito às informações disponíveis para os licitantes. No modelo do RDC, a Administração Pública não disponibiliza informações sobre preços antes do final do processo licitatório, de modo que os entes privados são obrigados a assumir os valores que de fato têm, a partir de informações obtidas no mercado sobre os insumos para execução do projeto.

⁷⁶ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. *Op. Cit.*

121. Há nessa atividade uma vantagem pouco abordada pelos estudiosos da matéria: ao fazer isso, especialmente quando não há utilização da contratação integrada (quando a possibilidade de celebração de termos aditivos é mais limitada), evita-se o comportamento oportunístico do particular, já comentado na seção 2.4, de pleitear modificação do contrato, com base numa composição de itens fornecida pela Administração não consentânea com as práticas de mercado.

122. Para que se facilite o entendimento sobre a questão, fornece-se um exemplo: na lógica da Lei 8.666/93, imagine-se um certame na modalidade concorrência, cujo objeto seja a realização de uma obra. Um dos anexos deste edital é o orçamento analítico, que elenca todos os itens, indicando a composição de cada um. Pode ser que por desatualização dos sistemas utilizados, como, por exemplo, o SINAPI – Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices na Construção Civil⁷⁷, determinado serviço apresente composição anômala, indicando, avançando no exemplo, insumos insuficientes para sua realização.

123. Sabendo disso, um particular poderá apresentar proposta amparada na planilha fornecida pelo ente público e depois apresentar pleito para readequação das quantidades necessárias à realização do serviço, o que, no limite, poderá dar ensejo ao tão combatido “jogo de planilhas”⁷⁸, evitado, portanto, pela prática de diferir a publicação do orçamento

4.4 - Teoria da Colusão e Estímulo à negociação eficaz

124. Como já adiantado, a partir da ausência da revelação do preço de reserva, isto é, o valor máximo a ser custeado pela Administração, dificulta-se a possibilidade de colusão entre os licitantes, subtraindo-se elemento

⁷⁷ Para mais informações, ver <https://webp.calxa.gov.br/casa/sinapi/index.asp?menu=0>, acesso em 14.10.2012.

⁷⁸ Fenômeno assim definido por Marcus Vinicius Campiteli: “De modo geral, o “jogo de planilha” caracteriza-se pela atribuição de diminutos preços unitários a serviços que de antemão a empresa sabe que não serão executados ou que terão os quantitativos diminuídos e de elevados preços a serviços que terão os seus quantitativos aumentados por meio de alterações contratuais sob o pretexto do atendimento do interesse público”. Ver CAMPITELI, Marcus Vinicius. Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas – 106 f.. Dissertação de Mestrado em Estruturas e Construção Civil (2006), Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006, p. 2.

facilitador da combinação de preços, o que resulta no aprimoramento da finalidade concorrencial da disputa.

125. O cartel ou colusão horizontal expressa carrega como seu elemento primordial a coordenação entre concorrentes, cujo *“objetivo é exclusivamente eliminar ou mitigar a concorrência”⁷⁹*.

126. A legislação que traz normas que visam combater e eliminar a formação de cartel possui a vantagem de também tornar mais custosa essa prática. A Lei 12.529/2011 prevê que os cartéis são ilícitos administrativos. A Lei 8.137/90 os proíbe como ilícitos penais, denotando a intolerância aos cartéis formados na economia brasileira⁸⁰, aumentando o risco daqueles que incorrem em tais condutas.

127. Risco esse que é contrabalanceado por alguns fatores que contribuem e facilitam o surgimento dos cartéis. O primeiro fator é o grau de concentração do mercado, pois este propicia maior facilidade para a comunicação entre o baixo número de concorrentes. O segundo fator diz respeito à existência de barreiras a entrada, dado que dificulta a entrada de concorrentes no setor. O próprio modelo licitatório já se configura uma barreira à entrada, dependendo do bem adquirido ou do local onde será realizada, isto sem se considerar as exigências formais à participação em um certame⁸¹.

128. Uma legislação imbuída de forte ênfase no controle procedimental, em consonância com uma visão formalista acerca do princípio da transparência, pode, eventualmente, vir a facilitar o cartel, ao dar conhecimento dos participantes interessados na licitação quanto a fatores determinantes para a elaboração de propostas.

129. Nesse contexto, a publicação do preço pode vir a ser entendida como mecanismo facilitador de uma combinação bem-sucedida de

⁷⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Op. cit.* p. 358.

⁸⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Op. cit.* p. 353.

⁸¹ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. *Op. Cit.* p. 5.

preços, é dizer, um acordo de vontades tendentes a maximizar antijuridicamente os ganhos dos participantes em detrimento dos interesses da Administração.

130. Tal combinação será exitosa se enseja escolha de proposta afastada do ponto de concretização máxima da vantajosidade, isto é, se a Administração escolhe pagar mais por bem ou serviço por conta da combinação de licitantes que ofertam propostas mais altas – isto é, mais lucrativas para eles – do que suas condições competitivas permitiriam.

131. A publicação do orçamento cria um “efeito ancoragem” dificultador da visualização de atuação combinada, uma vez que o orçamento elaborado pela Administração tende a ser assumido como o valor “normal”, naturalizando-se propostas que oscilem pouco abaixo ou pouco acima do orçamento. Sobre tal efeito, cita-se excerto do seminal artigo de Amos Tversky e Daniel Kahneman (ganhador do prêmio Nobel), *Julgamento sob incerteza: Heurística e Vieses*:

Em muitas situações as pessoas fazem estimativas começando por um valor inicial que é ajustado para produzir a resposta final. O valor inicial, ou ponto de partida, talvez seja sugerido pela formulação do problema, ou talvez seja o resultado de um cálculo parcial. Tanto num caso como no outro, ajustes são tipicamente insuficientes. Ou seja, diferentes pontos de partida produzem diferentes estimativas, que são enviesadas na direção dos valores iniciais. Chamamos isso de fenômeno de ancoragem⁸².

132. Nesse contexto, quando o orçamento da Administração Pública não é sabido, o cartel se enfraquece, pois se o preço combinado for acima daquele que a Administração pode pagar, então não haverá vencedor. Mas, por

⁸² KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos, *Julgamento sob Incerteza: Heurísticas e Vieses* in KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. São Paulo: Objetiva, 2011, p. 533. Em linguagem matemática, a partir da “normalização do orçamento feito pela Administração, entendido como o preço praticado pelo mercado, os modelos matemáticos indicam que as propostas tendem a se distribuir obedecendo ao padrão de uma curva de Gauss, isto é, num gráfico cartesiano, as propostas tendem a se concentrar, majoritariamente, em valores próximos ao orçamento, formando um padrão conhecido como “sino”, dificultando a visualização de comportamento artificial e combinando dos agentes. O que tende a não acontecer quando o orçamento estimado não é revelado. Neste caso, a fim de ocultar propostas “combinadas”, a variância entre as propostas deverá ser maior ou se concentrar em ponto mais distante do valor calculado pela Administração, tornando mais claro o comportamento colusivo.

outro lado, os agentes têm a opção de agir conforme as regras concorrenciais e administrativas, em que cada um irá envidar esforços para formular a menor proposta possível com vistas ao êxito no procedimento licitatório.

133. Ou seja, no momento em que se pratica a regra de diferimento do orçamento dentro do sistema de contratações públicas, retira-se do agente privado a possibilidade de parametrização da sua proposta em função do valor mínimo aceitável pelo ente público e, conseqüentemente, reduzem-se os incentivos para a emergência de cartéis.

134. Além disso, do instituto decorre outra vantagem para a Administração: uma tendência à maior efetividade na negociação com o licitante que oferta a melhor proposta.

135. A negociação consiste no processo onde duas ou mais pessoas irão chegar a um acordo sem "regras para reger a decisão nem autoridade ou preço determinado para a troca de bens ou serviços"⁸³, enquanto a licitação, nas palavras do ilustre Prof. Marçal Justen Filho, consiste em "um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de contratação mais vantajosa"⁸⁴.

136. No ponto, refere-se a mecanismo já existente na modalidade pregão⁸⁵, que estatui a possibilidade de "[d]efinido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado⁸⁶".

137. Veja-se que nesta etapa, o primeiro colocado não sabe se sua proposta encontra-se abaixo do preço de reserva, sendo certo que se sua oferta

⁸³ ZARTMAN, William, Manual de negociações complexas (Organizador: YannDuzert). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p.15.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 316.

⁸⁵ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

⁸⁶ Art. 26, caput da Lei 12.462/11.

exceder tal valor, não logrará o êxito no certame. Assim sendo, cria-se estímulo extremamente eficaz para que haja melhora da proposta, otimizando o princípio da vantajosidade, alçado a princípio norteador do RDC, inscrito no art. 1º, §1º, IV de sua lei de regência.

138. Desta feita, revela-se plena a constitucionalidade do mecanismo, sendo certo que o diferimento na publicação do orçamento: (i) não constitui, como todos os institutos analisados neste memorial, inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que já fora adotado pela Lei 10.520/2002 – a lei do Pregão; (ii) revela-se consentâneo à busca pela maior vantajosidade das propostas ofertadas à Administração Pública, uma vez que (a) dificulta a formação de cartéis, (b) inibe comportamento oportunístico dos agentes privados ensejador da prática denominada “jogo de planilhas” e (c) cria poderoso estímulo a uma exitosa negociação com o licitante que apresenta a melhor proposta, como indica a análise econômica feita sobre o tema.

5- CONCLUSÃO

Por todas as razões expostas anteriormente, a requerente confia em que o E. Supremo Tribunal Federal julgará esta ação direta de inconstitucionalidade improcedente para declarar, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, que a Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, é plenamente constitucional, inexistindo qualquer vício formal ou material que inquine sua aderência ao sistema constitucional pátrio.

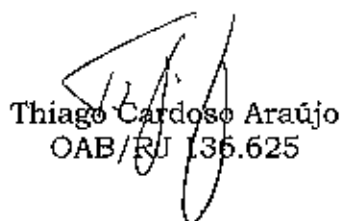
Reitera-se, por oportuno, o requerimento formulado quando do pedido de admissão da ABD&E como *amicus curiae*, para que seja autorizada a realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da ADIn, intimando-se os patronos da Associação Brasileira de Direito e Economia oportunamente.

Termos em que,
Pede Deferimento.

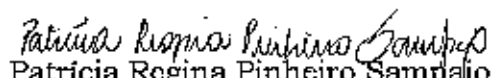
Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2012.



Thiago Bottino do Amaral
OAB/RJ 102.312



Thiago Cardoso Araújo
OAB/RJ 136.625

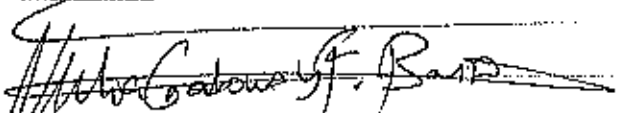


Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
OAB/RJ 113.893



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

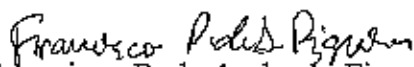
abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia


Julia Grabowsky Fernandes Basto


OAB/RJ nº 195.242-E

Larissa da Cunha Macedo

OAB/RJ nº 191.637-E


Francisco P. de Andrade Figueira

OAB/RJ nº 188.913-E


Eduarda Alvim de Franco

OAB/RJ nº 199.665-E


Tainá de Oliveira Inácio

OAB/RJ nº 187.896-E


Beatriz Krause Breyer

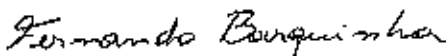
OAB/RJ nº 188.602-E


Paula Silva Martins

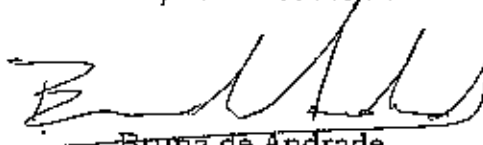
OAB/RJ nº 191.670-E


Mariana Ribeiro Guimarães Carvalho

OAB/RJ nº 189.134-E


Fernando Luís de Sá Barquinha Luz

OAB/RJ nº 195.681-E


Bruna de Andrade

OAB/RJ nº 196.006-E

Daniel Silva Wanderley

OAB/RJ nº 193.351-E