

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO: INADEQUAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO COMO CRITÉRIO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO

Marcos Nóbrega¹

RESUMO

O RDC determina um novo regime de contratação no Brasil e é formatado de modo que o setor privado estabeleça o anteprojeto de engenharia (contrato do tipo DBTO) com o objetivo de estabelecer os níveis de desempenho exigidos pelo Governo. O contrato firmado estabelecerá o projeto integrado contendo a execução de obras e serviços, montagem, os testes, a pré-operação e todas as outras medidas necessárias para a entrega final do objeto. O setor privado deverá elaborar um projeto adequado e o Governo tem de encontrar um sistema mais eficiente, considerando as assimetrias de informação; custos de transação e problemas de “hold up”. Portanto, este texto analisará as vantagens e desvantagens do uso de tal modelo e os impactos sobre a contratação de infraestrutura no país.

Palavras-chave: infraestrutura - assimetria de informação; RDC; Obra pública - Licitação.

ABSTRACT

The RDC determines a new procurement regime in Brazil. In this model, the bidding is formatted so that the private sector establishes design and build as well (DBTO contract), aiming to meet the performance levels required by the Government. The contract includes the integrated design and development of preliminary engineering; execution of works and services; assembly; the testing, the pre-operation, and all other measures necessary for the final delivery of the object. In RDC the private sector has to find an appropriate design and the Government has to find out a more efficient system. It will not be an easy task because in RDC there will still be a lot of information gaps; cost of transaction and “hold up” problems. Therefore, this text will examine the advantages and disadvantages of using such model.

Keywords: infrastructure – asymmetry from information; RDC; invitation for a bid.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Doutor em Direito com Pós Doutorado pela Harvard Law School; Harvard Kennedy School of Government e pela Faculdade de Direito de Lisboa. Email: marcos-nobrega@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Um dos elementos mais importantes na definição de obras públicas é a escolha do regime que definirá como a obra será executada e sob quais regras. Muitas são as opções que dependerão de vários fatores técnicos, operacionais e até institucionais. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC (lei n. 12.462/11) dispõe sobre várias delas, mas inova ao conceber o regime de Contratação Integrada que, entre outras coisas, transfere ao contratado o ônus de elaboração do design do projeto (aqui chamado projeto básico de Engenharia); determina a existência de um Orçamento Sigiloso e estabelece regras para tornar o certame mais célere.

A análise da Contratação Integrada é o objeto desse texto. Para tanto, os regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia contemplados no RDC serão analisados na sessão 2. Na terceira parte, o regime de Contratação integrada será esmiuçado à luz dos diversos tipos de regimes de execução possíveis. Isso possibilitará a análise tanto das vantagens da Contratação Integrada (parte 4) como de suas desvantagens (parte 5) sob a ótica de celeridade, eficiência e economicidade. Na parte 6, os critérios de Reequilíbrio Econômico Financeiro (REF) definidos no RDC serão estudados, mostrando sua inadequação aos objetivos perquiridos pela Contratação Integrada. Segue-se, como de costume, a conclusão e a bibliografia nas partes 7 e 8, respectivamente.

2. EXECUÇÃO INDIRETA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A questão da execução do serviço é tema de grande relevância e pauta o desenvolvimento da licitação e a execução do contrato correspondente. A lei do RDC assim trata do tema:

Art. 8º. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3o O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4o No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3o deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5o Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6o No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3o deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7o É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

Entende-se por regime de execução indireta aquele no qual a Administração contrata um terceiro para executar o objeto que também é responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas. A modelagem contratual utilizada deverá, por óbvio, atender as necessidades da Administração e se coadunar com o objeto licitado.

A novidade do RDC é a Contratação Integrada – CI - (normatizada no art. 9º). Os demais regimes de execução já estavam determinados na lei 8666/93. Percebe-se, de pronto, que os regimes de tarefa e contratação por preço unitário ganham caráter excepcional e somente deverão ser utilizados mediante expressa justificativa da Administração. Aliás, a lei é redundante ao afirmar que tais regimes de caráter residual somente poderão ser adotados mediante justificativa da Administração. A adoção de qualquer dos regimes estipulados em lei somente será possível mediante anuência expressa do poder público. É o imperioso mandamento que se extrai do princípio da motivação dos atos administrativos.

A empreitada por preço unitário será utilizada quando a Administração desejar contratar empresa para executar um objeto por preço certo e unidades individualizadas. Essa empreitada é cabível, portanto, quando o objeto puder ser executado por etapas e determinada empresa se incumbir de uma delas. Uma característica importante desse tipo de empreitada é que o pagamento será devido após o recebimento de cada unidade específica que pode, por exemplo, ser metros quadrados ou metros cúbicos².

2 OLIVEIRA, Pedro Jorge. Obras Públicas: Tirando suas dúvidas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2010, p. 54.

A tarefa, por sua vez, deverá ser utilizada para atividades de baixa complexidade, com celeridade e valores reduzidos (geralmente inferiores ao limite de convite), como para a contratação de profissionais autônomos para executarem algum reparo em prédio público.

Os regimes preferenciais são, portanto a contratação por preço global, a empreitada integral e a contratação integrada.

No caso da contratação por preço global, a Administração contrata a empresa que ofertou o menor preço considerando todos os preços em conjunto e deve ser utilizada para situações nas quais existem informações precisas sobre o objeto executado. JUSTEN³ observa que será aplicável em situações nas quais exista clara definição dos encargos, das atividades, dos materiais, das circunstâncias pertinentes ao objeto e a descrição da obra com elevado grau de precisão. Nesse tipo de empreitada, os pagamentos são feitos de acordo com o cronograma físico-financeiro, consolidados pelas devidas medições conforme itens executados.

Nessa forma de contratação deve-se estar atento aos preços unitários que compõem o preço global para evitar o chamado “jogo de planilha” que corresponde à cotação de preços unitários abaixo do preço de mercado de forma a “fabricar” um preço global menor e ganhar a licitação. Quando da fase de execução contratual, a empresa inventa uma justificativa qualquer e alega a impossibilidade de executar o contrato por aquele preço global, possivelmente em razão dos preços defasados de alguns insumos. A empresa pressiona, portanto, a Administração para o Reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Felizmente os diversos sistemas de controle vêm rechaçando essa prática e mesmo em se tratando de preços globais, prestando atenção nos diversos elementos que compõe o preço final. É condição indispensável para o uso da empreitada por preço global a existência de projeto executivo, assim como para todas as obras e serviços de engenharia executados sob a égide de RDC.

Os regimes que mais nos interessam, até pelo escopo do RDC, são a empreitada integral e a Contratação integrada.

A Empreitada integral deve ser utilizada em situações nas quais a Administração deseja estabelecer uma unidade operacional quando a infraestrutura

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 156.

física já existente ainda não é suficiente para atender o interesse público⁴, agregando serviços e outras atividades indispensáveis ao desempenho da atividade. Nesse diapasão, não seria razoável uma empreitada integral para a construção de um edifício residencial por conta da inexistência de uma atividade operacional desenvolvida a partir desse imóvel. Por outro lado, seria possível uma empreitada integral para a construção de uma hidroelétrica, uma rodovia concessionada ou um presídio. Dá-se, pois, a entrega de um bem em condições de operação e esse caráter de continuidade diferencia a empreitada integral da simples empreitada por preço global. No caso da empreitada integral, o particular além de construir o bem, fica incumbido de tomar as providências para sua correta operação.

A empreitada integral e a contratação integrada são variações de modalidades de contratação chamada Turnkey. Nesses dois tipos de regimes, o Estado contrata uma empresa que será incumbida de construir e operar a estrutura contratada. Uma diferença importante, no entanto, é que na contratação integrada o particular é responsável por definir o desenho adequado do projeto ao passo que na empreitada integral tal responsabilidade corre por conta do Poder público.

Para entender melhor esses regimes de contratação, cabe observar como a lei do RDC (e o Decreto 7.581/11) trata da contratação integrada para, ato contínuo, situar esse regime de execução nos contratos do tipo Turnkey.

3. CONTRAÇÃO INTEGRADA

O dispositivo legal assim trata a matéria:

Art. 9o Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1o A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a préoperação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2o No caso de contratação integrada:

l - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1o do art. 6o desta Lei;

4 Ibid, p. 158.

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - 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, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nas últimas décadas houve um aumento gradual de várias formas dos chamados *package contracts*, numa tentativa de melhorar a performance dos projetos patrocinados pelo poder público. Há várias formas de *package contracts*, donde se destacam:

a) **Buy-Build-Operate (BBO)**: há a transferência do bem para o setor privado logo no início da parceria que o opera por um período determinado de tempo. O controle do poder público é exercido pelo contrato e ao tempo da transferência do bem.

b) **Build-Own-Operate (BOO)**: O parceiro privado financia, constrói, possui e opera o bem ou serviço por período de tempo indefinido. O controle do Estado é exercido quando da celebração da avença e mediante medidas regulatórias.

c) **Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)**: o setor privado recebe uma franquia do poder público para financiar, construir e operar (mediante cobrança de um determinado valor) por um prazo determinado de tempo após o qual a propriedade do bem é transferida para o setor público.

d) **Build-Operate-Transfer (BOT)**: Semelhante ao caso anterior, o Poder Público desenha, financia e constrói uma nova infraestrutura sob as regras de um contrato de concessão, operando durante um período pré determinado de tempo. Depois do termo final do contrato, o bem é transferido para o setor público. A modelagem BOT é a mais comum nos contratos de PPP formatados no Brasil. Nesses contratos, o Poder Público é responsável pela desapropria-

ção de terras, pela concessão de licenças, pelo design do projeto e pelas medidas regulatórias. Vê-se, pois que a empreitada integral bem se encaixa nessa definição de BOT.

e) **Build-Lease- Operate-Transfer (BLOT)**: O setor privado desenha, financia e constrói um infraestrutura e a opera mediante leasing, conforme o pagamento de uma renda. Dessa forma, o parceiro privado aluga os equipamentos do governo, renovando-os, modernizando-os e expandindo-os. Assim, passa a operá-lo sem a obrigação de, findo o contrato, transferi-lo para o poder público.

f) **Designing-build-finance-operate**: Nesse caso, o setor privado elabora o projeto; é proprietário dos bens afetos à operação; executa e gerencia. Não haveria, no entanto, a obrigação de transferência no final do contrato dos bens para o governo. Esse e o caso anterior podem ser formas de modelagem de Contratação Integrada. O grande diferenciador em relação a já conhecida e muito usada empreitada integral é que o setor privado ficará responsável pela modelagem, pelo desenho do projeto e com todas as implicações que advierem dessa opção.

Nesse ponto já sabemos que a lei do RDC estabelece para execução indireta de obras e serviços uma série de regimes de Execução e esses regimes ditarão os contratos celebrados e todo o ritmo da execução do projeto. Alias, como acenamos anteriormente, o RDC - e de resto toda legislação produzida nos últimos anos sobre compras governamentais - cingiram-se a determinar novas regras de licitação mas pouco disseram sobre a estrutura contratual. O próprio dispositivo em comento, conquanto crie uma nova forma de execução, é tímido ao dispor sobre as peculiaridades desse tipo de contratação. A esperança que foi depositada no Decreto regulamentador da matéria acabou frustrando as expectativas. Em um contrato de Turnkey (Esses contratos do tipo turnkey também podem ser conhecidos pela alcunha de “design and building” ou EPC – Engineering Procurement and Construction) estruturado sob a forma de empreitada integral, o construtor é responsável pelos defeitos na construção mas se exime das falhas advindas do mal desenho do projeto.

O regime de contratação integrada é de grande importância por conta que a fase de design e construção do projeto é a que concentra maiores riscos (sobretudo em contratos do tipo BOT (Build Operate and Transfer)).

Na Contratação integrada, a licitação é formatada de maneira que o setor privado estabeleça o design e construa o bem, objetivando satisfazer os níveis de performance requeridos pelo Governo. A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento do anteprojeto de engenharia; a execução de obras e serviços de engenharia; a montagem; a realização de testes; a pré-ope-
ração e todas as demais medidas necessárias para a entrega final do objeto.

Vê-se, pois, que a especificidade do objeto e a necessidade de um design adequado determinam um caráter complexo à Contratação Integrada. Quais então as vantagens e desvantagens da utilização desse tipo de modelagem.

4. VANTAGENS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

4.1 Concentração de responsabilidade

Sob a perspectiva do Governo, a Contratação integrada apresenta a grande vantagem de concentrar a responsabilidade em apenas uma empresa. É muito comum em contratos públicos o chamado “jogo de empurra” quando uma empresa tenta restringir a sua responsabilidade por uma falha culpando o Governo ou outra empresa. Quando o Governo elabora o projeto, a empresa executora pode alegar que o seu inadequado desenho acabou por prejudicar a correta execução da obra. Quanto esse conflito de responsabilidade ocorre, não raro o projeto é objeto de demandas judiciais, quer seja da empresa executora, requerendo Reequilíbrio Econômico Financeiro sob o argumento da impropriedade do projeto básico para atender os padrões de eficiência e qualidade requeridos pela Administração; quer seja pelo próprio Governo que alega a má execução do serviço.

A Contratação Integrada será adequada quando o Poder Público não tiver expertise suficiente para elaborar o projeto básico ou (o que é muito comum) não tiver muita certeza do que realmente quer. Esse tipo de contratação poderá ensejar maior eficiência pela assunção de técnicas mais modernas advindas da modelagem elaborada pelo setor privado.

Outro ponto favorável (que decorre do primeiro) é que o contratado deve suportar qualquer custo adicional resultante do mau desenho do projeto ou de inadequado planejamento para execução do objeto. Isso é muito importante porque não é incomum a empresa requerer o Reequilíbrio Econômico Financeiro alegando aumento dos custos por conta de defeitos do design do projeto. Em ou-

tras palavras, muitas reclamações existem quando os projetos básicos elaborados pelo poder público se demonstram desarrazoados e necessitam adaptações durante a execução do contrato para a adequada execução do projeto.

Percebe-se que o grande desafio da Contratação Integrada é produzir um projeto que minimize o ciclo de vida dos custos (*life-cycle costs*) do que simplesmente diminuir os custos iniciais do projeto pela elaboração de anteprojetos de engenharia mais simplificados. Esse é um grande risco da Contratação Integrada porque a empresa pode tentar economizar os custos da elaboração do projeto básico engenharia e esses custos serem ampliados quando da execução do projeto. Vê-se pois que se abre grande espaço para seleção adversa porque os custos poderão propositadamente ser empurrados para a execução contratual, o que levaria a fortes pressões pelo reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Isso é relevante porque a lei do RDC estabelece um limite para modificações no contrato (Isso será detalhado no item 6).

4.2 Economia de tempo

Outro ponto positivo é que o projeto pode ser concluído em um período mais curto de tempo, considerando que o setor privado o elaborará e executará. Isso é mais verdadeiro no caso da Contratação Integrada porque a lei do RDC não estabelece a exigência do Poder Público elaborar um projeto básico, mas sim a apresentação de um anteprojeto de engenharia acostado ao documento editalício. Trata-se de expediente benéfico porque a empresa pode elaborar o desenho do projeto já tendo em mente a forma mais racional de executá-lo.

Dessa forma, é necessário que o Governo esteja realmente convicto que haverá diminuição do tempo gasto no projeto quando decidir pela Contratação Integrada. Isso deve se coadunar com uma previsão realista para o planejamento e a execução da obra, previsão essa que decerto será difícil de avaliar considerando que Administração não terá controle sobre a elaboração do projeto básico de engenharia e não poderá observar se as estimativas feitas pela empresa serão ou não realistas.

Essa vantagem é importante porque como a fase inicial é a mais arriscada, cabe terminá-la logo para que possa gerar receita e amortizar o investimento. Nasce então um dilema que se traduz na opção da rápida elaboração e cons-

trução do projeto pela delegação do design ao particular e a perda de controle da Administração sobre esse mesmo design e sua conseqüente execução. O Governo deverá ter firme convicção que essa perda do controle do projeto será recompensada por uma maior qualidade final do produto.

4.3 Diminuição do Preço Final

Como corolário da vantagem anterior, a elaboração do projeto básico de engenharia com base em toda expertise empresarial da empresa e seu total controle sobre essas duas fases (*design and build*) poderá culminar com a diminuição real do preço final. Dizemos real porque, *ab initio*, o preço da Contratação Integral será maior do que de uma empreitada integral porque a empresa terá que colocar nos seus custos o design do projeto. Ademais, a fase de preparação de projeto é bastante custosa e, em muitos casos, pode chegar a 3% do valor total do projeto. Claro está que no caso da Contratação Integrada, o Governo não terá que fazer um projeto detalhado mas sim um “anteprojeto de engenharia”. A razão dessa simplificação é que como os custos são muito elevados, seria demasiado oneroso promover todo o design antes da licitação. A empresa, quando da elaboração do projeto básico, correrá o risco de não recuperar esses custos com a celebração do contrato.

De qualquer forma, mesmo que *ab initio* a Contratação Integrada seja uma opção mais cara, poderá ensejar economias mais adiante sobretudo pela ausência de conflito entre o design promovido pelo Governo (no caso da empreitada integral) e a execução feita por empresa particular. Como na Contratação Integral é uma única empresa que elabora essas duas fases, poderá (já na fase de modelagem) estabelecer qual a melhor forma de elaborar o objeto, como menores custos e com mais eficiência.

É bem verdade que com tanta concentração de responsabilidade nas mãos da empresa privada, em mais riscos incorrerá e mais cobrará pela assunção desses riscos. Além disso, aumentará os “custos de Agência” porque o Governo terá mais dificuldade de avaliar se realmente o projeto básico elaborado pela empresa atenderá as demandas da Administração. Isso ensejará a necessidade de fiscalização e controle com custos elevados, sendo, portanto, necessária uma idéia de como esses custos se distribuirão ao longo da execução do contrato.

Além disso, como o setor privado detém um controle mais amplo dos custos do projeto (sobretudo porque ele elabora o design), o Governo teria mais dificuldade de cancelar um eventual aumento de custos proposto pela empresa. Dessa forma, uma alternativa seria estabelecer um contrato do tipo *lump-sum* (preço fechado) do que um *cost-plus*, que pagaria de acordo com os custos do projeto. Evidente que contratos do tipo preço fixo também são problemáticos porque o Governo pode ter dificuldades de avaliar a adequada execução do objeto e sua viabilidade frente ao design originalmente proposto. A melhor solução seria adicionar aos critérios de pagamento parâmetros de performance. Esse é o caso da Contratação Integrada que se apresenta como um contrato do tipo *lump-sum*, mas os pagamentos estarão condicionados ao atingimento de parâmetros de performance estabelecidos no contrato.

Muito embora fique ínsito ao modelo de RDC o estabelecimento de parâmetros de performance, há sempre o risco desses parâmetros serem relaxados com o tempo, sobretudo quando o empreendimento envolve constante incremento tecnológico.

5. DESVANTAGENS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

5.1 Dificil Comparação de Propostas

Do ponto de vista do Governo é difícil comparar as diferentes propostas de design porque muito provavelmente elas não serão uniformes, considerando que haverá várias formas de atender os requisitos de performance estabelecidos pelo poder público. Esse é um grande dilema do Governo. Se de fato o design é muito importante, o Governo deverá procurar um profissional ou empresa específica para elaborá-lo e aí o emprego da Contratação Integrada perderia sentido.

5.2 Risco de diminuição do número de participantes na licitação

Outra desvantagem é que como elaborar design é um processo lento e custoso, esses elevados custos podem afastar potenciais participantes da licitação, mesmo que o vencedor do certame tenha seus custos ressarcidos pelo poder público. Uma estratégia intermediária seria permitir que as empresas oferecessem seus projetos de engenharia e que tivessem esses projetos aproveitados pela empresa vencedora, condicionado a algum tipo de ressarcimento.

Essa complexidade da Contratação Integrada pode acabar por diminuir muito o número de participantes na licitação. Não é incomum que diante da ausência de empresas que possam ofertar esse pacote “full service”, as licitações sob contratação integrada sejam revogadas e o Governo tenha que optar por outras modelagens.

Uma repercussão possível para o risco assumido pela empresa de elaborar o design do projeto e não ser a vencedora será que todas as empresas poderão colocar projetos pouco aperfeiçoados e mais baratos de elaborar. Assim, o modelo de anteprojeto de engenharia estabelecido pela Contratação Integrada pode ensejar o risco do subdesign, considerando que o poder público não terá expertise suficiente para detectar o grau de acuidade dos designs apresentados. Nesse contexto, o Poder Público poderá ter que empregar consultores privados para a escolha da proposta mais vantajosa e aí a economia de tempo pela concentração design-construção estabelecida pela Contratação Integrada poderá se esvaír.

5.3 O risco do Design Down

Assim, diante do ineditismo da proposta da Contratação Integrada (malgrado a sua utilização no âmbito das contratações elaboradas no âmbito da Petrobrás) não há expertise jurídica para elaborá-la e controlar sua execução, o que entronizará um enorme risco quando das ações (e haverá muitas!) de Reequilíbrio Econômico Financeiro submetidas aos Tribunais. Um elemento importante seria estabelecer algum tipo de seguro contra o desenho inadequado, muito embora geralmente os seguros cubram vários defeitos de execução, mas não são abrangentes o suficiente para resguardar o desenho do projeto.

Em termos de incentivos, há a tendência da empresa realizar um *design down*, ou seja, diminuir a complexidade do projeto básico de engenharia para ficar mais livre para adequar o design na fase de execução e diminuir a sua responsabilidade. Assim não está clara qual a distância entre o anteprojeto de engenharia elaborado pelo Governo e o projeto básico elaborado pela empresa. Tanto mais incompleto serão o anteprojeto de engenharia e o projeto básico elaborado pela empresa, quanto mais tecnologicamente inovador for o projeto final. A realização de uma licitação para uma rodovia pedagiada pode ter grau de complexidade técnica reduzida, considerando que a tecnologia é conhecida. Se essa rodovia demandar necessidade técnicas complexas e inovadoras, justificar-se-á a Contratação Integrada.

Assim, mais uma vez, alertamos que nem o RDC e tampouco a sua modelagem na forma de Contratação Integrada devem ser vistos como peremptórios. Tudo dependerá da natureza do objeto, da emergência do poder público em realizar a obra (fiquemos atentos a timing político) e ao grau de expertise tanto da Administração e, sobretudo, da empresa contratada.

Em um arranjo de Contratação Integrada, o Governo resta fragilizado porque ao não executar um projeto básico e se contentar com um anteprojeto de engenharia (que por definição é menos abrangente do que o projeto básico) tem menor controle sobre a execução do objeto e dificuldade de estabelecer parâmetros claros de performance por conta da perda de aderência em relação aos seus interesses e da empresa contratada. Também há dificuldade de garantir a participação dos usuários e do próprio Governo com idéias e sugestões porque o anteprojeto nasce fruto exclusivamente da expertise da empresa.

Em muitas modelagens do tipo turnkey existe a possibilidade de negociações com o setor privado quanto às características técnicas do projeto. No caso da Contratação Integrada, não há essa opção.

A opção da Contratação Integrada somente se justificaria se a Administração tiver condições de definir o que realmente deseja vis a vis indicadores para avaliar a performance da empresa privada. Se o Poder Público não estiver convencido que o design proposto pelo privado é uma boa opção ou se tiver dificuldade de avaliar as opções escolhidas, aí não valerá a pena correr o risco de implementar a Contratação Integrada, perdendo controle sobre a formatação do projeto. A questão da avaliação de performance é ponto fulcral e o Poder público poderá adotar quatro estratégias para estabelecer performance em contratos Turnkey⁵:

- Desenvolver uma clara descrição do projeto em termos funcionais. Isso significa realmente entender do que se trata e quais as implicações técnicas da proposta apresentada pelo privado com o projeto de engenharia.

- Definir critérios qualitativos e operacionais para avaliação de performance. Aqui o grande problema do Benchmark, ou seja, estabelecer parâmetros

5 GIBBS, Tony. *An Assessment of Turn-key Contracts for the Realisation of Capital Works Projects Principally for Public Sector Healthcare Facilities prepared by under contract to The Pan American Health Organisation with funding from The United States Agency for International Development*. November 2008. Disponível no endereço eletrônico www.disaster-info.net/.../WindHazards_Turn-key.pdf. Acesso em: 25 de set. 2013.

de comparação muitas vezes é difícil, sobretudo quando há um forte componente de incremento tecnológico.

- Definir os objetivos que deseja alcançar antes do início da execução do projeto.

- Elaborar roteiro claro sobre avaliação de cada fundamental item do projeto.

Nesse contexto, quatro são as performances estratégicas que devem ser avaliadas: gerenciamento; prazo; técnica e custo.

No que se refere à capacidade gerencial (que também pode se relacionar com a capacidade técnica) deve-se ficar atento para a solução técnica apresentada pelo privado para elaboração do objeto. A Administração deverá ter expertise suficiente para avaliar se a proposta apresentada é viável economicamente e factível do ponto de vista técnico. Poderá, para tanto, lançar mão de consultores externos, muito embora deva sempre atentar para os custos de transação envolvidos na contratação desses experts. Deve-se também avaliar se a empresa proponente tem experiência na elaboração de design de projetos, bem como na execução conforme opções técnicas escolhidas. Nesse mesmo sentido, avaliar se a empresa tem experiência em trabalhar com governo, qual o seu grau de governança e se já elaborou projetos naquela específica região ou em locais similares.

Outro ponto importante a considerar é a qualidade. O parceiro privado e o Governo devem estar conscientes das restrições orçamentárias do projeto e ficar bem consignado no contrato os padrões de qualidade requeridos. O Governo deve ficar bem atento para o comum expediente de troca de materiais e mudança nos critérios de execução com o fito de baratear a obra e permitir ao privado a recomposição de margem de lucros. Essa prática, que se potencializa com a seleção adversa, ensejada por um anteprojeto de engenharia, deve ser combatida com muito bons critérios de performance e acompanhamento permanente da obra.

Um grande problema em projetos vultosos e complexos é o tempo para elaboração e execução do contrato. Muitas vezes, a pressa em encontrar soluções para resolver os problemas acaba por gerar problemas adiante como, por

exemplo, embargos por problemas ambientais. A questão sensível em projetos de Contratação Integrada é saber qual, de fato, será o grau de completude (ou incompletude) do anteprojeto de engenharia e qual a implicação desse projeto simplificado. O tempo de execução da obra é fundamental porque penalidades podem ser aplicadas pelo input supply, o offtake purchase ou o concessionário. Ademais, não haverá receita até que o projeto esteja todo concluído.

Quanto aos critérios técnicos, é necessário elaborar procedimentos licitatórios que façam menção a esses critérios e dê possibilidade à Administração discernir sobre a melhor escolha a ser feita. No que se refere aos custos, atentar para o ciclo de vida desses custos (*life cycle costs*) e como eles são espalhados ao longo da execução do projeto.

Elencada as peculiaridades da Contratação Integrada, cumpre investigar em que circunstâncias ela deve ser utilizada. Será um regime preferencial? A lei do RDC ampliou as hipóteses de julgamento por técnica e preço consignadas na lei 8666/93? As opções estabelecidas na Lei do RDC que possibilitam a utilização desse regime são taxativas ou exemplificativas?

A primeira justificativa é perquirir quais as vantagens para a utilização tanto do RDC, e mais especificamente da Contratação Integrada. Nesse sentido, o conceito de Value of Money deve ser considerado. O Value of Money procura captar o benefício total do projeto executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil, a qualidade do bem ou serviço prestado e as externalidade geradas, tais como crescimento econômico; impacto ambiental; mobilização de recursos; impacto social e governança. Delmon⁶, fazendo menção à experiência inglesa, elenca alguns fatores que devem ser considerados para fins de VOM:

- A forma como os riscos serão alocados pelas partes;
- Focalizar o conjunto total dos custos envolvidos no projeto em vez de centrar-se apenas nos custos imediatos;
- Analisar aspectos de planejamento integrado buscando a harmonização entre a soft e a hard infraestrutura;

⁶ KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. São Paulo, Ed. Campus, 2002, p. 14

- Suficiente flexibilidade para assegurar que qualquer mudança nas especificações originais decorrentes da melhor adequações para entrega do bem ou serviço ou mesmo mudanças tecnológicas poderão se acomodadas durante a vida útil do empreendimento a razoável custo;

- Assegurar suficientes incentivos tanto no procedimento licitatório com no contrato para assegurar que os bens ou serviços sejam entregues em tempo hábil, de forma eficiente e eficaz, considerando também as recompensas e punições;

- O desenho da licitação bem como do contrato deverá estabelecer de forma adequada as mudanças que poderão ocorrer durante a execução do contrato, como, mudanças políticas; design do ativo; a necessidade de reforma ou mudança dos bens utilizados durante a vida útil do bem;

- Suficiente expertise tanto do setor público quanto do setor privado para gerenciar projetos de elevada complexidade;

- Adequada construção de indicadores de performance de forma que garanta a entrega adequada e efetiva dos bens e serviços contratados;

- Detectar se a tecnologia do setor é estável ou submetida a fortes mudanças durante a vida útil do bem;

A lei do RDC dispõe (artigo 9º) que a administração poderá utilizar a contratação integrada quando circunstâncias técnicas e econômicas a justificarem como, por exemplo,⁷: a) elevada complexidade do objeto; b) necessidade de capacidade gerencial e operacional com grau elevado de expertise; c) necessidade de soluções técnicas específicas e inovadoras; d) necessidade de atendimento de prazos, em virtude de compromissos assumidos com o Governo Federal; v) na centralização/otimização de gerenciamento de todos os processos envolvidos; vi) na possibilidade de redução dos impactos operacionais pela presença de uma única contratada; e vii) na redução dos entraves relativos aos conflitos de responsabilidades que costumeiramente ocorrem na contratação parcelada.

Portanto se esses fatores estiverem presentes deverá a administração optar pela Contratação Integrada. Assim, não deve esse regime contratual ser visto como excepcional ou mesmo subsidiário. Deve ser adotado pela Administração

⁷ TCU, AC – 1510-22;13-P, p. 13.

– em atenção ao princípio da eficiência – sempre que condições e características do objeto assim o impuserem.

Se adotarmos o regime de Contratação Integrada deveremos julgar as propostas pelo critério de técnica e preço (art. 8º §2º) e para tanto dos ditames do art. 20 do RDC devem ser considerados, a saber:

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

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

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

II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução. (grifo nosso)

O primeiro critério, por óbvio, não diz respeito à Contratação Integrada porque esse não é instrumento hábil para contratação de serviços de natureza preponderantemente intelectual. A segunda opção seria para objetos que requeresse inovação tecnológica ou técnica. É sabido que a lei 8666/93 adota como critério para julgamento por técnica e preço (art.46) nas seguintes hipóteses⁸:

(i) quando houver autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório,

(ii) para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto,

(iii) majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito,

(iv) atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação,

(v) nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade,

⁸ TCU, AC – 1510-22;13-P, p. 11

produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

No caso da lei do RDC, o uso do critério de julgamento técnica e preço é aplicável para os “objetos que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (inciso II, §1º, art 20). Vê-se, portanto, que a lei do RDC ampliou as hipóteses de uso do tipo técnica e preço ao não mais exigir que o critério seja chancelado por autoridade pública para corroborar o uso de tecnologias sofisticadas. Dessa forma, poderá ser utilizada para obras de grande vulto, mesmo que não usem tecnologias de elevada qualificação.

A questão fundamental é se, de fato, as hipóteses de técnica e preço foram expandidas pelo RDC, ou melhor, se o suporte fático da norma se coaduna com a necessidade de mais eficiência.

Como a contratação integrada é do tipo DBOT, portanto com forte ênfase na técnica, parece razoável que esse critério tenha um peso importante na definição da proposta mais vantajosa. A polêmica surge porque muitos doutrinadores analisam o RDC sob as luzes da jurisprudência e da doutrina (caudalosa, diga-se) da lei 8666. Lá – diferentemente daqui – a análise é calcada no fetiche do “menor preço” e não no critério de eficiência. Por outro lado, ontologicamente, projetos licitados pelo RDC são *technical based*, o que justifica a ampliação do uso do tipo técnica e preço.

A análise de conveniência ou não do uso da Contratação Integrada deve ser feita bem antes, quando a Administração optar por esse tipo de contratação. Se o fizer, o critério de julgamento técnica e preço já estará implicitamente justificado. Trata-se, portanto de tipo de licitação vinculado, tendo a Administração obrigação de adotá-lo nos procedimentos executados mediante essa modelagem contratual.

O Decreto que regulamenta a matéria (Dec. 7.581/11) determina que o fator de ponderação mais relevante seja limitado a setenta por cento. Isso significa que, em tese, qualquer combinação entre técnica e preço é possível, desde que o critério mais valioso não ultrapasse esse limite. Cumpre lembrar que o Decreto não determina qual dos dois fatores (técnica o preço) deverá preponderar. Parece razoável, no entanto, que o critério de técnica tenha maior ponderação. Além disso, diz o Decreto que critério de sustentabilidade ambiental deverá ser considerado quando da avaliação das propostas técnicas.

Vê-se que os incentivos dos licitantes, o grau de assimetria de informações e a intensidade da seleção adversa variarão conforme a partilha de ponderação entre técnica e preço definidas no edital do RDC. Se o critério técnica for o preponderante (como parece razoável ser), os licitantes terão menos incentivos para colocar preços abaixo da suas próprias valorações e isso levará certamente à diminuição da seleção adversa pelo critério preço.

Por outro lado, quanto maior a ponderação pelo critério técnica, maior a discricionariedade da Administração em escolher a proposta mais vantajosa e maior a pressão técnica. Assim, todo o cuidado é necessário para que a administração utilize os critérios adequados para a escolha da proposta que mais atenda aos critérios de técnica.

6. TEORIA DA IMPREVISÃO E REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Essas limitações são estabelecidas pelo §4º do artigo 9º da lei do RDC que estabelece:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - 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, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Caso a Administração adote a Contratação Integrada, somente poderão ocorrer aditivos contratuais mediante alegação de Caso Fortuito e Força Maior ou por necessidade de alteração do projeto a pedido da Administração Pública. Esse dispositivo é importante porque o instituto do Reequilíbrio Econômico Financeiro (REF) do Contrato deve ser rediscutido no direito brasileiro.

O primeiro ponto de análise será na possibilidade de modificação unilateral do contrato por parte da Administração diante da necessidade de mudança no projeto ou suas especificações para atender de forma mais adequada os objetivos da contratação, desde que essa mudança não provenha de erros e omissões do contratado.

Se forem detectados erros ou omissões, não cabe à Administração promover os reparos no contrato. É hipótese, conforme lembra JUSTEN FILHO⁹, de desclassificação do licitante. Se tal erro for revelado durante a execução contratual, acredita o referido autor que a Administração poderia promover alterações para garantir a correta execução do contrato, desde que isso não determine a elevação da remuneração do particular. Sendo assim, mesmo diante de erros e omissões do projeto básico de engenharia, a Administração poderia promover modificações contratuais mas isso não significa a assunção pela Administração dos efeitos financeiros decorrentes. Essa é a opinião de JUSTEN FILHO.

Admitir o reparo ao contrato, mesmo diante de erros ou omissões técnicas, parece uma porta larga para toda e qualquer sorte de mudanças contratuais. A Contratação Integrada e sua formatação contratual do tipo DBOT já chancela a constatação que a Administração não tem expertise suficiente para elaborar as propostas técnicas. Não faz sentido, portanto, dar uma poder extroverso à Administração para modificar o contrato sem uma ampla justificativa. Dessa forma, a Administração poderá efetuar reparos ao contrato, mas em situações excepcionalíssimas e mediante abertura de processo administrativo para chancelar a correção de rumos. Caso, no entanto, o contrato não possa mais ser executado, cabe a rescisão contratual e consequente imposição de sanção ao contratado.

À parte a questão dos erros e omissões, a aplicação de rotineiras modificações unilaterais nos contratos administrativos é uma conhecida cláusula exorbitante. Essa modificação seguirá as regras definidas no §1º art. 65 da lei 8666 que determina que o contratado ficará obrigado a aceitar 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.

Qual então o impacto da existência de Cláusulas Exorbitantes na estipulação dos riscos assumidos pelo contratante em um contrato administrativo? Parece claro que as Cláusulas Exorbitantes podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer.

⁹ JUSTEN FILHO, Op cit, p. 205.

Se o particular sabe que a Administração tem a prerrogativa de cambiar unilateralmente as cláusulas contratuais, modificando os quantitativos do projeto, sabe também que estará assumindo o risco desse comportamento da Administração. Em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas.

Assim, essa regra que é vista com certa condescendência no âmbito das licitações da lei 8.666, deve ser considerada com reservas e utilizada em situações excepcionais para o RDC. A Administração não poderá desvirtuar a seu bel prazer o projeto básico de engenharia, alegando razões genéricas. Toda a expertise operacional advém da empresa privada e é ela responsável pelo desenho de todo o projeto. Não é possível, portanto, analisar o dispositivo à luz da experiência da lei 8666, mas sim estabelecer um novo paradigma com base no seu caráter de extrema excepcionalidade.

A regra contida no inciso I do §4º do artigo 9º do RDC merece uma maior atenção. Diz a norma que a Administração somente concederá REF diante da constatação de caso fortuito e força maior. Para tanto, o REF deve ser reavaliado e tratado com rigor, considerando três elementos fundamentais: Risco, Probabilidade e Incerteza. Somente com base nesses elementos é que poderíamos ter uma dimensão clara do instituto.

Na verdade, considerar uma visão mais ampla do instituto do REF significa assumir hipóteses: a) os agentes envolvidos são parcialmente racionais (*bound rationality*); b) os indivíduos são maximizadores de suas expectativas (utilitarismo); c) a aplicação da Teoria da Imprevisão dever ser feita sob novos pressupostos e d) Existe forte incompletude contratual.

Embora as duas primeiras conjecturas sejam relevantes, vamos nesse texto cingir nossa análise nas últimas.

6.1 Insuficiência da Teoria da Imprevisão como substrato teórico para o Reequilíbrio Financeiro do Contrato Administrativo

Para CORDEIRO¹⁰, o desequilíbrio dos contratos, sobretudo após as grandes guerras, marcou o renascimento da cláusula *Rec Sic Stantibus*, estabelecendo um trade-off entre vontade das partes e realidade subjacente ao contrato.

Dentre as várias teorias que surgem para fundamentar a revisão contratual calcada na alteração das circunstâncias que permearam a celebração do contrato, duas são marcantes: Teoria da Imprevisão e Teoria da base negocial¹¹.

A teoria da imprevisão (e sua variante, a teoria da onerosidade excessiva) estão ligadas ao aspecto volitivo e são chamadas de **teorias subjetivas** ao passo que a Teoria da base negocial se preocupa com as circunstâncias existentes quando da celebração da avença, caracterizando uma **teoria objetiva**¹².

As Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva centram-se naquilo que as partes avençaram conforme a manifestação de suas próprias vontades. A teoria da base negocial, segundo CORDEIRO, privilegia a instrumentalização do contrato e retira, ainda de forma tímida, a vontade como fundamento exclusivo da obrigatoriedade do contrato.

Para invocarmos a Teoria da imprevisão, três elementos são essenciais: a) imprevisibilidade, b) extraordinariedade e c) excessiva onerosidade suportada por uma das partes. Dentre esses componentes, dois bem demonstram o voluntarismo da imprevisão: Imprevisibilidade e extraordinariedade. Sendo assim, **o pressuposto utilizado para fundamentar a teoria da imprevisão é imperfeito porque a vontade das partes é viesada pela assimetria de informação**. Dessa forma, toda vez que uma parte tiver vantagem informacional em relação à outra parte e utilizá-la como vantagem para auferir renda quando da assinatura de um contrato administrativo, estaríamos diante de uma situação de seleção adversa. **Quando isso acontece, não há de se falar em Teoria da imprevisão.**

10 CORDEIRO, EROS BELIN DE MOURA. A Revisão Dos Contratos Na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição Do Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 2005. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1751/A+revisao+dos+contratos+na+sistemática+codificada+brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de nov. 2013.

11 MORAES, Renato José de. *Cláusula Rec Sic Stantibus*. São Paulo, Ed. Saraiva. 2002.

12 SILVA, Leonardo Toledo. *Os Contratos EPC e os pleitos de Reequilíbrio Econômico-contratual*. In SILVA, Leonardo Toledo. *Direito e Infraestrutura*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

Isso ocorre porque a teoria da imprevisão deve ser utilizada quando há uma subversão da vontade original das partes. **No caso da seleção adversa não há subversão alguma porque uma parte usou inadvertidamente sua vantagem informacional para auferir renda do outro contratante.** Usar a teoria da imprevisão (que por definição é instrumento de adequação contratual ex post) corresponde a cancelar a captura de renda ao contratante que falseou a verdade durante o procedimento licitatório. Da forma como esse instrumento é hoje utilizado, são gerados incentivos para o aprofundamento da seleção adversa e mais representa uma vantagem perversa para a empresa licitante oferecer preços ou qualidade que sabe, de antemão, que não conseguirá honrar.

Assim, a utilização da Teoria da imprevisão é inadequada para servir de base teórica para a recomposição do equilíbrio financeiro do contrato por conta não somente da sua defasada base volitiva, mas também por não considerar as assimetrias informacionais existentes entre o Poder público contratante e o particular.

Dentro desse diapasão, esse dispositivo do RDC não possibilitou que todo e qualquer evento caracterizador da teoria da imprevisão possa ser utilizado como base para o aditamento contratual com base para REF, mas sim apenas aqueles resultantes de caso fortuito e força maior. Aquelas advindas de Fato da Administração e Fato do Príncipe, como decorrem de uma ação ou omissão da administração com repercussão contratual, deverão gerar indenização por parte da Administração¹³.

Um ponto central para analisar a teoria da imprevisão diz respeito à insuficiência conceitual do preço como transmissor de informação e como proxy para a demarcação do risco. Quando o licitante elabora o seu preço, ele faz crer ao Governo contratante que seu preço reflete o risco assumido no contrato. Isso nem sempre é verdade, porque **o preço estipulado é imperfeito para comunicar todas as características e intenções do licitante contratado.**

- Teoria de Preço e da Microestrutura de Mercado

Há de se perguntar: O que determina os preços? Nos termos do paradigma econômico tradicional, os preços são estabelecidos pela intersecção entre as curvas de oferta e de demanda para um determinado bem. Essa premissa é

¹³ JUSTEN FILHO, Op cit, pag 202.

verdadeira no equilíbrio final do mercado. Para O'Hara¹⁴, no entanto, é necessário observar como esse preço é alcançado. De forma surpreendente, a teoria econômica apresenta poucas respostas a essa questão que é ponto inicial de investigação da teoria da microestrutura de mercado.

Para os economistas, há duas abordagens tradicionais para explicar a formação dos preços. A primeira trata da questão do equilíbrio. Assim, a economia se envolve em descobrir o ponto de equilíbrio per se, sem se importar com os fatores que levam ou levaram a ele e como um específico preço foi determinado. As duas características dessa abordagem são a **simplicidade e a generalidade**. Está implícita nessa análise que o mecanismo de comércio e as características informacionais não afetam o equilíbrio final. Essa é uma abordagem problemática em mercados onde as partes possuem assimetrias informacionais. Esse é o caso da definição de preços licitados em obras contratadas pelo RDC. **Ancorar a Teoria da Imprevisão na frustração das expectativas estabelecidas pelos preços contratados é coadunar com a visão clássica e defasada da teoria dos preços.**

Uma visão alternativa, ainda segundo O'Hara, é estabelecida pelo sistema de preço Walrasiano, onde o preço de equilíbrio é dado pelos lances sucessivos entre aqueles que desejam vender e os que necessitam comprar. Nesse modelo não há custos consideráveis para barganhar, bem como não existem assimetrias informacionais. O sistema Walrasiano é simples e elegante, mas não captura as circunstâncias que levam a determinação dos preços. O problema é que a teoria dos preços Walrasiana não apresenta uma visão muito realista dos mercados.

Uma falha do modelo Walrasiano é não considerar o fator tempo. Nesse enfoque, O'Hara cita os trabalhos de Demsetz que faz referência a existência de duas curvas de demanda e oferta, uma de curto e outra de longo prazo. O argumento é que há variações intertemporais porque alguns agentes desejam comprar e vender com mais urgência do que outros. Isso parece intuitivo, porque se há emergência para comprar algo, o indivíduo geralmente paga mais por isso (experimente comprar uma passagem de avião no dia da viagem).

Essa idéia de que o preço poderia conter um custo pelo imediatismo não foi considerada na visão Walrasiana. Assim, a visão de um único equilíbrio fica comprometida, porque dependerá não apenas do desejo de comercializar, mas também se as partes desejam comprar e vender em um dado momento ou adiar

14 O'HARA, Maureen. *Market Microstructure Theory*. Cambridge-MA, Blackwell Publishers, 1996.

suas opções. Para esclarecer esses aspectos, um importante componente deve ser considerado: informação.

- Informação e processo de determinação dos preços

Os preços representam expectativas condicionais, ou seja, o preço em cada ponto reflete toda a informação pública disponível, mas não necessariamente toda a informação privada. Dessa forma, até o ajuste dos preços de acordo com informações adicionais, o equilíbrio alcançado é semi-eficiente.

Daí é importante observar como os preços se ajustam de acordo com a informação liberada com o passar do tempo. Nos paradigmas de microestrutura que vimos (ajuste imediato e Walrasiano), os preços eventualmente convergem para valores considerando a nova informação recebida, mas como esse ajustamento ocorre no limite, esse mecanismo pode ser infinito.

Para entender como os preços se tornam eficientes, é necessário saber mais sobre como o ajustamento ocorre¹⁵. Desde que diferentes estruturas podem ser afetadas pelo ajustamento, entendê-lo pode prover insights de como os mercados podem ser estabelecidos e estruturados. Se os comerciantes agem competitivamente, o comércio resulta em um equilíbrio onde os preços “revelam” toda a informação privada. Nesse caso, os preços se ajustam instantaneamente a toda a informação e o mercado é totalmente eficiente.

No mercado real, no entanto, o ajustamento não é imediato, nem toda a informação é captada e fica difícil isolar o efeito líquido de uma determinada informação na definição do preço. A grande dificuldade em analisar o processo de ajustamento de preços é que o movimento dos preços depende de como os participantes do mercado aprendem do mercado de informações. Dependem, portanto, de uma miríade de fatores como predisposição dos agentes ao risco, natureza e extensão da incerteza e até da estrutura do mercado em si.

Em um modelo simples, onde a única incerteza é a inferência sobre o valor privados dos agentes, os agentes não informados podem fazer inferências sobre a informação. Em ambientes mais sofisticados (o que, de fato, ocorre na realidade) esse problema de aprendizado é mais complexo, fazendo um necessário link entre informação de mercado e valor aparente dos ativos.

¹⁵ O'Hara, op cit

A teoria econômica clássica observa que, em um mercado competitivo, os preços são determinados pelas forças de oferta e demanda. Também conclui que diante de monopólios, os preços se elevam e as quantidades se deprimem. Esses fundamentos básicos são importantes, mas não consideram vários elementos complexos referentes à determinação dos preços.

Uma boa pista para resolver essas imperfeições é utilizar a chamada Microestrutura de Mercado (*Market Microstructure*) que é uma área da teoria das finanças que estuda a dinâmica e o processo pelo qual os investidores fazem previsões sobre o valor futuro dos ativos com base no volume atual dos negócios e nos preços correntes. Assim, a Microestrutura de mercado especifica as características dos mecanismos de troca que facilita a descoberta do processo de determinação de preços entre compradores e vendedores. Essa teoria também se preocupa com os mecanismos de revelação de informação, ou seja, estuda o nível de transparência dos mercados e mais especificamente no estudo do quanto de informação os preços carregam, ou seja, microestrutura de preços.

A transparência quanto ao preço pode ser entendida analisando as regras que são utilizadas para comercializar. Em uma licitação em leilão reverso (pregão), por exemplo, há elevado nível de transparência, considerando a liberação das informações pelos lances sucessivos dos licitantes. Essa transparência permite ao Governo (no caso das licitações) ter uma melhor noção do preço de reserva dos licitantes e da dinâmica das forças de oferta e demanda.

Há vários tipos de transparência. A transparência dos vendedores (no nosso caso, licitantes) se refere aos custos de produção, prazo de entrega ou capacidade de executar. Também é importante evidenciar os custos de oportunidade e a probabilidade de se conhecer o preço de reserva do licitante (*inventory information*), bem com o custo dessa transparência.

Ainda quanto ao preço, é importante diferenciá-lo de valor. Um guarda chuva vendido em uma esquina qualquer em um dia de chuva é bem mais caro do que o mesmo item sendo vendido em dia de sol, muito embora o produto seja exatamente o mesmo. Essa dicotomia preço-valor é um ponto de grande importância quando o governo decide contratar serviços, por exemplo. Nesse caso, o uso irrestrito de tabelas mais provoca problemas e exacerba a seleção adversa do que resolve conflitos. Isso ocorre porque um dos pontos que faz com que o preço seja diferente do valor é a quantidade de informação disponível.

Como lembra MADHAVAN¹⁶, a pesquisa de informação contida nos preços (em um conceito mais amplo: *Market Microstructure*) envolve um amplo espectro:

a) Formação do preço, incluindo aspectos estáticos (determinação dos custos de comercialização, por exemplo) ou aspectos dinâmicos como o processo pelo qual os preços revelam a informação em determinado período de tempo. Em essência, esse ponto de análise pretende olhar para dentro da “caixa preta” dos preços.

b) Estrutura de desenho de mercados, incluindo a relação entre a formação dos preços e as regras de comercialização. Nesse caso, é discutido como diferentes regras afetam a “caixa preta” e conseqüente liquidez e qualidade do mercado. No caso do RDC, a mudança das regras em relação às licitações da lei 8666, mudaram os incentivos e os mecanismos (inclusive informacionais) que acabarão por determinar o preço final dos bens.

c) Informação e sua revelação. Esse é um ponto relacionado à transparência de mercado que está ligada a capacidade dos participantes do mercado em observar as informações sobre os seus competidores. Isso se refere em analisar como a revelação das informações da “caixa preta dos preços” repercute o comportamento e as estratégias dos outros participantes do mercado. No caso das licitações, mais uma vez, a quantidade de informação revelada afeta a oferta dos outros licitantes e o grau de seleção adversa.

Recentes trabalhos em microestrutura de mercados (*Market microstructure*) consideram avanços no campo da economia da informação, expectativas racionais e competição imperfeita com o fito de construir modelos que mensurem o impacto da informação nos preços.

Os mercados são muito distintos e os preços se comportam diferentemente em cada um deles. Dessa forma, **encarar o fator preço de forma monolítica e concentrar sobre ele a base volitiva que servirá de parâmetro para a aplicação da teoria da imprevisão é um pressuposto falho e impreciso.**

Para PEREIRA DA SILVA, os preços de mercado não são apenas afetados pelos custos de transação, mas também pela presença de informação na

16 MADHAVAN, Ananth. *Market Microstructure: A Survey*. Journal of Financial Markets, 3 (2000), 205-258.

determinação do comportamento dos mercados¹⁷. O autor cita os trabalhos de Admati e Pfleiderer¹⁸ veem os preços como variáveis aleatórias e analisam a distribuição da informação antes da realização dos preços. Dessa forma, a dispersão da informação gera externalidades positivas sobre os preços, refletindo sinais fornecidos pela informação obtida.

Aquele que detém a informação possui claros incentivos para postergar a sua revelação. A uma, porque tem o poder de discriminar os preços e conseguir que os outros agentes do mercado paguem mais por sua informação. E duas, por conta que garante mais vantagens para si, considerando que quanto mais preciso o sistema de preços, menores serão os custos de transação.

Um ponto interessante de investigação é o ruído que garante que valor da informação não diminua, restringindo o acesso de outros agentes ao verdadeiro conteúdo. O jogo de planilha, tão comum em obras públicas, pode ser considerado um ruído, na forma que esconde o verdadeiro valor dos itens precificados, gerando forte seleção adversa no sistema. Ainda segundo os autores (e conforme observação de Pereira da Silva), o detentor da informação (sobretudo aquele que tem poder monopolista sobre ela) tende a manobrar a informação de forma que as decisões dos agentes no mercado sejam feitas com base em informação adicional e não apenas com base na observação dos preços do mercado. O monopolista tentará vender sinais personalizados que não afetam, em si, os preços de equilíbrio. No caso das licitações, esses sinais podem ser o histórico de comportamento dos licitantes em relação a contratos anteriores e suas chances de ganhar ou perder no “jogo” do reequilíbrio financeiro; as sua posição em relação à Administração e sua chance de influenciar na modificação do contrato. Também se enquadra nessa sinalização, as chances judiciais de um novo arranjo contratual.

A concentração de informação pode ser explicada pela diferença de preferências entre os agentes de forma que quanto mais suscetíveis aos riscos forem os licitantes, mas tenderão a mergulhar nos preços ofertados. No caso das licitações, se um determinado licitante tem uma expectativa positiva de um rápi-

17 PEREIRA DA SILVA, Pedro Miguel Bento. *ECONOMIA DOS MERCADOS FINANCEIROS ANÁLISE DA INFORMAÇÃO PRIVADA*. Mestrado em Economia Monetária e Financeira UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA. INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO. Out 2003. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/894/1/Tese%20Definitiva%20F.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

18 ADMATI, A.R e PFEIDERER, P. Viable Allocation of Information in Financial Markets. *Journal of Economic Theory*, 43, pp 76-115.

do e eficaz (para ele, pelo menos) reequilíbrio econômico financeiro, estará mais disposto a assumir o risco de ganhar com um preço defasado. Esse argumento é mais uma razão para rechaçar o uso do preço como proxy para invocação da Teoria da Imprevisão.

Ainda segundo Admati e Pfleiderer¹⁹, a informação transmitida possui dois efeitos importantes: o agregador e o desbloqueador. No caso do efeito agregador, os sinais tendem a serem mais complementares, considerando que os preços agregam informação e há pouco ruído. Nesse caso, qualquer sinal adicional tem um valor incremental, por mais irrelevante que seja. Assim, esse efeito agregador justifica mais rigor nas exigências de qualificação, dotando o sistema de mais mecanismos de signaling e screening. Isso induz a conclusão que o conjunto de sinais observáveis no mercado sempre seja superior ao preço de equilíbrio do mercado e que o preço de mercado (que se pressupõe seja o preço ofertado pelo licitante vencedor) esteja aquém do real valor considerando toda informação existente.

O efeito desbloqueador observa que em muitas circunstâncias (em licitação, provavelmente na maioria delas) o agente informado não estará disposto a revelar toda a sua informação porque terá incentivo de obter ganhos com toda a informação privada que detém.

Segundo esses dois autores (Admati e Pfleiderer), se o agente for neutro ao risco e se conseguir determinar o número de agentes informados no mercado, não terá incentivo para vender sua informação por conta que revelar sua informação aumentaria a competição em detrimento de sua posição. Esse é o caso em licitação, no qual o agente tem a informação privada e assume o risco de não divulgá-la, confiando, entre outras coisas, no sucesso de um eventual Reequilíbrio Econômico Financeiro. No caso do agente ser avesso ao risco, ou seja, não confiando em uma possível melhora de sua posição na arguição de uma revisão contratual, será mais útil revelar (eventualmente vender) sua informação privada e entrar em uma certame mais competitivo.

Logo, ancorar os pedidos de Reequilíbrio Econômico Financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão, aumentará os riscos da Seleção Adversa, bem como os incentivos para a malversação da informação privada.

¹⁹ Apud PEREIRA E SILVA.

Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa teoria graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Na teoria da base negocial, por outro lado, há o substancial distanciamento da imprevisibilidade como vetor da intervenção no contrato, caracterizando uma gradual objetivação. Essa teoria foi aprofundada por Larenz que a separava em uma base subjetiva e outra objetiva. Quanto à subjetividade, é necessário que ambos os contratantes partam da mesma base fática, calcando-se no conceito de erro. A base objetiva, por seu turno, é o conjunto de aspectos fáticos sobre os quais se funda o consenso. Nesse sentido, CORDEIRO observa que Lorentz vê na base objetiva dois elementos: a) a alteração das circunstâncias significa ausência de concretização da finalidade contratual ou b) quebra da equivalência das prestações, refletindo a insubsistência do sinalagma próprio dos contratos bilaterais.

Para GIL²⁰, a teoria da base negocial assemelha-se ‘a *unforessen contingencies*’ do direito americano, mas foi no direito alemão que ela mais prosperou. Nesse sentido, o §313 de BCB estabelece duas hipóteses de aplicação: a) modificação prejudicial das circunstâncias, que constituem a base do negócio depois de sua conclusão e b) **revelação de falsidade de premissas consideradas essenciais e que constituem a base do negócio, já desde a celebração do contrato.**

Uma evolução no direito brasileiro em relação à teoria de Larenz foi a aceitação da teoria de Kegel sobre a “teoria do risco” segundo a qual os riscos inerentes ao negócio devem ser mantidos mesmo que as alterações não fossem previstas. Isso induz duas consequências: não reconhecimento de fato superveniente considerado no risco natural do negócio e a distribuição equânime dos riscos diante de um fato superveniente que vá além da álea normal do contrato.

20 GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial da USP. 2007. Disponível no endereço eletrônico http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2132%2Ft-de-24052011-143442%2Fpublico%2FTese_FINAL_completa_Onerosidade_e_Engineering_Fabio_C_A_Gil.pdf&ei=7oJ3UvT8HcW_sQTk8oCgBg&usg=AFQjCNG70R5PF1e5nXeBZev8bpnQcXd_Zw&sig2=ByOiRDOE3-xdR0bwiMgUJw&bvm=bv.55819444.d.cWc. Acesso em 12 de agosto de 2013.

Em resumo, há uma tendência de objetivação da revisão contratual calcada na teoria da quebra da base negocial.

Assim, uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidos quando da celebração do contrato, parece ser um caminho mais adequado para enfrentarmos os desafios dos Reequilíbrios Econômico Financeiro dos contratos celebrados no âmbito do RDC.

Dessa forma, há uma ruptura com a base volitiva do contrato (teoria da imprevisão) e uma transição para uma teoria calcada na base fática na qual o contrato foi celebrado. Perde, portanto, força a ideia do contrato como vontade das partes e que a simples frustração dessa vontade original poderia promover a recomposição contratual. Hodiernamente, deve-se olhar para as circunstâncias reais sobre as quais o contrato foi celebrado.

A esse respeito, LÔBO²¹ observa que a teoria da imprevisão – tão em voga nos tribunais brasileiros – tem caráter restritivo porque representa uma restrição à adoção da cláusula *rec sic stantibus* ou mesmo ao voluntarismo ou liberalismo jurídico. Essas restrições, ainda segundo o autor, mostram-se em dois pontos: Excepcionalidade e imprevisibilidade.

LÔBO diz acertadamente que na teoria da imprevisão, tal como a aplicamos no Brasil, o evento causador do desequilíbrio não poderia ser previsto quando da celebração da avença. O foco na imprevisibilidade afasta situações consideradas comuns para contratos de duração continuada. Imprevisibilidade sempre haverá, por conta da incompletude implícita do contrato e a impossibilidade de antever todas as suas contingências. **A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a idéia de completude contratual – tão ‘a moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de artes do contrato (incompletude) com uma situação excepcional.**

21 LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo, Editora Saraiva, 2012, pág. 206.

6.2 Incompletude contratual e Reequilíbrio Econômico Financeiro (discernindo entre bons contratos e as más instituições)

Contratos de infraestrutura, como é o caso desses celebrados no âmbito do RDC, são contratos complexos, no sentido que apresentam além de valores vultosos, elevada complexidade técnica. Nesse aspecto, ARAÚJO²² e BROSSEAU podem dar importantes contributos ao debate. Nesses tipos de contrato, a incompletude é intrínseca pelo fato dos contratantes não possuírem condições de prever todas as contingências que afetarão a avença em décadas. Ademais, há consideráveis custos de transação para uma pretensa completude.

Dessa forma, para os juristas, a incerteza tem (ou deveria ter) por nome imprevisão.

Considerando contratos incompletos, há de se impor ao judiciário o ônus de definir o melhor acordo entre as partes quando essas mesmas partes foram incapazes de fazê-lo *ex ante*.

Um efeito possível da regra contida no § 4o do artigo 9. do RDC, que restringe a aplicação do REF, será forçar a uma revelação de informação *ex ante*. Essa revelação pode ser traduzida em preços mais reais, por exemplo.

Um grande problema, como lembra KIRAT²³, remanesce: como traduzir uma categoria econômica em dispositivos jurídicos. O Reequilíbrio Econômico Financeiro nasce dessa incapacidade por conta de postulados errados. A noção de completude e incompletude não são categorias jurídicas e nos cabe encontrar meios de fazer essa tradução, assim:

Assimetrias informacionais *ex ante*: Nesse sentido, a incompletude se exprime como uma relação desequilibrada entre as partes do contrato, do beneficiário de uma informação privada que pode auferir vantagem e renda disso. O direito das obrigações oferece recursos para que as partes reduzam a priori a probabilidade de uma utilização oportunista da informação privada, que é a

22 ARAÚJO, Fernando. *Contratos Incompletos*. Ed. Almedina, Lisboa, 2003.

23 KIRAT, Thierry. L'Allocation Des Risques Dans Les Contrats: De L'Économie Des Contrats « INCOMPLETS » À La Pratique Des Contrats Administratifs. *Revue internationale de droit économique* 2003/1 - t. XVII, 1, p. 11 à 46.

obrigação das partes de agir com BOA FÉ, ou mesmo por regras que forcem a revelação de informação durante a execução contratual.

Um exemplo pode ser útil. Suponha o caso de ruptura contratual quando uma das partes foi vítima de má fé do outro contratante. Alega-se, portanto, que ele não teve condições de conhecer o verdadeiro “tipo” de contratante e, portanto sofrerá uma penalidade pela ruptura contratual. A revelação do tipo se dá por cláusulas contratuais de reparação do dano. Assim, a negociação ex ante é “information forcing” na medida em que força as partes a revelarem informação.

Sendo assim, a Boa Fé pode ser uma tradução desse gap informacional. A questão, no entanto é saber se o comportamento daquele que esconde sua informação é de fato caracterizador de má fé ou as regras impostas pelos certames licitatórios são incapazes de extrair essa informação. Dito de outra forma, se o licitante revelou toda a informação que foi a ele solicitada e restando um quantum informacional não revelada, estaria ele incorrendo em má fé. Ele é *ab initio*, obrigado a revelar toda a informação que tem?

Acho que não. A revelação não mandatária da informação detida pela licitante parte da sua estratégia de ganhar a avença e são exemplos disso, informações sobre sua governança interna e todos os seus custos de produção.

Claro que o falseamento da verdade, como se da no conhecido “jogo de planilha” poderá ser definido como uma ruptura com os parâmetros de boa fé. Para nossos fins, calar é diferente de mentir.

Em síntese, a simples aplicação do principio da boa fé é inadequado para resolver problemas de Reequilíbrio Econômico Financeiro quando há elevadas assimetrias informacionais.

Conhecimento imperfeito dos estados do mundo futuro também é uma expressão da incompletude. Isso é óbvio e já foi discutido em outros pontos desse texto. Não dá para saber tudo sobre o futuro e suas repercussões nos contratos. A presunção de completude, pressuposto ínsito nas decisões dos nossos tribunais, impõe infundada pressão no instituto do REF com efeitos maléficos para a adequada execução contratual.

A incompletude pode ser um produto tanto de elementos exteriores e objetivos como elementos interiores e subjetivos, ou seja, a imprevisibilidade das contingências do ambiente e o conhecimento imperfeito do comportamento dos contratantes durante a execução contratual. O direito não é alheio a essas manifestações que aplica os standards de boa fé e técnicas de revisão das obrigações, muito embora, a técnica e os pressupostos teóricos da Boa Fé sejam insuficientes para captarem toda a problemática da questão.

Uma importante mudança de paradigma é que a informação deve ser tratada pelo direito como um atributo do contrato, exatamente por afetar a tomada de decisões das partes e a legitimidade do consentimento. O direito de *common law* considera a incompletude como algo intrínseco ao contrato ao passo que o *civil law* seria hostil ao tema.

Um ponto a considerar é que a noção de completude tem como pressuposto básico a idéia do elemento preço como detentor de informação e isso não condiz com a realidade porque o preço é um insuficiente proxy para a informação. A ruptura dessa noção walsariana de preço é passo fundamental para transcendermos o “fetiche no menor preço” que assola o nosso sistema de licitações.

Se, como acredita KIRAT, a teoria da imprevisão não pode ser considerada como expressão jurídica da incerteza, a questão que deve ser posta é como traduzir juridicamente e empiricamente o problema da incerteza do futuro?

Do ponto de vista econômico, incompletude e incerteza funcionam juntas: a incerteza do futuro engendra a incompletude dos contratos, incapazes de prever de forma exaustiva a lista de estados de natureza do porvir. Não há clara tradução jurídica para isso, mas KIRAT faz algumas propostas. Em primeiro momento, observa que um contrato incompleto economicamente pode não sê-lo juridicamente. Ai temos que diferenciar duas classes de eventos: os conhecidos mas de efeitos incertos e os não conhecidos. Isso pode ser traduzido para risco e incerteza.

O problema é que como essa partilha dos riscos muitas vezes não é clara, a assunção do risco durante a execução contratual incentiva o contratado a repassar esse risco para outrem. Vejamos, por exemplo, a lei de Concessões de Serviço Público (lei 8987/95). Ela aduz no inciso II do art. 2: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio

de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (grifo nosso)

Essa regra é emblemática porque mostra o inadequado entendimento dos riscos e sua partilha no contrato administrativo. Embora a lei diga que todo o risco caberá ao concessionário, este terá incentivo para repassar esse risco para uma terceira pessoa que, na grande maioria das partes, é o usuário do serviço.

E aí é necessário aprofundarmos o argumento. Qual o impacto da existência de Cláusulas Exorbitantes na estipulação dos riscos assumidos pelo contratante em um contrato administrativo. Parece claro que as Cláusulas Exorbitantes podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer.

Se o particular sabe que a Administração tem a prerrogativa de cambiar unilateralmente as cláusulas contratuais, modificando os quantitativos do projeto (§§1º e 2º do art. 65 da lei 8666/93), o particular estará assumindo o risco desse comportamento da Administração. Ocorre que, em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas.

A existência de Cláusulas exorbitantes representam um custo do sistema que deve ser considerado e o REF, portanto, significa uma realocação de riscos ex post. O Judiciário, nesse caso, funcionaria como uma espécie de resseguro, que vai espriar os riscos intrínsecos do contrato para todos ao conceder no mais das vezes o REF solicitado, realinhando as expectativas do contrato, porém com elevados custos de transação.

Assim, deve ser concedido a REF caso uma situação extraordinária venha a ocorrer. O que acontece atualmente é que as assimetrias de informação acabam por impossibilitar o Governo de perceber se a proposta vencedora da licitação será, de fato, executada, acabando por pressionar a fase de execução contratual com vista a estabelecer o “preço real”.

Pode-se argumentar que esse REF seria eficiente, na forma que realinharia os preço iniciais. Ademais, segundo Coase, na ausência de custos de transação, somente será importante a alocação final dos direitos de propriedade, não interessando muito a alocação inicial. Esse não é o caso das licitações no

Brasil. Os imensos custos de transação acabam por determinar a alocação final como sub ótima.

A questão do REF do contrato necessariamente estará ligada à repartição de riscos estabelecida ex ante quando da divulgação da minuta do contrato juntamente como a licitação. Ocorre que muitas vezes o contrato inicialmente celebrado imputa uma determinada quantidade de risco para o contratado que o aceita com vista a assinar o contrato, porém já vislumbrando possibilidade, logo quando iniciada a fase de execução contratual, de realinhar as bases contratuais quer administrativa ou judicialmente pelo REF. Tão mais suscetível à assunção do risco será o contratante, tanto menor for a expectativa de realização dos riscos e / ou maior a probabilidade de denúncia do contrato alegando REF.

Uma forma de estabelecer adequadamente esses riscos é consignar no contrato administrativo uma Matriz de Risco que irá classificar a assunção de diversos riscos entre as partes. A esse propósito, RIBEIRO²⁴ lembra que os elementos centrais dos contratos de Concessão comum e PPP são os indicadores de desempenho; o sistema de pagamento; o conjunto de penalidades; a matriz de risco e o reequilíbrio econômico financeiro. Observa que a matriz de risco soma-se aos indicadores de serviço e ao sistema de pagamento para estabelecer a “equação econômico financeira” do contrato e diz que a função do sistema de equilíbrio econômico financeiro é o cumprimento permanente da matriz de risco.

Nesse ponto, acho mais adequado entender o REF como uma alocação de risco ex post do que um mero garantidor da situação ex ante. Até porque a concessão de REF irá modificar as expectativas do contratante, mudando seu cálculo de probabilidade em relação a possíveis mudanças posteriores no contrato.

Um ponto fundamental deve ser esclarecido. Não se pode confundir realocação de risco com reequilíbrio econômico financeiro. Esta última deve ser vista como caráter excepcional e extravagante aos riscos alocados no contrato. RIBEIRO diz de forma enfática que “a representação da equação econômico financeira, usada na doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receita/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando percebemos que os contratos são instrumentos de distribuição de risco”.

24 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo, Ed. Atlas, 2011.

Dessa forma, podemos dizer que o custo real do projeto para o contratado é função da intensidade do efeito provocado pela seleção adversa (assimetria de informação), do seu incentivo para reduzir custos e da quantidade (e qualidade) dos riscos assumidos. O custo inicial do projeto também será função da expectativa do contratante (probabilidade) de conseguir um rápido e vantajoso REF.

A REF somente poderia ser considerado para além das contingências estabelecidas na matriz de risco. Esse reequilíbrio deveria ser visto como condição excepcional e não apenas como uma contingência da execução contratual e da intrínseca incompletude dos contratos.

7. CONCLUSÃO

As restrições impostas pelo RDC em possibilitar o Reequilíbrio Econômico Financeiro são inócuos. Em primeiro lugar, utilizar o referencial teórico da teoria da imprevisão para fins de REF é equivocado. Quando há grandes assimetrias informacionais, o uso da teoria da imprevisão – e o seu substrato volitivo – apenas faz aumentar o risco de seleção adversa.

O correto seria transitar para teorias de cunho mais subjetivistas, como a teoria da base do negócio, que seria mais adequada para captar as premissas consideradas essenciais e que constituem a essência do negócio, já desde a celebração do contrato.

o pressuposto utilizado para fundamentar a teoria da imprevisão é imperfeito porque a vontade das partes é viesada pela assimetria de informação

Dessa forma, toda vez que uma parte tiver vantagem informacional em relação à outra parte e utilizá-la como vantagem para auferir renda quando da assinatura de um contrato administrativo, estaríamos diante de uma situação de seleção adversa. Quando isso acontece, não há de se falar em Teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão deve ser utilizada quando há uma subversão da vontade original das partes. No caso da seleção adversa não há subversão alguma porque uma parte usou inadvertidamente sua vantagem informacional para auferir renda do outro contratante. Ancorar a Teoria da Imprevisão na frustração das expectativas estabelecidas pelos preços contratados é coadunar com a vi-

são clássica e defasada da teoria dos preços. Logo, considerar o fator preço de forma monolítica e concentrar sobre ele a base volitiva que servirá de parâmetro para a aplicação da teoria da imprevisão é um pressuposto falho e impreciso.

Ancorar os pedidos de Reequilíbrio Econômico Financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão, aumentará os riscos da Seleção Adversa, bem como os incentivos para a malversação da informação privada.

Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa teoria graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Assim, uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidos quando da celebração do contrato, parece ser um caminho mais adequado para enfrentarmos os desafios dos Reequilíbrios Econômico Financeiro dos contratos celebrados no âmbito do RDC.

A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a idéia de completude contratual – tão ‘a moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de artes do contrato (incompletude) com uma situação excepcional.

Uma importante mudança de paradigma é que a informação deve ser tratada pelo direito como um atributo do contrato, exatamente por afetar a tomada de decisões das partes e a legitimidade do consentimento.

A existência de Cláusulas exorbitantes representam um custo do sistema que deve ser considerado e o REF, portanto, significa uma realocação de riscos ex post. O Judiciário, nesse caso, funcionaria como uma espécie de resseguro, que vai espraiar os riscos intrínsecos do contrato para todos ao conceder no mais das vezes o REF solicitado, realinhando as expectativas do contrato, porém com elevados custos de transação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ADMATI, A.R e PFEIDERER, P. Viable Allocation of Information in Financial Markets. *Journal of Economic Theory*, 43, pp 76-115.

CORDEIRO, EROS BELIN DE MOURA. A Revisão Dos Contratos Na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição Do Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 2005. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1751/A+revisao+dos+contratos+na+sistematica+codificada+brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de nov. 2013.

GIBBS, Tony. *An Assessment of Turn-key Contracts for the Realisation of Capital Works Projects Principally for Public Sector Healthcare Facilities prepared by under contract to The Pan American Health Organisation with funding from The United States Agency for International Development*. November 2008. Disponível no endereço eletrônico www.disaster-info.net/.../WindHazards_Turn-key.pdf. Acesso em: 25 de set. 2013.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial da USP. 2007. Disponível no endereço eletrônico http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2132%2Ftde-24052011-143442%2Fpublico%2FTese_FINAL_completa_Onerosidade_e_Engineering_Fabio_C_A_Gil.pdf&ei=7oJ3UvT8HcW_sQTk8oCgBg&usq=AFQjCNG70R5PF1e5nXeBZev8bpnQ-cXd_Zw&sig2=ByOiRDOE3-xdR0bwiMgUJw&bvm=bv.55819444.d.cWc. Acesso em 12 de agosto de 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

KIRAT, Thierry. L'Allocation Des Risques Dans Les Contrats: De L'Économie Des Contrats « INCOMPLETS » À La Pratique Des Contrats Administratifs. *Revue internationale de droit économique* 2003/1 - t. XVII, 1.

KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. São Paulo, Ed. Campus, 2002.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

MADHAVAN, Ananth. *Market Microstructure: A Survey*. *Journal of Financial Markets*, 3 (2000), 205-258.

MORAES, Renato José de. *Cláusula Rec Sic Stantibus*. São Paulo, Ed. Saraiva. 2002.

O'HARA, Maureen. *Market Microstructure Theory*. Cambridge-MA, Blackwell Publishers, 1996.

OLIVEIRA, Pedro Jorge. *Obras Públicas: Tirando suas dúvidas*. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2010.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Miguel Bento. *ECONOMIA DOS MERCADOS FINANCEIROS ANÁLISE DA INFORMAÇÃO PRIVADA*. Mestrado em Economia Monetária e Financeira UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA. INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO. Out 2003. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/894/1/Tese%20Definitiva%20F.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

SILVA, Leonardo Toledo. *Os Contratos EPC e os pleitos de Reequilíbrio Econômico-contratual*. In SILVA, Leonardo Toledo. *Direito e Infraestrutura*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

TCU, AC – 1510-22;13-P.