

## NOVA LEI DE LICITAÇÕES E REMUNERAÇÃO VARIÁVEL: UMA ABORDAGEM À LUZ DO NEXO ECONÔMICO-JURÍDICO

Marcos Nóbrega<sup>1</sup>

Ihuru Assunção<sup>2</sup>

Ronny Charles L. Torres<sup>3</sup>

Em meio às inovações trazidas pela nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021<sup>4</sup>), ganhou espaço a autorização expressa para a adoção do regime de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, prevista no artigo 144 da Nova Lei<sup>5</sup> (sem correspondente com a Lei 8.666/93).

O tema repercute nas discussões envolvendo contratações públicas por várias razões, dentre as quais se destacam a sua afinidade com os princípios da economicidade e da eficiência, bem como a superação definitiva acerca de eventuais questionamentos em torno da aplicabilidade ao regime geral de licitações e contratações públicas.

A análise da “inovação” positivada na nova lei de licitações – que já estava prevista, por exemplo, na Lei do RDC (art. 10) e na Lei das Estatais (art. 45) – demanda que, ao lado da análise do dispositivo legal, seja feita referência a temas como assimetrias de informação e custos de transação, para possibilitar a compreensão acerca de quais são os patamares de eficiência e da estrutura de incentivos que podem ser gerados por tal regime remuneratório.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela UFPE. Graduado em Direito pela UFPE. Advogado da União.

<sup>3</sup> Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado (UFPE). Mestre em Direito Econômico (UFPB). Pós-graduado em Direito tributário (IDP). Pós-graduado em Ciências Jurídicas (UNP). Membro da Câmara de licitações e contratos administrativos da Consultoria Geral da União. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (12ª Edição. Ed. JusPodivm).

<sup>4</sup> BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

<sup>5</sup> Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

Fala-se, aqui, em *eficiência como maximizadora de incentivos dos agentes econômicos* - notadamente os particulares que firmam contratos com a administração pública, submetidos ao regime de remuneração variável.

Desta forma, o presente trabalho abordará os tipos de incentivos e riscos envolvidos nesta modalidade específica de gerenciamento contratual.

Esse texto será dividido em 5 partes. Na primeira, serão apresentados os contornos gerais da experiência brasileira envolvendo contratos por remuneração variável até o advento da nova Lei de Licitações. Na segunda, serão apresentados conceitos oriundos da teoria econômica dos contratos que se afiguram importantes para a análise das principais questões ligadas à contratação pública por desempenho. A parte 3 apontará como a economia dos contratos tem abordado a problemática dos arranjos contratuais voltados à remuneração ligada à performance – notadamente no que se refere à efetividade deste modelo, de forma a avaliar se este tipo de incentivo tem se mostrado útil para melhorar a execução do objeto contratual.

A parte 4 demonstrará como vem sendo feita a adoção de parâmetros de performance na prática das contratações públicas brasileiras. Por fim, serão apresentadas as conclusões relativas à introdução do instituto na lei geral de licitações brasileira.

## **2. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL, REGIME GERAL DE LEI DE LICITAÇÕES E EXPERIÊNCIAS EMBRIONÁRIAS.**

Até a edição da Lei n.º 14.133/21, permanecia viva a discussão acerca da possibilidade de utilização do regime de remuneração variável para contratações regidas pela Lei n.º 8.666/93.

Naquele cenário de incerteza normativa, apesar da existência de previsões legais expressas acerca da remuneração variável em leis especiais – das quais o exemplo mais ilustrativo é o da Lei do Regime Diferenciado de Contratações<sup>6</sup> – ainda eram corriqueiros questionamentos sobre sua aplicabilidade nas contratações submetidas ao regime geral.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n.º 12.462 de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003.

Exemplo emblemático envolve a controvérsia originada de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ), que apontavam para a impossibilidade de utilização da remuneração variável para determinados tipos de contratos, a exemplo de consultorias envolvendo a elaboração de teses jurídicas<sup>7</sup>.

Deve-se anotar, contudo, que a existência de questionamentos não configurou óbice para o reconhecimento da legitimidade de utilização deste modelo contratual pelo Tribunal de Contas da União, em diversos acórdãos que tangenciaram a matéria, quando analisando situações concretas sob a égide da Lei 8.666/93, a exemplo das contratações no modelo CREMA (Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas)<sup>8</sup>.

Na mesma linha, instrumentos normativos elaborados pela própria Administração Pública Federal, a exemplo da Instrução Normativa (“IN”) 02/2008, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, faziam referência a elementos típicos dos contratos que têm a remuneração vinculada à performance da contratada.

Naquele regime, precursor das disposições legais ligadas à remuneração variável, os parâmetros de avaliação de desempenho da contratada ganharam o nome de “Acordos de Níveis de Serviços”. Posteriormente, o modelo de aferição de desempenho contratual, renovado pela IN 05/2017, passou a fazer referência a Instrumentos de Medição de Resultado (IMR) – instituto que, como bem anotado por Gustavo Binenbojm<sup>9</sup>, tem o mérito de permitir que a Administração Pública Federal avalie objetivamente a performance dos agentes econômicos contratados, adequando seus pagamentos de acordo com referido desempenho.

Neste contexto, o setor de contratos de Suporte de Tecnologia da Informação, que costuma prever prazos curtos para atendimento dos chamados formulados pelos servidores (usuários) que demandam tais serviços, representou uma experiência prática embrionária que culminou na incorporação ao regime de remuneração variável, agora

---

<sup>7</sup> Processo 219.978-9/17.

<sup>8</sup> TCU, Acórdão 3.260/2011, rel. Min. José Mucio Monteiro, j. 07.12.2011.

<sup>9</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Contratos Administrativos de desempenho com remuneração variável e condicionada ao êxito: possibilidades e limites à luz da lei 8.666/1993*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 12, p. 51-64, 2020.

franqueado à contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, respeitados os parâmetros definidos no art. 144 da Lei n.º 14.133/21.

Contudo, convém observar que há sutil diferença nos incentivos permitidos pela remuneração variável, em comparação ao ANS ou IMR.

Tanto a modelagem de Acordo de Níveis de Serviços (ANS) como a de Instrumento de Medição de Resultados (IMR) produziam incentivos mais diretamente ligados à execução contratual, pois definiam um dimensionamento remuneratório através de “glosas” que tinham o condão de apenas reduzir o montante a ser pago, em relação ao que definido outrora na proposta. Nessa linha, via de regra, a boa performance do contratado permitia-lhe o recebimento integral do valor outrora pactuado, conquanto a performance falha acabava repercutindo em uma redução do valor pago.

A remuneração variável, para além da glosa, autoriza também o pagamento de um *plus* remuneratório, um valor superior ao definido na proposta, mas sempre de acordo com as regras previamente definidas no edital/contrato e respeitando o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

A diferença, aparentemente sutil, é relevante.

A glosa gera um incentivo diretamente dirigido à execução do contrato, não devidamente captado pelos fornecedores com menor expertise, que apresentam propostas imaginando que receberão integralmente o valor fixado nelas. Já os licitantes com maior expertise, de acordo com o nível de exigência e obrigações passíveis de glosa, definem suas propostas com a devida percepção dos riscos envolvidos, definindo o que chamaremos aqui de “preço adaptado”, que pode ser igual ou superior ao preço de reserva (entendido aqui como menor preço exequível para a empresa) que seria proposto sem tais regras de redimensionamento do pagamento.

Assim, para os fornecedores com maior expertise, quanto mais rigorosas as regras de glosa, maior o afastamento do “preço adaptado” em relação ao preço de reserva. Noutro prumo, os fornecedores com menor expertise, por não conseguirem realizar a necessária leitura dos riscos envolvidos com as regras de redimensionamento do pagamento (glosa), costumam apresentar seus preços de reserva, sem a devida “adaptação”.

Diante da ineficiência dos requisitos habilitatórios em filtrar os bons fornecedores, essa característica comportamental tende a gerar seleção adversa, notadamente nas licitações

que adotam o critério menor preço, já que os licitantes com menor expertise tendem a definir preços inferiores, sem a devida acomodação ao risco de glosa. Com ela (a glosa) e o respectivo redimensionamento dos contratos, o valor pago passa muitas vezes a ser inexequível ou comprometer a própria continuidade do contrato. Assim, quanto mais próximo for o preço apresentado, do preço de reserva, maior o risco de que eventual glosa culmine em inadimplemento por parte do contratado.

A remuneração variável, por outro lado, gera mais claramente incentivos positivos para a licitação. Isso porque, permitindo que seja pago um plus remuneratório à proposta, de acordo com o desempenho do contratado, ela induz que o licitante com maior expertise, fazendo a leitura dos riscos envolvidos e da possibilidade de alcançar o acréscimo remuneratório, apresente uma proposta artificialmente mais baixa (preço adaptado) que aquela que seria o seu preço de reserva, por perceber que, com sua melhor performance, alcançará o plus remuneratório que elevará o valor pago a patamar igual ou superior ao seu preço de reserva.

Para tentar ilustrar essa questão, imaginemos um mercado em que o preço de reserva de dois licitantes, um com maior expertise (licitante A) e outro com menor expertise (licitante B) seja igual a 100k.

Em uma licitação tradicional, baseada na Lei nº 8.666/1993, e com previsão de glosa, o “Licitante A” tende a apresentar preço superior a 100k, por fazer a leitura dos riscos de glosa que as rigorosas regras definidas pelo edital-contrato podem gerar. Sendo 100k o seu melhor preço, ele tenderá a apresentar uma proposta maior (imaginemos 110k), para acomodar os riscos de glosa em razão das regras da contratação. Já o “Licitante B”, por não fazer a leitura dos riscos de glosa, apresentará proposta de 100k e vencerá a licitação. Contudo, com a execução do contrato, a glosa reduzirá o valor do pagamento a patamares inferiores, como 80k, o que tornará o preço inexequível para o fornecedor contratado. A chance dele executar integralmente o contrato dependerá de sua máxima eficiência, para que a glosa não seja aplicada (o que não é provável, devido a sua baixa expertise).

Em uma licitação com remuneração variável, baseada na Lei nº 14.133/2021, o “Licitante B” tenderá a apresentar seu preço de reserva 100k, por não fazer bem a leitura dos riscos de glosa ou da potencialidade da remuneração variável. Já o “Licitante A” poderá apresentar um preço interior ao seu preço de reserva, exemplo 90k, por fazer a leitura de que alcançará um plus remuneratório (em razão da remuneração variável) que elevará o

preço efetivamente a um patamar igual ou superior a 100k (seu preço de reserva original, que pode ser mais alto se o incremento de eficiência gerar ampliação de custo).

Nessa perspectiva, a remuneração variável tem o condão de gerar vantagem competitiva ao licitante com melhor performance, que pode reduzir sua proposta (preço adaptado) a um nível abaixo do seu preço de reserva (em condições sem remuneração variável), para vencer a licitação e receber pagamento igual ou superior a este preço de reserva, de acordo com sua performance e o atendimento dos requisitos definidos previamente pelo edital-contrato.

Essa nuance fica mais facilmente verificável quando a modelo de licitação e contratação é definido com regras que permitam aos fornecedores com maior expertise certa diferenciação, como ocorre nos regimes contratação integrada e semi-integrada, que admitem flexibilidade na execução contratual, com o uso de novas tecnologias, técnicas e metodologias aptas a alcançar maior eficiência na execução contratual, mesmo não previamente definidas, respectivamente, no anteprojeto de engenharia ou projeto básico.

Presumindo que as regras de redimensionamento de pagamento do plus remuneratório foram definidas de acordo com o interesse da Administração, é possível identificar que essa modelagem pode trazer diversas vantagens para o Poder Público, em algumas pretensões contratuais, pois além de incentivar uma melhor execução contratual, gera vantagem competitiva aos fornecedores com melhor performance, superando um problema de seleção adversa cotidianamente identificado em licitações públicas.

### **3. MODELO AGENTE-PRINCIPAL E TEORIA DA INFORMAÇÃO.**

Um pressuposto clássico no direito administrativo brasileiro é que os contratos são completos, muito embora nossa legislação específica anterior (Lei n.º 8666/93) possibilitasse a arguição da teoria da imprevisão, do caso fortuito e da força maior. Mas esses são (ou deveriam ser) eventos tão extraordinários que a base conceitual, o *benchmark* teórico, aponta no sentido da completude. Por contratos completos, enfim, devem ser entendidos aqueles que exaustivamente estabelecem as hipóteses que podem

comprometer a sua execução. Trata-se, como veremos, de uma falácia que apresenta uma série de problemas durante a fase de execução contratual.

O modelo ideal considera um contrato com simétrica informação onde esta é conhecida e, muitas vezes, gratuita. O *first best* equilíbrio seria alcançado, determinando uma situação Pareto-eficiente quando (considerando o modelo de uma caixa de Edeworth) a utilidade marginal do Agente e do Principal forem iguais, havendo uma repartição ótima de riscos.

A partilha ótima dos riscos será dada pelo grau de aversão ao risco dos contratantes. Caso haja aversão mútua ao risco, este será partilhado igualmente. Caso o agente seja risco neutro e o principal risco averso, a melhor opção seria, por exemplo, um contrato que pagasse por resultado obtido, por produtividade. Em termos de um programa do governo, seria como entregar os recursos mediante comprovação de produção de uma determinado bem ou resultado. Por outro lado, caso o agente seja risco averso e o principal risco neutro, a teoria do contrato ótimo apontaria para um contrato de valor fixo, invariável com o resultado<sup>10</sup>.

Outra premissa importante de um equilíbrio de *first best* é que o resultado é plenamente observável e avaliável, havendo pleno conhecimento das funções de produção tanto do Agente quanto do Principal. Nesse sentido, o principal possui mecanismos e expertise suficientes para avaliar perfeitamente o *output* produzido.

Essas premissas ótimas são importantes para estabelecer o *benchmark* conceitual para abordagens mais realísticas, que considerem a assimetria informacional. Infelizmente, no modelo jurídico e no sistema de controle brasileiro, há uma falsa premissa, ainda baseada nos padrões de direito administrativo e financeiro de tradição ibérica novecentista, segundo os quais há informação perfeita, sendo possível identificar facilmente o equilíbrio ótimo entre as partes. Isso conduz a uma quantidade imensa de distorções na formulação de programas públicos e no controle destes.

Dado que a solução *first best* não pode ser alcançada, o objetivo do Principal será maximizar a sua utilidade considerando a informação assimétrica do agente. Deverá encontrar uma situação *second best* de maximização que considerará uma certa perda de

---

<sup>10</sup> Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David “*An Introduction to the Economics of Information*” Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

utilidade dada pela extração de renda pelo agente, motivada por sua vantagem informacional. Logo, o principal estará diante de um dilema, extração de renda versus eficiência. Por exemplo, se privilegiar a eficiência deverá diminuir a assimetria de informação, colocando uma auditoria; no entanto, há certo custo que precisa ser considerado e este pode, inclusive, diminuir a eficiência total.

No modelo clássico Principal-Agente<sup>11</sup>, a maximização de eficiência do principal está sujeita a duas restrições: compatibilidade e participação. A primeira delas caracteriza a assimetria de informação, enquanto que a restrição de participação determina que o agente aceitará o contrato oferecido pelo principal desde que proporcione um nível de utilidade maior do que aquele que o agente obterá fora do contrato.

Todas essas observações agora partem de outros importantes pressupostos: tanto o principal quanto o agente são maximizadores de utilidade e são agentes individualistas<sup>12</sup>. Como lembra Fiani, o problema do incentivo para que o agente atue no interesse do principal é um dos principais temas abordados pela teoria econômica, ao tratar sobre a relação Principal-Agente<sup>13</sup>.

Se considerarmos um jogo de estratégia, o Principal se moveria primeiro ao ofertar o contrato a ser aceito pelo agente (*Stackelberg leadership model*).

Para simplificar, os modelos clássicos de agente principal determinam que o contrato deve ser estabelecido na base “pegar ou largar”. Isso também ocorre no caso de contratos administrativos porque o contrato já é conhecido antes mesmo da seleção do contratante, pela razão que esses contratos, no direito brasileiro, tem uma natureza de contrato de adesão.

No modelo clássico, há um determinado nível de produção ( $q$ ) que será dado pelo *output* característico de cada contrato específico. Ocorre, no entanto, que embora o *output* possa ser observado, há grandes dificuldades de avaliá-lo e extrair dele informação sobre o nível de esforço do Agente. A única forma que o Principal tem para aferir o nível de esforço do agente é via indireta, pelo resultado final alcançado.

---

<sup>11</sup> Salanié, B. “*The Economics of Contracts*” Cambridge. : MIT Press. 2005.

<sup>12</sup> Laffont, J., and D. Martimort, 2002, *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*, (New Jersey: Princeton University Press).

<sup>13</sup> FIANI, Economia de empresa. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 75.

Convém ainda registrar que os modelos Principal-Agente apresentam dois principais problemas decorrentes da assimetria de informação: Seleção adversa (*Adverse Selection*) e Risco moral (*Moral Hazard*).

Na seleção adversa, o agente possui informação privilegiada antes da assinatura do contrato e o principal sabe disso. No entanto, como o principal não tem condições de avaliar essa assimetria informacional *ex ante*, oferece um menu de contratos para que o agente espontaneamente a revele. É o exemplo do seguro de automóveis. É muito caro (e às vezes impossível) para a seguradora conhecer o tipo e característica de cada consumidor. Nesse caso, oferece uma série de opções e será racional para o consumidor anuir com aquele contrato que mais o convém.

O risco moral (*Moral Hazard*) envolve a possibilidade de o agente não agir de acordo com os interesses do principal, mas em razão de interesses contrários, próprios ou de outrem, depois do contrato firmado. Tal distorção ocorre em virtude da própria assimetria de informação e consequente incapacidade do principal de captar a ação desvirtuada do agente. No *Moral Hazard*, o agente passa a ter uma informação privilegiada depois da assinatura do contrato e pode usá-la para atendimento de seu interesse próprio, mesmo que em detrimento do interesse do principal.

Se considerarmos um jogo de estratégia, o Principal se moveria primeiro ao ofertar o contrato a ser aceito pelo agente (*Stackelberg leadership model*). Isso é bem verdade em programas governamentais de infraestrutura mediante parcerias público privadas ou mesmo simples concessões de serviço público, quando o governo detém a agenda e modela o contrato primeiro de acordo com os seus interesses. Não há, nesse caso, negociação prévia, mas sim uma adesão (voluntária ou obrigatória) do âmbito local. Para simplificar, os modelos clássicos de Principal-Agente determinam que o contrato deve ser estabelecido na base “pegar ou largar”. Isso também ocorre no caso de contratos administrativos porque o contrato já é conhecido antes mesmo da seleção do contratante pela razão que esses contratos, no direito brasileiro, tem uma natureza de contrato de adesão.

Em suma, pode-se dizer que um contrato eficiente deve maximizar os ganhos totais e satisfazer duas condições: deve proporcionar um ganho suficiente ao agente para que ele aceite o contrato (*participation constraint*); deve fornecer incentivos adequados para que,

após a contratação, o agente desempenhe suas tarefas no interesse do principal (*incentive compatible*)<sup>14</sup>.

### **3. TIPOS DE CONTRATO, CONTRATOS POR REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E AFERIÇÃO DE PERFORMANCE**

A análise do regime de contratos por remuneração variável, com a utilização de conceitos econômicos como assimetria de informação e custos de transação, ganha importância e pode nos ajudar a esclarecer quais são os incentivos do governo e dos licitantes/contratados para elaborar e executar um contrato de desempenho que se aproxime do patamar ideal de execução.

Outro aspecto de relevo diz respeito à capacidade desses incentivos perdurarem ao longo da execução contratual - notadamente em contratos de longa duração, a exemplo daqueles ligados a obras de infraestrutura. Esta, na verdade, é uma finalidade precípua do contrato, enquanto instrumento que, além de definir obrigações, deve também cuidar da alocação de riscos e da criação e incentivos para que a contratação seja mais eficiente, convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas<sup>15</sup>.

Com efeito, o desafio de manter um patamar ótimo de execução contratual – que se refletirá, em tese, no alcance do nível máximo de remuneração pelo contratado – se afigura diretamente proporcional à complexidade e à extensão do objeto contratado.

Nesta esteira, quanto mais complexo for o objeto contratado, maior é a expectativa de que haja um grau de incompletude tolerável (e até mesmo esperado) por parte dos agentes contratantes. Assim, a modelagem prévia dos indicadores de desempenho, anterior à elaboração do contrato, enfrentará o inafastável desafio de gerenciar e tentar antever os “custos adaptativos” típicos da incompletude contratual.

Tais “custos adaptativos” tendem a ganhar espectro quando o objeto contratual envolver inovações tecnológicas ou técnicas e adotar uma duração contratual prolongada,

---

<sup>14</sup> FIANI, Economia de empresa. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 79/80.

<sup>15</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010. P. 210.

tendência inafastável de boa parte dos contratos que podem ser albergados pelo regime jurídico da Nova Lei de Licitações.

Nesse contexto, tendo-se em conta a noção sedimentada por Vickrey<sup>16</sup>, segundo a qual compras mediante leilão (a exemplo da licitação) envolvem inevitavelmente algum patamar de assimetria de informação, os questionamentos acerca da influência que esta assimetria informacional trará à eficiência da execução e fiscalização de contratos de remuneração variável se afiguram pertinentes e necessários a um desenho contratual eficiente.

Seguindo tal linha de raciocínio, partindo-se da premissa de que o contrato (assim como o direito) é um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes contratantes, que irão pautar seus comportamentos em função de tal conjunto de regras, a figura do contrato de remuneração variável envolve novos elementos que o aproxima da figura tipológica dos contratos de incentivos<sup>17</sup>.

De acordo com tal tipologia, os tipos de contratos podem ser enquadrados em três categorias, sendo de especial interesse para o presente estudo a figura que envolve situações intermediárias entre os contratos a preço fixo (PF ou CPF) e os contratos de reembolso de custos (CRC): os chamados contrato de incentivo.

Nessa esteira, a figura do contrato de incentivo, que leva em conta a performance contratual e permite o compartilhamento de risco entre contratante e contratado, seria o modelo ideal para que se alcance uma alocação eficiente de risco entre o governo e fornecedores, minorando os efeitos adversos da assimetria de informação.

Apesar de tudo, Fiuza<sup>18</sup> aponta que, embora premiem maior esforço nas tarefas cujo desempenho é mais facilmente aferível segundo as regras do instrumento contratual, os contratos de incentivo correm o risco de negligenciar tarefas também importantes para a execução do objeto contratual (sem previsão expressa nas cláusulas do instrumento), o que gera um retorno indesejado à assimetria informacional que justificou a sua utilização,

---

<sup>16</sup> VICKREY, William. *Conterspectualtion, Auctions and Competitive Sealed Tenders*. Journal of Finance, v. 16, Issue 1, p. 8-37, mar. 1961.

<sup>17</sup> ALBANO, Gian Luigi et al. *Fostering participation in competitive procurement*. 2006. p. 14-15. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896739).

<sup>18</sup> FIUZA, Eduardo. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.=

em primeiro lugar, e, em segundo lugar, a um indesejável *gap* informacional que se reflete na inadequada aferição do desempenho da contratada.

Essa questão exige que a definição de incentivos seja devidamente refletida, com a avaliação dos efeitos gerados não apenas em relação às metas indicadas, mas a própria contratação. Assim, por exemplo, ao se criar regras de incentivos para premiar a celeridade da execução contratual, deve-se também estabelecer instrumentos eficientes para o controle da qualidade desta execução.

Outro ponto relevante envolve a possibilidade de intercorrência das incertezas com repercussões econômicas no contrato, exigindo reavaliação das condições originalmente postas ou mesmo o seu reequilíbrio econômico. Isso pode ocorrer em relação a metas definidas contratualmente, mas que sofrem influxo de fatores completamente imprevisíveis e que perduram ao longo do tempo de execução do contrato; um exemplo evidente ocorreu em relação aos contratos para a exploração de algumas vias pedagiadas, cujo parâmetro para aferição de desempenho estipulado estava relacionado ao fluxo de passageiros/pessoas na via, mas teve seu período de execução afetado por restrição à circulação de pessoas, a exemplo do vivenciado no contexto de combate à Pandemia da COVID-19.

Outro aspecto relevante diz respeito ao risco de relaxamento ou endurecimento dos parâmetros de avaliação ao longo da execução contratual – preocupação que ganha relevo em diversas searas, a exemplo das grandes concessões ligadas à infraestrutura, que envolvem um prazo dilatado para amortização dos investimentos realizados.

Em cenários deste tipo, a manutenção do rigor na aferição do desempenho contrasta com a própria rotatividade dos quadros da Administração encarregados de fazer a auditoria do contrato, ou mesmo com a mudança de conjuntura social/econômica/tecnológica em que aquele contrato é executado.

Compare-se, exemplificativamente, o desgaste de uma rodovia em períodos de alto fluxo de veículos pesados devido à circulação de grande carga de *commodities* agrícolas com os períodos de entressafra, em que naturalmente há diminuição nas negociações e no trânsito de mercadorias.

Na mesma linha, pode-se fazer referência a concessões aeroportuárias em períodos de altos preços das passagens aéreas ou de crise econômica, com impacto direto nas receitas

auferidas pelas concessionárias exploradoras dos estabelecimentos, o que, em cenários anteriores, já serviu até mesmo como pretexto para relicitação, a exemplo do ocorrido na concessão do Aeroporto de Viracopos<sup>19</sup>.

Todas essas questões intrincadas ilustram a complexidade de determinadas contratações e a dificuldade da definição precisa, pelos contratos, dos riscos envolvidos e dos incentivos necessários para uma execução eficiente. Tais elementos, dentre outros, são indicativos de que a modelagem e gerenciamento das contratações vinculadas ao desempenho demanda uma abordagem teórica que leve em consideração construções como a Teoria do Desenho do Mecanismo e instrumentos ainda pouco explorados na prática das contratações públicas, a exemplo da Análise de Impacto Regulatório.

Partindo dessas premissas, afasta-se o fetiche de que o princípio da eficiência e a simples previsão normativa da remuneração variável são suficientes, *per si*, para resolver problemas inerentes à incompletude das contratações públicas.

#### **4. MORAL HAZARD, O PROBLEMA DA ADMINISTRAÇÃO REFÉM (HOLD UP), A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E A SÍNDROME DE ESTOCOLMO CONTRATUAL: OS RISCOS DE ASSIMETRIA INFORMACIONAL SUPERVENIENTE**

Em um modelo de Moral Hazard, como vimos, a vantagem informacional surge após a assinatura do contrato. Nesse tipo de relacionamento, as ações (ou jogo) se desenvolvem na seguinte sequencial<sup>20</sup>: a) P desenha o contrato; b) A aceita (ou rejeita) o contrato ofertado; c) A aplica um nível de esforço não observável pelo Principal; d) Existe um estado de natureza N; e) resultado e recompensa.

O nível de esforço despendido pelo agente não é observável pelo principal, tampouco pelo Judiciário ou mesmo pelos sistemas de controle. Além disso, existe um “estado de natureza” que também influenciará o comportamento do agente. Esse “estado de natureza” poderia ser, por exemplo, baixa qualidade da burocracia municipal, ou mesmo

---

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/tempo-fechado-em-viracopos/>> Acesso em: 14/07/2021.

<sup>20</sup> Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David “An Introduction to the Economics of Information” Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

baixo crescimento econômico. Como o esforço do agente e o estado da natureza (ou estado do mundo) não são plenamente observáveis, a definição eficiente de uma remuneração torna-se ainda mais complexa, uma vez que ela deve determinar quais incentivos são oferecidos ao agente (pela remuneração), para que ele atue no interesse do principal.<sup>21</sup>

O ‘estado de natureza’ também afetará o *output* e, em tese, é mais facilmente observado pelo agente, que poderá adaptar sua performance ao mínimo necessário para o cumprimento contratual. Com a impossibilidade do principal monitorar o nível de esforço despendido, haverá uma perda de eficiência que afetará o tipo de contrato e consequente *output*, caracterizando uma situação de *second best*.

Como o nível de esforço não pode ser mensurado, o principal deverá resolver um subjogo de equilíbrio perfeito<sup>22</sup> e essa situação do subjogo definirá o nível de esforço do agente. O agente terá, então, uma restrição de incentivo e deverá escolher um nível de esforço que maximiza a sua utilidade, a qual pode ser influenciada pelos incentivos definidos na contratação ou, na ausência deles, prestigiar um desempenho com mínimo esforço, pelo agente.

No caso de um contrato para cumprimento de um programa de Governo, se o *output* requerido não pode ser avaliado corretamente; se o controle é frágil e se a capacidade institucional de *enforcement* é reduzida (Judiciário), os incentivos serão reduzidos e o agente despenderá o mínimo esforço possível para alcançar um resultado pretendido. Sendo assim, se os critérios de avaliação são incertos, não há como exigir do agente um nível de esforço maior.

Em outras situações, uma melhor percepção sobre nuances da execução ou mudanças no estado na natureza podem ser utilizadas pelo agente como fator para a busca de vantagens contratuais, como a alteração das condições outrora antes pactuadas (aditivos).

Por outro lado, se os incentivos forem devidamente delineados, podem induzir uma melhor performance pelo agente, para que ele objetive um resultado ótimo que atenderá também o interesse do principal, convertendo a relação contratual em cooperativa. Assim,

---

<sup>21</sup> FIANI, Economia de empresa. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 77.

<sup>22</sup> NERI, Marcelo; XEREZ, Marcelo. *Aspectos Dinâmicos de um Sistema de Metas Sociais*. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Ensaios Econômicos, n. 563, august, 2004.

a vinculação do pagamento do contratado ao seu desempenho se configura, em tese, como um fator que pode reduzir o *moral hazard* e o problema da administração refém – *hold up* contratual.

Segundo a literatura<sup>23</sup>, o fenômeno da administração refém (*hold up*) ocorre em contextos nos quais o poder de barganha contratual está concentrado em um dos agentes, em razão de fatores como o risco iminente ou a assimetria informacional entre as partes.

Transportando o conceito para o cenário das contratações públicas, o agente econômico contratado pela administração seria detentor de um grau de informação que inviabilizaria, por exemplo, a aferição objetiva do seu desempenho, ainda que houvesse elaboração de parâmetros de performance em momento anterior à contratação.

Tal cenário ocorre notadamente quando o objeto contratado não é corriqueiro no âmbito da administração pública – fator que gera uma dificuldade maior no desenho dos parâmetros de análise de desempenho, ante a falta de base objetiva para comparação (inexistência de contratos anteriores com objeto similar, por exemplo).

Cite-se, por exemplo, um contrato de suporte de tecnologia da informação, tendo como objeto um software específico idealizado por uma dada empresa de tecnologia; nele, além de desenvolver a nova plataforma/software, o instrumento contratual prevê o atendimento aos chamados dos usuários em um prazo de 24 horas, por um prazo de 5 (cinco) anos, como obrigação atribuída à contratada,.

Neste contexto, caso o contrato não contenha, dentre os parâmetros de avaliação, o *feedback* dos usuários que solicitaram o suporte acerca da efetividade do serviço (*ombudsman*), é possível que a empresa de suporte atenda aos chamados durante o prazo contratualmente estabelecido (24 horas, no exemplo dado), mas não resolva efetivamente o problema do usuário em uma única chamada – fazendo com que seja necessário abrir várias ordens de serviços para resolver um único problema de configuração/uso do aplicativo hipotético.

O usuário, então, vê-se obrigado a percorrer uma *via crucis* para abertura de chamados sucessivos até conseguir resolver efetivamente o seu problema: um chamado para identificar o serviço de suporte acerca de seu problema; outro para viabilizar o acesso

---

<sup>23</sup> COLOMBO, Massimo, DELMASTRO, Marco., The economics of organizational design. Theory and empirical insights, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, RG21 6XS, Inglaterra, 2008.

remoto ao seu dispositivo pelo técnico da empresa contratada; um terceiro para a efetiva resolução do seu problema.

Nesses casos, uma avaliação objetiva do desempenho da empresa contratada que não leve em conta a efetividade do serviço sob a perspectiva do usuário registraria a realização de três atendimentos para um problema que precisaria de apenas um.

Caso se trate de suporte a um *software* ou plataforma nova, ainda que de código aberto, é natural que a assimetria informacional envolvendo a administração e o agente econômico que desenvolveu o programa/plataforma gere um quadro típico da “administração refém” (*hold up*).

Neste cenário, a constatação superveniente (ou seja, após a celebração do contrato) de que as contingências geradas pelo uso massivo do programa levaram a uma procura exponencial dos usuários pelo serviço de suporte pode ser usada pela empresa contratada como fundamento para um pedido de renegociação dos valores contratuais.

Em virtude da alta demanda por suporte, a contratada apontaria a necessidade de reconfiguração contratual em decorrência da necessidade superveniente (*ex post*) de contratação de quadro de pessoal mais numeroso e qualificado.

Como argumento negocial, poderia apresentar, ainda, o alto número de ordens de serviço/chamadas endereçadas aos seus técnicos e resolvidas no prazo de 24 horas – ainda que o número de ordens/chamadas de serviços abertas pelos usuários se mostre desproporcional ao **número de problemas efetivamente solucionados pelo serviço de suporte** (indicador de desempenho que a administração, por desconhecimento, não levou em consideração antes da elaboração do contrato).

Veja-se, portanto, que haveria um verdadeiro *inchaço* em relação à aferição de desempenho da empresa contratada – dado que será usado, inevitavelmente, como argumento para a reconfiguração dos parâmetros remuneratórios daquele contrato.

Outro exemplo, muito vivenciado pela Administração, notadamente nos anos 2020 e 2021, envolveu as contratações na área de saúde e da construção civil. Tais mercados foram muito impactados direta e indiretamente pela pandemia COVID-19, tendo em vista diversos fatores como a escassez de insumos, aumento da demanda, as lacunas na produção e a forte variação cambial do período.

Comum nesse período, por exemplo, que os fornecedores vencedores de licitações para Registro de Preços, o que em princípio geraria vínculo de fornecimento nas condições definidas na Ata (inclusive preços) pelo prazo de até 12 meses, peçam reequilíbrio econômico logo nos primeiros meses de sua vigência, argumentando a alta do preço dos insumos relacionados. Muitas vezes houve impactante aumento de alguns desses insumos, verdadeiramente, embora tenha ocorrido também redução do preço de alguns outros. Racionalmente, como o agente tende a acompanhar a variação desses custos de maneira mais efetiva, realiza tais pedidos apenas em períodos nos quais os custos desses insumos estão em viés de alta, e somente para aqueles que têm seus preços majorados, não se manifestando na situação inversa (que não é captada “de ofício” pela Administração). Na outra ponta, diante da sensibilidade social da demanda, o gestor público que representa a vontade do principal (um Secretário de Saúde, por exemplo), é pressionado para atender ao pleito de revisão econômica para garantir o atendimento da demanda administrativa.

O *hold up* consistiria, assim, em um fator que acarreta o aumento nos custos de transação, tendo impacto sobretudo em contextos de escassez de fornecedores do objeto contratado e envolvendo pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Por sua vez, a figura do fenômeno do *hold-up ex post*, proposta por MacLeod<sup>24</sup>, traria o diferencial consistente na verificação de que um dos contratantes (no caso em estudo, a Administração) tornou-se refém do outro durante a execução do contrato, em virtude de assimetrias informacionais que surgiram *a posteriori*, que não podiam ser detectadas na fase das tratativas voltadas à celebração do pacto (momento da elaboração dos indicadores de desempenho).

Segundo Brousseau *et al.*<sup>25</sup>, os problemas de gerenciamento contratual podem ser categorizados a partir do momento em que a informação é revelada. Seguindo tal linha de raciocínio, os problemas relativos à modelagem contratual são distintos, por exemplo, daqueles relativos à avaliação de performance durante os diferentes estágios de execução do contrato.

---

<sup>24</sup> MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. *Économie des contrats : bilan et perspectives*, sous la direction de Éric Brousseau et Jean-Michel Glachant. pp. 149-178.

<sup>25</sup> BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel. *The economics of contracts and the renewal of economics*. In: ROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel (org.). *The economics of contracts: theories and applications*. Cambridge: University Press, 2002.

Partindo dessa premissa, Macleod defende ainda uma superação do modelo de autoridade proposto por Simon, apontando a importância de levar em consideração as consequências da racionalidade limitada para que se atinja uma regulação ótima da relação contratual.

Em casos como o proposto no exemplo anterior, dos contratos de suporte de tecnologia da informação, far-se-ia necessário que a avaliação de performance da empresa contratada envolvesse alguma forma consistente de avaliação dos serviços prestados pelos seus destinatários – a exemplo do grau de satisfação dos usuários, em sistemática similar à rotineiramente verificada em diversas outras searas da economia, como as plataformas de compras *on-line*.

A nosso sentir, tal estado de coisas é indicativo de que, conquanto possa servir para minorar os efeitos da administração refém, a modelagem dos contratos de remuneração variável demanda cuidado redobrado no que tange à qualidade dos medidores de desempenho: quadros como o imaginado, que levam em conta tão somente os números de atendimentos (por exemplo), podem levar ao que seria o outro extremo do *hold up*: uma situação que lembra muito o estado psicológico batizado de **Síndrome de Estocolmo**, em que o refém acaba passando a nutrir verdadeira afeição e simpatia injustificadas pelo sequestrador.

Em tais cenários, após ser colocada na condição de refém e constatar, com base na aferição de desempenho pautada nos seus próprios indicadores (insuficientes, na prática, para aferir a performance), que o contrato está sendo executado num nível ótimo, a Administração corre o risco de se ver compelida a incorrer em dupla falha de gerenciamento contratual: por um lado, irá avaliar como merecedor de remuneração máxima um agente econômico que não executa o contrato num patamar de eficiência alto e, por outro, se verá carente de alternativas para eventuais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista a escassez de fornecedores para o objeto contratado.

Diversos outros exemplos em torno das contingências imprevisíveis podem ser extraídos do cotidiano das contratações públicas, nas mais diversas searas - pense-se, por exemplo, na percepção de adicional de periculosidade/insalubridade por parte de profissionais de saúde pública que, de forma repentina, são obrigados a atender grande número de pacientes infectados por uma doença altamente contagiosa, como no contexto de uma pandemia.

Em tais casos, o atendimento urgente dos pacientes certamente correrá em paralelo com a necessidade de negociação coletiva acerca da percepção do adicional devido, a princípio, aos profissionais que estão atuando na “linha de frente”.

Num cenário desse jaez, a condição de refém da Administração adviria da sua impossibilidade de prescindir do serviço desses profissionais em quadro de alta e incontida demanda por hospitais públicos – pense-se no NHS (serviço público de saúde britânico) ou no SUS (serviço público de saúde brasileiro), em contexto similar ao da Pandemia da Covid-19, que não podem, a princípio, negar atendimento a quem demanda os seus serviços.

Em casos tais, ainda que a administração discorde do pagamento do adicional aos profissionais das unidades de saúde por ela contratados, a inviabilidade de substituir o seu quadro de pessoal em um curto espaço de tempo e o risco iminente de um colapso no atendimento ao público farão com que, num primeiro momento, haja uma tendência de pagamento generalizado do adicional até mesmo a profissionais de saúde que estão em setores não diretamente expostos à doença (a exemplo dos encarregados de contatar, por telefone, os familiares dos pacientes atendidos) – isso decorre, certamente, da inexistência prévia de avaliadores de desempenho capazes de indicar quais os integrantes dos quadros que realmente fazem jus ao *plus* remuneratório (a exemplo das equipes de UTI).

Na mesma linha, a dificuldade em aferir o grau de desempenho fará com que haja uma tendência de que todos os profissionais recebam o adicional no mesmo patamar e conforme a mesma base de cálculo, ainda que se trate de adicional que seja pago de acordo com os graus de exposição – a exemplo do adicional de insalubridade trabalhista, que pode ser pago em grau mínimo, médio e máximo.

Trata-se, uma vez mais, de *hold up ex post*, decorrente de um contexto específico e imprevisível, capaz de colocar a Administração contratante em situação de desvantagem em relação ao(s) contratado(s).

A situação ocorre, bem se sabe, em diversos outros contextos de vínculos empregatícios de particulares com a Administração, a exemplo do pagamento de gratificação por desempenho a servidores públicos, usualmente deferidas de forma generalizada e em grau máximo a todos aqueles que compõem a categoria contemplada.

Não obstante, o contexto específico de contratações envolvendo contingências ou exigência de desempenho “para além do esperado” – como ocorre com os profissionais de saúde em tempos de pandemia - é cenário que pode ajudar a entender o regime de remuneração variável para o quadro da modelagem de contratos administrativos oriundos de licitação.

## 5. EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS: CONCESSÕES E CONTRATOS DE IMPACTO SOCIAL

Exemplo emblemático de contrato de remuneração vinculada ao desempenho anterior à Nova Lei de Licitações está na celebração dos primeiros Contratos de Impacto Social (CISs) firmados em solo brasileiro. Com inspiração nos *social impact bonds* ingleses, tais espécies contratuais têm por escopo viabilizar investimento privado destinado à execução de políticas públicas, a exemplo da qualificação profissional de jovens de determinada faixa etária, voltada à introdução no mercado de trabalho.

Exemplos como o CIS a ser estruturado pelo Estado do Ceará para a “desospitalização” de pacientes crônicos<sup>26</sup> e o instrumento firmado pela União para fins de promover a empregabilidade de jovens desempregados<sup>27</sup>, em quantidade igual ou superior a 8% em comparação ao grupo de controle – no último caso, trata-se do primeiro CIS em âmbito federal, firmado em 2019. Tais experiências indicam estruturas e modelagens típicas de remuneração variável, a exemplo da vinculação do montante máximo da remuneração ao cumprimento integral das metas e condicionantes previstas no instrumento.

Neste sentido, destaca-se a busca por um patamar elevado de *accountability* dos instrumentos referidos. Exemplificativamente, o instrumento firmado pela União prevê indicadores de performance que envolvem tanto aspectos de eficiência, quanto de *outcomes*.

A respeito do tema, existem várias formas de criar indicadores de performance, e os principais são:

---

<sup>26</sup> FONSECA, G., VASCONCELLOS, J., ARAÚJO, T. O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 25-35, jan. 2018.

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*.

**Recursos:** como número de professores, escolas construídas, livros distribuídos, etc. Embora, em *strictu sensu*, não represente indicadores de performance, podem prover valiosas informações para controle de custos e para a elaboração de outros indicadores. Se o número de pessoas atendidas por determinado programa de governo está bem aquém daquilo que fora esperado, certamente medidas corretivas devem ser tomadas;

**Outputs:** sua medida é fundamental porque representam o imediato resultado apresentado. É interessante observar que no mais das vezes o controle centra atenção apenas na questão do resultado imediato e daí tira suas conclusões. Cabe lembrar que embora o *output* seja o indicador mais visível do programa, não se pode desprezar os momentos pré e pós *output*. Certamente o controle precisa avançar para ter uma visão mais ampla dos programas e compreender o porquê dos resultados obtidos.

**Eficiência:** em conceito econômico significa *output* por unidade monetária; no entanto, quando avaliamos programas de governo a resposta não pode ser tão simples. Os programas de governo atendem a outros misteres além da mera questão quantitativa. Aspectos como efeitos redistributivos devem ser avaliados e muitas vezes passam ao largo das avaliações dos órgãos de controle.

Um programa que se presta a diminuir a taxa de mortalidade infantil é, em essência, fácil de ter os seus resultados mensurados. Outro, no entanto, que se propõe a aprimorar os padrões de saúde não o é. Assim, eficiência não é um conceito absoluto, deve relacionar-se ao programa que está sendo avaliado.

**Outcomes:** representam um passo adiante na avaliação dos programas de governo. São indicadores mais amplos dos verdadeiros resultados, avaliando se o programa está tendo uma função transformadora como de fato se propõe. São fundamentais para sinalizar ao governo se os objetivos estão sendo alcançados e quais medidas corretivas podem ser tomadas.

Em sede exemplificativa, podemos considerar um programa de educação. Um possível *output* seria o número de alunos que concluíssem o ensino fundamental. Um *outcome*, por sua vez, seria um levantamento do que estariam fazendo esses alunos que terminaram o curso dez anos atrás. Continuaram os estudos? Estão no mercado formal? Estão desempregados? Ou seja, seriam importantes indicativos da efetividade do programa governamental.

A obtenção dessa informação pode ser dispendiosa conquanto requeira *follow up* com *stakeholders* depois da elaboração do programa. Para ser efetivo, é necessário que o controle estabeleça *outcomes* de curto, médio e longo prazo.

O papel do controle seria importante para informar ao Principal, no caso o Governo federal, os reais resultados dos programas empreendidos. O Governo, por sua vez, deverá utilizar esses dados para:

- Aprimorar o planejamento estratégico e avaliação;
- Melhorar o gerenciamento financeiro e orçamentário;
- Melhoria de produtividade e da qualidade;
- Estabelecer rotinas para o gerenciamento de contratos;
- Elaboração de *benchmark*;

Como visto, ainda há muito o que evoluir, não apenas em relação aos contratos e a definição dos incentivos adequados, como também em relação à avaliação dos resultados da contratação ou da política pública executada.

## 6. CONCLUSÃO

O grande desafio relacionado aos contratos administrativos de desempenho com remuneração variável parece estar na redução dos custos de transação e da assimetria de informação entre os agentes públicos e os diferentes setores da economia – um desafio que, a rigor, se aplica a todas as contratações públicas.

Com efeito, partindo da premissa de que o princípio da eficiência é parâmetro norteador dos procedimentos licitatórios, é preciso reiterar a distinção entre o conceito utilitarista de eficiência, que deve ser substituído pela eficiência como maximizadora dos incentivos dos agentes econômicos. Troca-se, assim, a eficiência de Pareto pela eficiência como maximização de incentivos. É justamente essa maximização de incentivos que se mostra capaz de possibilitar a busca da Administração pelo *second best*.

Por outro lado, a simples adoção acrítica da premissa de que o regime de remuneração variável é suficiente, *per si*, para eliminar os problemas de *hold up* e *moral hazard* tende

a esbarrar nas dificuldades trazidas pela racionalidade limitada e incompletude contratual inerente às contratações públicas de maior vulto e complexidade. Nesse contexto, surge o risco do *hold up ex post* e da configuração do que chamamos aqui de **Síndrome de Estocolmo Contratual** – no afã de não figurar na qualidade de refém do agente econômico, a Administração acaba diante de um quadro em que a dificuldade na aferição de desempenho lhe empurrará para uma dupla desvantagem contratual, com pagamento máximo a contratado ineficiente e dificuldade de indeferimento dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Trata-se, portanto, do afastamento declarado do que José Vicente Santos de Almeida batizou de “estilo tradicional de Direito Administrativo”, sobretudo no que diz respeito à crença na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social<sup>28</sup>. No mesmo sentido, embora com terminologia diversa, trata-se da tentativa de utilização do conceito de nexo jurídico-econômico<sup>29</sup>, segundo a qual tanto o direito é uma função da economia quanto a economia é uma função do direito, não havendo prevalência de uma sobre a outra.

Deve-se evitar uma percepção equivocada de que o estabelecimento de incentivos pode ser a panaceia a resolver todos os males contratuais. Em condições de assimetria de informação, a definição inadequada de incentivos pode gerar problemas, ao invés de soluções.

Nesse contexto, embora seja inegável que a previsão normativa da remuneração contratual variável no regime geral das licitações traz novos horizontes para o contexto das contratações públicas, a necessidade de evitar avaliações de desempenho equivocadas e iludidas por um “inchaço” de desempenho certamente fará com que as modelagens contratuais precisem ser repensadas – sob pena de, no afã de se afastar dos limões, no

---

<sup>28</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, 2014.

<sup>29</sup> KLEIN, Vinícius. A Economia dos Contratos na Teoria Microeconômica: Uma análise a partir do realismo crítico. Curitiba. 2013. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. 2013.

sentido proposto por George Akerlof<sup>30</sup>, a Administração acabe incidindo na máxima proverbial de comprar gato por lebre.

---

<sup>30</sup> AKERLOF, G.A. *The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism. Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Gian Luigi et al. *Fostering participation in competitive procurement*. 2006. p. 14-15. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896739). Acesso em: 14/07/2021

AKERLOF, George. *The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism*. *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

BINENBOJM, Gustavo. *Contratos Administrativos de desempenho com remuneração variável e condicionada ao êxito: possibilidades e limites à luz da lei 8.666/1993*. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 12, p. 51-64, 2020.

BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel. *The economics of contracts and the renewal of economics*. In: ROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel (org.). *The economics of contracts: theories and applications*. Cambridge: University Press, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003.

BRASIL. LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FONSECA, G., VASCONCELLOS, J., ARAÚJO, T. O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 25-35, jan. 2018

FIUZA, Eduardo. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

KLEIN, Vinícius. *A Economia dos Contratos na Teoria Microeconômica: Uma análise a partir do realismo crítico*. Curitiba. 2013. Tese (Doutorado em Economia) – Programa

de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. 2013.

LAFFONT, J., and D. MARTIMORT, 2002, *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*, (New Jersey: Princeton University Press).

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, 2014.

Salanié, B. “*The Economics of Contracts*” Cambridge. : MIT Press. 2005.

NERI, Marcelo; XEREZ, Marcelo. *Aspectos Dinâmicos de um Sistema de Metas Sociais*. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Ensaio Econômico, n. 563, august, 2004.

VICKREY, William. *Conterspectualtion, Auctions and Competitive Sealed Tenders*. *Journal of Finance*, v. 16, Issue 1, p. 8-37, mar. 1961.