

DIREITO E ECONOMIA DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Law and Economics of amendments to government contracts

Ivo Musetti Ramos de Souza¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves considerações acerca do contrato administrativo; 3. Possíveis contribuições do direito e economia; 3.1. A incompletude do contrato administrativo e sua decorrente alteração; 3.2. *Public choice*: a realidade dos agentes públicos e o problema agente-principal; 3.3. Os custos de transação *ex post* do contrato administrativo; 3.3.1. Modelos de contratação pública e os custos de transação *ex post*; 3.4. A importância do arranjo institucional; 4. O arranjo legal aplicável à alteração do contrato administrativo; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

O Direito e Economia, ou *Law and Economics*, tem relevantes contribuições para diversas áreas do Direito. O desafio proposto neste artigo é aplicar algumas destas contribuições ao regime jurídico do contrato administrativo no Brasil, com vistas a identificar possíveis resultados práticos pertinentes. Dentro do grande tema das contratações públicas, o artigo foca a alteração do contrato administrativo típico da Lei de Licitações e Contratos.

Palavras-chave: Direito e Economia. Contrato administrativo. Alteração contratual.

ABSTRACT

Law and Economics has relevant contributions to several areas of law. The challenge proposed in this article is to apply these contributions to the legal framework of government contracts in Brazil, in order to identify possible relevant practical results. Within the great theme of public procurement, the article focuses on the amendment of the typical government contract of the Brazilian legal system.

Keywords: Law and Economics. Government contracts. Contract amendment.

1. INTRODUÇÃO

O objeto a ser analisado neste estudo é o contrato administrativo típico, conforme o tratado pela Lei nº 14.133/2021, substituta, mas ainda com forte influência, da Lei nº 8.666/1993. Assim, não se pretende focar em contratos administrativos atípicos, concessões e PPPs. Algumas das reflexões e conclusões contidas neste artigo, porém, podem ser eventualmente aproveitadas para essas outras espécies de contratações públicas, respeitadas suas peculiaridades. Os contratos de obras complexas ou de serviços de engenharia com maior duração e complexidade são os melhores exemplos do tipo de contrato sobre o qual este estudo se debruça.

¹ Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Advogado integrante dos quadros da administração pública indireta do Estado de São Paulo.

Artigo publicado em 2021² apontou que há pouca literatura no Brasil sobre Direito e Economia dos contratos públicos, comparando-se com o volume de publicações a respeito de tal tema na literatura internacional. Ademais, o mesmo artigo, com base em estudo empírico, aponta que o tema do Direito e Economia da alteração, ou renegociação, de contratos públicos é especialmente pouco abordado pelas publicações da academia brasileira.

Com a pretensão de analisar tal terreno aparentemente pouco explorado no Brasil, este artigo trata da dogmática jurídica a respeito da alteração do contrato administrativo e sua possível relação com o que o Direito e Economia (D&E)³ já produziu a respeito do tema “contratos”. Com vistas a tentar que tal cotejo teórico produza algum resultado prático, entendeu-se por bem restringir ainda mais o objeto de estudo, focando as alterações contratuais consensuais.

Se o Direito e Economia das alterações dos contratos administrativos é terreno pouco explorado no Brasil, o mesmo não se pode dizer dos debates acerca das alterações contratuais no âmbito estritamente jurídico. Ainda que alguns pontos acerca do tema tenham restado relativamente assentados na doutrina e na jurisprudência (sobretudo do Tribunal de Contas da União – TCU), é certo que a prática da execução dos contratos públicos no Brasil ainda se revela bastante tortuosa.

A título de exemplo, se o debate acerca dos limites para as chamadas alterações qualitativas do contato administrativo foi definido pelos requisitos elencados na Decisão do Plenário nº 215/1999 do TCU⁴, a experiência prática revela que

² LIBORIO, Matheus Pereira *et al.* A abordagem da análise econômica do direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/ealr/article/view/12054>. Acesso em: 9 out. 2021.

³ Cabe esclarecer, aqui, que optamos por utilizar ao longo do artigo o termo “Direito e Economia” (D&E), e não “Análise Econômica do Direito” (AED), por este segundo termo possuir identificação maior com linha de pensamento menos dialógica entre o Direito e a Economia. A pretensão deste estudo, assim, é tratar do tema proposto concomitantemente sob as óticas jurídica e econômica, evitando-se divisão na qual seria apresentado primeiramente o enfoque econômico, para somente então ser exposto o enfoque jurídico da questão. Embora não haja consenso quanto à exata acepção das nomenclaturas AED e D&E, a que adotamos é influenciada pela visão de Guido Calabresi, conforme exposto em: CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. Connecticut: Yale University Press, 2016.

⁴ São os seguintes os requisitos que o TCU definiu para permitir, em casos “excepcionalíssimos”, alterações qualitativas em contratos administrativos superiores ao limite legal; o volume e detalhamento que o TCU conferiu aos requisitos deixa claro como a matéria pode ser desafiadora diante de casos concretos:

I – Não acarretar para a administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II – Não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III – Decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV – Não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V – Ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma

a opção por um controle casuístico resulta em desafios diante das peculiaridades dos casos concretos⁵.

Eis que é possível citar julgado posterior do TCU que flexibiliza a hipótese dos casos “excepcionalíssimos” prevista na referida Decisão do Plenário nº 215/99. Trata-se do Acórdão 448/2011, que, ante características também “excepcionalíssimas” daquele caso concreto, deixou de invalidar termo aditivo de contrato administrativo, mesmo reconhecendo que este superou o limite legal de acréscimo no valor do contrato sem obedecer aos requisitos do precedente normativo de 1999.

Como se nota, o tema pode ser desafiador quando analisado sob a ótica do ferramental teórico apenas do Direito. Ainda, a pretensão de buscar contribuições fora da dogmática clássica do Direito Administrativo não pode ignorar que no próprio D&E há debates acerca de qual exatamente deve ser sua interação com o Direito.

Robert Cooter, em artigo publicado em 1981, ao analisar as principais obras disponíveis até então a respeito da interação entre Economia e Direito, concluiu que o Direito não seria reduzido a uma ciência, mas que haveria margem para a construção de uma ciência dentro do Direito baseada em conceitos fundamentais da economia, quais sejam: maximização, equilíbrio e eficiência⁶.

O autor, assim, já identificava que havia valores no Direito que não eram passíveis de captura pelo ferramental teórico, matemático e empírico da Economia,

de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI – Demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão nº 215/99**. Consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. Possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei 8.666/93, visando à utilização de nova tecnologia na execução das obras. Caso concreto. Considerações levantadas pelo Ministério Público junto ao TCU quanto à relevância da matéria para o interesse público. Comunicação. Arquivamento. Relator: Min. Adhemar Ghisi, 21 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/Plenario/DC-1999-000215-JAM-PL.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

Trata-se de decisão com caráter normativo, por se tratar de resposta a consulta, nos termos da do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/92.

⁵ Dois artigos de Carlos Ari Sunfeld sobre a alteração dos contratos administrativos bem exemplificam como o tema desperta debates na doutrina; são eles: SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./ mar. 2010.; SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos – distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, abr. 2005.

⁶ “Law will not be reduced to a science, but there is scope for building a science within law based upon fundamental concepts of economic explanation, namely maximization, equilibrium, and efficiency. The purpose of this science is to explicate the law”. COOTER, Robert D. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books. **UCLA L. Rev.**, v. 29, p. 1260-1269, 1981, p. 1269. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111675?v=pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

como justiça e dever. Isso não significa que não haja áreas do Direito que não poderiam ser bem representadas pelo ferramental econômico. Porém, há outras áreas nas quais essa representação será sempre incompleta⁷.

Os debates acadêmicos acerca de como exatamente deve se operar a interação entre Direito e Economia ainda não parecem ter apresentado uma resposta definitiva para essa questão. Certamente não é a pretensão deste artigo fazê-lo. Entretanto, manter em mente a existência dessa discussão teórica pode ser útil para evitar voluntarismo excessivo no cotejo de teorias que se pretende fazer.

Como se viu, as possíveis contribuições do D&E para o contratado administrativo, sobretudo quanto a sua alteração, são um terreno ainda pouco explorado. Contudo, cabe evitar a tentação de achar que dessas possíveis contribuições resultarão soluções simples para problemas antigos e complexos do Direito Administrativo.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O regime do contrato administrativo do Direito brasileiro é inspirado no modelo do Direito francês, no qual há órgão administrativo competente para julgar casos envolvendo contratos da administração pública, qual seja, o Conselho de Estado⁸. Ocorre que, não bastasse não existir no Brasil órgão com competência equivalente ao Conselho de Estado francês, também se adotou em nosso Direito a existência de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos de forma indistinta, em medida que não parece guardar equivalência com o sistema francês inspirador do modelo⁹.

⁷ “The strongest claim is that the law can be reduced to economics by substituting economic concepts for such traditional legal concepts as justice, right, duty, negligence, etc. The claim to reduce law to economics is similar to the claim in psychology that mind can be reduced to behavior.

[...]

The claim that law can be reduced to economics is too preposterous for anyone but an academic to contemplate. There may be some areas of law which can be explained by economics, but there are other areas of law in which economic explanations will always be incomplete”. *Ibid.*, p. 1265-1266.

⁸ Em grande medida responsável pela influência do Direito francês no Direito Administrativo brasileiro foi o Visconde do Uruguai, embora ainda com enfoque na defesa da dualidade de jurisdição: “O Direito administrativo, e sobretudo o contencioso, sómente pôde fundar-se e desenvolver-se em um paiz por meio de arestos e tradições, que formem o que se chama jurisprudência administrativa”. (SOUZA, Paulino José Soares de; DO URUGUAY, Visconde. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 267). Cabe destacar, também, a obra de Themístocles Brandão Cavalcanti no processo de trazer para o Brasil a influência francesa do Direito Administrativo, com as adaptações feitas pelo autor que até os dias atuais têm grandes reflexos: “O contrato administrativo, embora contenha os mesmos elementos intrínsecos, comuns a todos os contratos, obedece, entretanto, as razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato. Essas cláusulas, nem sempre expressas, são baseadas na supremacia do interesse público, que geralmente se identifica com a posição assumida pelo Estado no contrato”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967, p. 61.

⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 319.

Não são raras as críticas na doutrina especializada quanto ao fato de no Direito brasileiro as chamadas cláusulas exorbitantes estarem presentes em contratos administrativos com escopos diversos, nem sempre diretamente relacionados à prestação de serviços públicos. Essa característica do sistema de contratos administrativos no Brasil parece ser decorrente de “tratamento excessivamente dogmático a institutos trazidos do Direito administrativo francês, onde não foram concebidos para ser aplicados como dogmas imutáveis [...]”¹⁰.

Partindo-se desse brevíssimo diagnóstico histórico, é possível identificar, também, uma predileção da doutrina brasileira, quando trata do tema da alteração do contrato administrativo, pela análise das cláusulas exorbitantes e de uma possível consequência de sua aplicação, qual seja, a alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Os manuais de Direito Administrativo brasileiros costumam citar as cláusulas exorbitantes como a principal característica distintiva do contrato administrativo para o contrato privado, de modo que, sob essa perspectiva, esse tema seria central quando se trata de alterações contratuais.

Tratar de alterações de contratos administrativos sem o enfoque dos efeitos decorrentes das cláusulas exorbitantes pode parecer, assim, uma abordagem incompleta, que deixa de atentar para o que seria a principal característica do regime de contratações públicas no Brasil. Ocorre que não é a alteração unilateral a hipótese na qual este artigo se debruça. Isso decorre de três razões.

A primeira é que toda a literatura de D&E analisada não parte da premissa de alterações unilateralmente determinadas por uma das partes. Ainda que se possa cogitar que muito de tal teoria não seria afetada ao ser aplicada a alterações unilaterais, tal transposição não ocorreria sem o risco de gerar distorções.

A segunda razão decorre do fato de que as cláusulas exorbitantes em geral, onde se inclui o poder de alteração unilateral do contrato, a despeito de seu grande destaque na doutrina administrativista, em realidade, não parecem ter efeitos práticos com relevância proporcional ao espaço que ocupam nos debates teóricos¹¹.

Por fim, há uma terceira razão de caráter pragmático, pois, na realidade prática de contratos de engenharia com maior complexidade, uma vez garantida a manutenção do pagamento de BDI¹² nas medições do contrato, costuma ser de interesse da contratada aumentar o volume de serviços prestados no contrato¹³. Ou seja, se há

¹⁰ *Ibid.*, p. 229.

¹¹ CÂMARA, Jacintho Arruda; PARESI DE SOUZA, Ana Paula. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 185-208. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82011>. Acesso em: 7 jan. 2022.

¹² Benefícios e Despesas Indiretas, ou BDI, assim traduzidos pela literatura técnica do termo original em inglês (*Budget Difference Income*), é o componente dos preços praticados no mercado em que são incluídas as despesas indiretas e o lucro da contratada.

¹³ Diferente apenas é o caso de a administração exercer a faculdade unilateral de reduzir parcela do objeto do contrato, o que não costuma ser de interesse do contratado.

alteração contratual para aumento do valor do contrato, esta costuma ser realizada por meio de termo aditivo firmado por ambas as partes (alteração consensual), não havendo necessidade de a administração pública se valer de seus “poderes extroversos” para tanto.

Assim, a opção pelo recorte do objeto da análise do artigo considerou fatores teóricos e pragmáticos que apontam a relevância da alteração consensual do contrato administrativo, a despeito da menor atenção que o tema costuma receber da doutrina administrativista.

Cabe registrar, para finalizar estas breves considerações iniciais, que, como a hipótese a ser estudada é de alteração consensual do contrato, não parece ter relevância analisar aqui os efeitos de um elemento importante do contrato, qual seja, a matriz de risco.

3. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO E ECONOMIA

A teoria econômica relativa ao contrato conta com grande contribuição da escola da Nova Economia Institucional (NEI). Ocorre que tal teoria foi desenvolvida tendo como objeto, preponderantemente, contratos privados, em ordenamentos jurídicos notadamente ligados à tradição do *common law*. Assim, a pretensão de aplicar o ferramental dessa teoria ao regime jurídico da alteração dos contratos administrativos, em um sistema do *Civil Law*, necessariamente não pode deixar de atentar para eventuais incompatibilidades.

Como breve contextualização de Direito comparado, cabe ter em mente a maior tendência de intervenção por parte do Poder Judiciário nos termos do contrato no *Civil Law* do que no *Common Law*, segundo aponta pesquisa de Mariana Pargendler¹⁴. A autora destaca que se verifica a maior tendência no *Civil Law* de as Cortes intervirem nos contratos para protegerem as partes de uma negociação inicial que deixou de antever resultados inesperados decorrentes de novo cenário que se concretizou durante a execução do contrato¹⁵.

A constatação de que o *Civil Law* e o *Common Law* têm abordagens diferentes¹⁶ para lidar com negociações iniciais que eventualmente prejudicaram uma das partes

¹⁴ PARGENDLER, Mariana, The role of the state in contract law: the common-civil law divide (March 1, 2018). *Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018, p. 143-189. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2848886>. Acesso em: 5 jan. 2021.

¹⁵ “The general direction of the common-civil law divergence here is similar to that observed in other areas. Civil law courts are generally more willing than common law courts to rewrite or discharge contracts ex post if the parties did not expressly contemplate this result”. *Ibid.*, p. 161.

¹⁶ “At a high level of generality, civil law and common law can be viewed as embracing different strategies to mitigate the effects of harsh bargains. While the civil law relies more on standardization and judicial control of contract terms to ensure the fairness of the transaction, the common law instead limits the remedies available in the event of non-performance”. *Ibid.*, p. 179.

parece pertinente para o estudo ora proposto. Essa lógica presente no *Civil Law*, de maior intervenção no contrato, parece ser aplicada no Brasil com ainda mais reflexos concretos, quando são trazidos aos Poder Judiciário pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. Sinal disso é que não são raros os casos em que, estranhamente, a alegada origem do pleito de reequilíbrio são alterações consensuais do contrato.

A mesma autora também destaca como o *Civil Law* dá maior importância para o dever de boa-fé nos contratos do que o *Common Law*¹⁷, que, por sua vez, tende a se limitar ao teor expresso das cláusulas contratuais do que buscar aplicar juízo de valor ao comportamento efetivo das partes. Trata-se de mais uma característica dos sistemas jurídicos que indica maior deferência aos termos expressos do contrato no *Common Law* do que no *Civil Law*.

A litigiosidade e o intervencionismo na fase de execução do contrato são pontos importantes dentro do tema dos custos de transação dos contratos. Contribuições do D&E que apontem a redução desses custos não parecem ser inadequadas ao sistema brasileiro de *Civil Law*. Pelo contrário, não só são contribuições adequadas, como são bem-vindas em um sistema de contratações públicas no qual tais custos de transação são mais latentes.

3.1. A incompletude do contrato administrativo

Oliver Hart foi laureado com o Prêmio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel em 2016, junto com Bengt Holmström, pela sua contribuição para a teoria dos contratos¹⁸. Este tópico tratará especificamente da teoria de Hart a respeito da incompletude contratual e de como esta pode se relacionar com questões práticas do contrato administrativo.

Se o contrato for incompleto, é natural cogitar alterações durante sua fase de execução (*ex post*), conforme a realidade posterior à formalização da contratação se revelar diversa daquela imaginada inicialmente pelas partes. Embora isso possa parecer elementar, as contribuições de Hart podem revelar uma lógica diversa da que parece nortear o sistema jurídico de alteração dos contratos administrativos no Brasil.

De início, cabe entender do que decorre essa incompletude contratual. Uma das conclusões iniciais à qual chegou Hart é que, caso a racionalidade das partes contratantes fosse ilimitada, estas anteveriam todas as possíveis situações que afetam o

¹⁷ *Ibid.*, p. 150-153.

¹⁸ “Modern economies are held together by innumerable contracts. The new theoretical tools created by Hart and Holmström are valuable to the understanding of real-life contracts and institutions, as well as potential pitfalls in contract design”. NOBEL PRIZE OUTREACH AB. The Prize in Economic Sciences 2016 – Press release. [NobelPrize.org](https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/), 26 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

custo-benefício do contrato, e, portanto, desde o princípio, já incluiriam no texto original do contrato qualquer hipótese de futura renegociação. Como não é esse o caso, verificou Hart que “In order to understand *renegotiation as an equilibrium phenomenon*, it would seem therefore that we must *drop the assumption of unbounded rationality*”¹⁹.

Mas não somente abandonar a ideia de racionalidade ilimitada é fundamental para entender a importância da renegociação dos contratos. O contrato também é incompleto pois, ainda que as partes fossem dotadas de racionalidade ilimitada, os custos para se buscar elaborar contratos absolutamente completos não se justificariam.

De forma exagerada, mas como bom argumento, pode-se dizer que seria necessário construir de antemão uma obra pública completa antes de elaborar o respectivo contrato administrativo para antever todos os percalços que a execução contratual encontrará. E talvez nem assim se teria um contrato completo, pois obras executadas em momentos distintos estão sujeitas a contingências distintas.

Há um limite de custos quanto aos estudos que as partes estão dispostas a investir antes de firmarem um contrato (fase *ex ante*), sendo que todo contrato complexo e de execução diferida está sujeito a futuras alterações. No caso específico do contrato administrativo típico, embora a Lei nº 14.133/2021 tenha dado especial atenção para o tema do planejamento²⁰, nunca a administração pública poderá antever todas as eventuais hipóteses de alteração às quais o contrato estará sujeito.

Essa incompletude contratual está caracterizada de forma ainda mais evidente em contratos de concessão de serviço público, haja vista o longo prazo de duração que caracteriza essa modalidade de contratação²¹. Todavia, como já dito, não é este o foco deste artigo²².

Se a racionalidade limitada dos agentes econômicos resulta em contratos incompletos, passíveis de futuras renegociações para que o “equilíbrio” seja mantido, resta saber se é esta a lógica adotada pelo Direito brasileiro quanto ao contrato administrativo.

¹⁹ HART, Oliver. Incomplete contracts and control. *American Economic Review*, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022, grifo nosso.

²⁰ Além de referências em artigos diversos, o art. 5º da lei alçou o planejamento ao *status* de princípio.

²¹ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockman (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 371-388, p. 374.

²² Cabe registrar, apenas, que Oliver Hart tem estudos importantes quanto ao papel do governo na prestação de serviços públicos, ao analisar os *trade-offs* entre a privatização e a prestação do serviço público diretamente pelo Estado, partindo da base teórica do contrato incompleto: HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of government: theory and an application to prisons. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 112, n. 4, 1997, p. 1127-1161. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf. Acesso em: 26 ago. 2024.

Sabe-se que a quase unanimidade da doutrina brasileira identifica no art. 37, XXI²³, da Carta Magna a matriz constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Especificamente a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, assim, garantiria ao contratado pela administração pública a imutabilidade das condições econômicas solidificadas nos termos originais do contrato²⁴.

Todavia, ao cogitar a *incompletude como uma característica intrínseca de todo contrato*, é possível que a realidade da execução contratual não permita a garantia de não alteração de certas condições econômicas inicialmente definidas pelas partes. Marcos Nóbrega é um dos poucos autores de renome que já tratou dos contratos administrativos sob a perspectiva do Direito e Economia. Partindo também da ideia da incompletude contratual de Hart, observa o autor que a lei brasileira trata a repacutuação contratual como “uma anomalia e não como uma decorrência normal das mudanças, inclusive do mercado e da legislação”²⁵.

Não se está aqui a questionar a necessidade de que o contratante com a administração pública tenha garantida sua justa remuneração, proibido o enriquecimento ilícito da administração. Como se verá mais adiante, a garantia do cumprimento dos contratos é ponto importante para a Nova Economia Institucional. O que se pode questionar, no entanto, é se o texto constitucional de fato trata de equilíbrio econômico-financeiro, e como na prática deve-se operar a vedação ao enriquecimento ilícito das partes contratantes.

Destoando da posição quase unânime da doutrina, Gustavo Kaercher Loureiro entende que o trecho “mantidas as condições efetivas da proposta” da Constituição da República não contém o dever de reequilibrar o contrato com base nas

²³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

²⁴ Muitas vezes pleitos judiciais de reequilíbrio econômico-financeiro nem mesmo são pautados nos termos expressos do contrato, mas em projeções internas feitas pelo contratado da administração pública à época da licitação, sempre com fulcro na referida matriz constitucional.

²⁵ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 418-428. NÓBREGA Embora a observação tenha sido feita com maior ênfase pensando-se em contratos de Parceria Público Privada, o capítulo do qual o trecho foi extraído trata de forma bastante precisa de vários temas ligados ao D&E dos contratos administrativos em geral.

condições intactas da proposta durante todo o período de sua vigência, sendo que sua redação se limita a garantir o *pacta sunt servanda*²⁶.

Tal interpretação do texto constitucional, na mesma linha do trecho destacado de Marcos Nóbrega, parece refletir melhor as ideias de incompletude intrínseca dos contratos e de racionalidade limitada dos contratantes, pois melhor incorpora o fato de que poderão surgir ao longo da execução do contrato situações que demandarão renegociação. Nessas situações, uma matriz econômica inicialmente projetada pelas partes pode não mais ser adequada para fazer frente a tais situações.

Mesmo as alterações contratuais decorrentes da vontade das partes devem respeitar tal lógica. Isso porque, a título de exemplo, se as partes decidem alterar itens a serem fornecidos em um contrato de uma grande obra ou decidem alterar o cronograma de execução do projeto, é possível que o equilíbrio econômico-financeiro original não mais seja ajustável à nova realidade.

Tais reflexões têm efeitos práticos concretos na execução de contratos administrativos, pois não são raros os casos em que alterações bilaterais do contrato, pactuadas pelas partes por meio de termos aditivos, deságuam em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro. O contratado anui com as cláusulas de determinado termo aditivo, mas, posteriormente, busca perante o Poder Judiciário ou o Tribunal Arbitral novos pagamentos decorrentes exatamente do que se convencionou nos aditivos²⁷.

O exemplo típico talvez seja o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de prorrogações do prazo da execução de uma obra. O não cumprimento dos prazos originais relativos à execução de obras públicas complexas está longe de representar caso excepcional. Não raro, a prorrogação é pactuada por meio de termos aditivos, com ou sem inclusão de novos serviços. Muito comuns são os pleitos de reequilíbrio alegando que de tais prorrogações decorreram prejuízos quanto a despesas indiretas da contratada.

O fundamento jurídico principal de pleitos que decorrem de alterações consensuais, invariavelmente, é exatamente a suposta matriz constitucional do

²⁶ “Quanto à providência tomada, tudo o que o dispositivo exige é respeito aos termos da proposta, ou seja, *pacta sunt servanda*. Mas – e esse é o ponto fundamental – obrigação de respeito à proposta nada diz sobre o que ela (proposta) deverá conter, como deverá ser construída, sobre quais premissas se assenta e, sobretudo, **se e em face do que** deverá ser mantida a equação econômico-financeira original que dela deriva. Por outras palavras, **“manter a proposta”** – que é unicamente o que a Constituição exige – **não significa “manter ao longo de todo o tempo do contrato, e sob qualquer circunstância, a equação econômico-financeira original que decorre da proposta”**. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p 99, grifo do autor. Novamente aqui, o autor referia-se especificamente a contratos de PPP em seu artigo, mas entendemos que a lógica pode também ser aplicada a contratos administrativos outros, com objeto de maior complexidade e de maior duração.

²⁷ Em determinados casos concretos, tal comportamento dos contratantes, que visam maximizar sua renda com base em comportamento oportunista, valendo-se de *falhas de governo*, poderia ser classificado como *rent-seeking*. *Falhas de governo* e *rent-seeking* são conceitos importantes tratados pela Economia, mas sua abordagem mais detida neste artigo escaparia dos limites do recorte proposto.

reequilíbrio econômico-financeiro. Tal matriz, assim, garantiria ao particular contratado pela administração pública, a despeito de ter anuído com as alterações do contrato, direito posterior a ser indenizado com base nas projeções econômicas que supostamente constaram de sua proposta original.

Mais complicado ainda é o caso das alterações contratuais não formalizadas por termos aditivos, lamentavelmente, muito comuns ainda na realidade dos contratos administrativos no Brasil. Mesmo quando tais alterações não decorrem de poder exorbitante da administração, anuindo o contratado com novos serviços ou novos insumos a serem fornecidos, é muito comum que “não haja tempo hábil” para formalização via termo aditivo²⁸.

Esse péssimo hábito da realidade dos contratos públicos no Brasil acaba resultando, também, em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, em que o particular contratado pretende não somente impedir o enriquecimento ilícito da administração pública, mas, também, ser indenizado com base em alguma lógica presente nas condições originais da contratação.

Há diferença entre: (i) a administração pagar pela despesa efetiva do item fornecido sem previsão contratual, para que não enriqueça ilicitamente; e (ii) a administração remunerar aquele item ou serviço, “com base nas condições originais da proposta”, ou seja, com o lucro embutido. A segunda hipótese configura forte incentivo para serviços prestados sem cobertura contratual.

A renegociação ao longo do contrato (*ex post*), após as partes já terem definido que este deve ser alterado por determinado motivo, não mais sofre da assimetria de informação que resultou no contrato inicialmente incompleto. A situação é outra: as partes têm agora condições de repactuar as bases econômicas segundo a nova realidade que se concretizou²⁹.

Se a situação jurídica e econômica em que a renegociação se dá é diferente daquela que existia inicialmente, não há sentido em tentar, sempre, aplicar uma suposta lógica da condição inicial da proposta. Há, porém, uma exceção a essa lógica.

Se de um lado o particular pode, por exemplo, aceitar prorrogar o contrato para seguir auferindo pagamentos da administração onde está embutido seu BDI,

²⁸ O art. 132 da Lei nº 14.133/2021 prevê que “A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês”. Não parece haver razões para crer que tal dispositivo alterará a realidade de serviços executados sem previsão contratual; afinal, tal hipótese sempre foi vedada, sendo que o novo artigo apenas previu prazo (curto) para a posterior regularização.

²⁹ “First, the formal models in Grossman and Hart (1986) and Hart and Moore (1990) take the view that *ex post* renegotiation of an incomplete contract occurs under conditions of symmetric information — both parties can see what has been left out of the contract — and that, given that there are no wealth constraints, the bargaining proceeds efficiently, as in Coase (1960)”. HART, Oliver. Incomplete contracts and control. *American Economic Review*, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022.

com o *trade-off* de suportar eventuais despesas indiretas decorrentes da prorrogação de prazo, da mesma liberdade não goza a administração pública.

A única condição original existente à época da assinatura do contrato que não deveria ser alterada em contratos administrativos é a taxa de desconto entre o valor da proposta e o valor referencial da licitação³⁰. Quanto a esta, as partes deveriam estar sempre vinculadas, sob pena de se desvirtuar a vantagem obtida na licitação; salvo se a alteração for em benefício da administração. Desrespeitar essa regra, assim, seria tornar a licitação mero jogo de aparências.

E, antes que se cogite que há aqui uma contradição, aplicando a lógica econômica para apenas uma das partes, ao mesmo tempo que pretende “congelar” uma condição original do contrato para outra, há, também, fundamentos advindos do D&E que sustentam tal posição, a serem abordados a seguir. Ademais, a despeito das – em boa parte – pertinentes críticas da doutrina administrativista contemporânea ao clássico conceito da *indisponibilidade do interesse público*³¹, quanto a essa hipótese específica há pertinência para sua aplicação.

3.2. *Public Choice: a realidade dos agentes públicos e o problema agente-principal*

A *Public Choice* é considerada uma linha de pensamento da Economia que analisa o comportamento da própria administração pública em sentido lato, e, em especial, analisa o comportamento dos agentes em relação a esta³². Se o contrato administrativo tem alguma grande diferença em relação ao contrato privado, foi esta escola a que melhor analisou esse fenômeno sob o prisma da Economia.

Isso porque a *Public Choice* considera que o mesmo agente racional, movido pelo autointeresse, que atua no mercado privado, porta-se sob a mesma lógica quando está imbuído de tomar decisões na administração pública. Essa presunção é fundamental, visto que, da mesma forma que um consumidor visa maximizar a utilidade de um produto que consome, ou uma empresa visa maximizar o lucro, agentes públicos tendem a maximizar seu bem-estar pessoal³³.

³⁰ Conforme prevê o art. 128 da Lei nº 14.133/2021, positivando o que já constava há muito da jurisprudência do TCU.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³² “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”. MCCHESENEY, Fred S.; SHUGHART II, William F. **The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1995, p. 3.

³³ “The model of public choice insists that the same rational, self-interest-seeking motives that animate human action in ordinary markets be applied to decision making in the public sector as well. The assumption that all individuals, in or out of government, pursue their own self-interests is the fundamental tenet of public choice. Just as consumers want to maximize their utility and firms want to maximize their profits, public policy makers want to maximize their own welfare”. *Ibid.*, p. 9.

Ao reconhecer que os gestores públicos respondem aos mesmos incentivos e têm os mesmos objetivos que os agentes que atuam no mercado privado, passa-se a ter uma *visão realista de como uma estrutura burocrática realmente funciona*³⁴. Essa contribuição é muito valiosa, pois impede que se desperdice energia no falso debate doutrinário a respeito de uma suposta “exagerada desconfiança quanto ao gestor público”.

É fato que há forte tendência na doutrina administrativista contemporânea de sair em defesa do gestor público injustamente acossado pelo controle externo da administração. Não se nega que a experiência prática revela que excessos pelo sistema de controle externo da administração podem acabar afastando os bons gestores, não dispostos a arriscar seu patrimônio pessoal por decisões equivocadas de boa-fé que venham a tomar no exercício de suas funções. É o que se convencionou chamar de “apagão das canetas”, quanto ao gestor público que não foi afastado da administração pelo medo, mas deixa de atuar devidamente em razão dele.

Eis que o gestor público está sujeito a incorrer em determinadas condutas de cunho oportunista³⁵, e o regime legal que trata de sua atividade deve conter ferramentas para lidar com essa realidade. Isso não significa que se está a efetuar qualquer pré-julgamento a respeito do caráter do gestor público, mas se está apenas desenhando arranjo que não ignore o que há muito é tratado com relativo consenso pela teoria econômica a respeito do comportamento humano.

Cabe algum cuidado com o voluntarismo contemporâneo de grande parte da doutrina ao sair em defesa do gestor público, o que acaba por resultar em redução de *accountability* deste na lei e na jurisprudência. Algumas das alterações efetuadas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro³⁶ são a concretização desse movimento. O mesmo se pode dizer, com ainda mais evidência, quanto às alterações sofridas pela Lei de Improbidade Administrativa³⁷.

Para que fique claro, não se está a defender a responsabilização ilimitada e exagerada do gestor público. Todavia, o debate parece ter tomado rumo apaixonado na doutrina, em movimento pendular oposto ao que seria o “punitivismo exagerado” – a contribuição do D&E aqui é exatamente para demonstrar que a melhor visão é a impessoal e objetiva, decorrente do racional econômico.

Nesta linha, outro conceito econômico importante aplicável à gestão pública, ou às contratações públicas, é o chamado Problema Agente-Principal, segundo o qual a assimetria informacional entre representante (agente) e seu representado (principal) dificulta a fiscalização deste quanto às atividades que aquele exerce em seu nome.

³⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. **The Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, p. 341-368, 1988, p. 344.

³⁵ Na acepção econômica do termo.

³⁶ Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as alterações da Lei nº 13.655/2018.

³⁷ Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021.

Segundo identificaram Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon Brady, ao tratarem do Problema Agente-Principal, este é muito mais grave quando se trata de agentes políticos do que o verificado no mercado privado³⁸. Os autores alertam para o fato de que o agente público, em especial o político eleito, tem poucos incentivos para buscar políticas públicas que atendam efetivamente aos anseios de um número grande e indefinido de eleitores. Isso porque o eleitor sabe que seu voto, na prática, é diluído em um enorme número de outros votos, o que lhe gera poucos incentivos para investir energia e recursos em diminuir a assimetria de informação entre ele e seu representante político.

De outra forma dito, é possível pensar que, embora o cidadão sinta “na pele” os efeitos danosos de políticas públicas desastrosas, pessoalmente ele tem poucos incentivos para investir sua energia para alterar esse cenário, diante do pouco alcance que seu esforço individual terá no meio político. A mesma lógica se aplica ao universo da contratação pública. A assimetria de informação entre o gestor do contrato público e o pagador de impostos é muito grande para o Direito deixar de buscar ferramentas eficientes para evitar o potencial comportamento oportunista decorrente do Problema Agente-Principal.

3.3. Os custos de transação *ex post* do contrato administrativo

Diante das prováveis alterações que contratos administrativos de maior complexidade sofrerão, não se perdendo de vista que os gestores públicos responsáveis não podem gozar da mesma autonomia de vontade que os contratantes no mercado privado, o desafio parece ser buscar o ponto ótimo para o *trade-off* entre controle e execução eficiente.

Neste ponto, o tema de Direito e Economia que pode conferir importantes contribuições é o estudo dos custos de transação nos contratos. Ronald Coase, mais um Nobel em Economia a ser aqui citado, publicou em 1960 artigo cujo escopo é questionar o tratamento que a Economia e o Direito davam para a questão das externalidades negativas resultantes da produção de bens e serviços³⁹.

Em suma, Coase, ao longo do artigo, foi apontando como as soluções que vinham sendo adotadas eram problemáticas, como a taxação com base no volume de externalidades produzidas (e. g., do volume de poluição)⁴⁰, a regulação governamental⁴¹,

³⁸ “Unfortunately, in the case of politics the information problem is much worse than it is in the market”. TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government failure: a primer in public choice**. 2. ed. Washington, D.C.: Cato Institute, 2005, p. 5-7.

³⁹ COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 41-42.

⁴¹ *Ibid.*, p. 17-18.

a visão econômica predominante⁴², os julgamentos pelo Poder Judiciário⁴³ e eventuais leis que definiam atividades que não deviam indenizar terceiros pelas externalidades que geravam⁴⁴.

Ao longo de todo o referido artigo, Coase se vale da lógica de que a alocação inicial de responsabilidades debatida em todas as esferas suprarreferidas não é o ponto fundamental a ser considerado, pois, em um cenário ideal sem custos de transação, as partes tendem a negociar a solução mais eficiente para lidar com a externalidade que atinge uma delas.

Essa lógica central do argumento do artigo passou a ser chamada de Teorema de Coase⁴⁵, tendo sido, então, sumarizada por outros autores com formulação normativa no seguinte sentido: a lei deve reduzir os custos de transação⁴⁶, de modo a permitir que a negociação entre particulares⁴⁷ resulte na alocação eficiente de recursos.

Uma vez que o teorema considera um cenário de livre negociação entre agentes privados, sem considerar, ainda, eventual caráter normativo do que seria a solução que melhor atende a um ideal de justiça, aplicam-se aqui os questionamentos acerca da compatibilidade dessa teoria ao contrato administrativo expostos no tópico anterior.

Coase forneceu a base teórica inovadora a respeito da importância de atentar para os custos de transação e como estes afetam o resultado das interações entre

⁴² “How is it that the Pigovian analysis seems to give the wrong answer? The reason is that Pigou does not seem to have noticed that his analysis is dealing with an entirely different question. The analysis as such is correct. But it is quite illegitimate for Pigou to draw the particular conclusion he does. [...] When an economist is comparing alternative social arrangements, the proper procedure is to compare the total social product yielded by these different arrangements. The comparison of private and social products is neither here nor there”. *Ibid.*, p. 34.

⁴³ “The courts do not always refer very clearly to the economic problem posed by the cases brought before them but it seems probable that in the interpretation of words and phrases like ‘reasonable’ or ‘common or ordinary use’ there is some recognition, perhaps largely unconscious and certainly not very explicit, of the economic aspects of the questions at issue”. *Ibid.*, p. 22.

⁴⁴ *Ibid.*, 24-28.

⁴⁵ Robert Cooter faz a seguinte observação sobre o Teorema de Coase, apresentando sua interpretação: “Coase gave his name to a fundamental theorem on externalities and tort law, but he left to others the job of stating exactly what the theorem says. The basic idea of the theorem is that the structure of the law which assigns property rights and liability does not matter so long as transaction costs are nil; bargaining will result in an efficient outcome no matter who bears the burden of liability. The conclusion may be drawn that the structure of law should be chosen so that transaction costs are minimized, because this will conserve resources used up by the bargaining process and also promote efficient outcomes in the bargaining itself”. COOTER, Robert D. The cost of coase. **The Journal of Legal Studies**, v. XI, jan. 1982, p. 14. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111816/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁶ “When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights”. COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. *E-book*. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 85.

⁴⁷ “Structure the law so as to remove the impediments to private agreements”. *Ibid.*, p. 92.

agentes privados. Em continuidade ao pensamento de Coase, cabia, ainda, especificar quais exatamente seriam esses custos de transação no mundo real e como poderiam ser mitigados.

Considerado integrante da escola da Nova Economia Institucional, Oliver Williamson entende o estudo de Coase como mais focado no aspecto do direito de propriedade dos custos de transação e como esses direitos são importantes para alinhar corretamente os incentivos na fase *ex ante* do contrato⁴⁸.

Assim, nos estudos de Williamson, em continuidade e partindo das premissas de Coase, a Economia dos Custos de Transação⁴⁹ passa a prestar mais atenção na fase *ex post* dos contratos. Em especial, Williamson demonstrou a importância e os efeitos de mecanismos de governança corporativa (ou *private ordering*) e sua relação com a estruturação de empresas (Teoria da Firma), podendo ser destacados como elementos principais de sua visão do contrato: (i) a racionalidade limitada e o comportamento oportunista dos agentes; em um contexto de (ii) complexidade do contrato; resultando na necessidade de (iii) renegociação ao longo da execução deste; com (iv) mecanismos de controle ou governança⁵⁰.

Quanto à governança corporativa, no contexto das contratações públicas, uma adaptação deve ser feita, pois parece lógico considerar que os mecanismos de controle na esfera pública devem necessariamente incluir o controle externo, o que, a rigor, não se adequaria ao conceito de governança corporativa⁵¹.

Mantendo-se em mente a ideia original presente no Teorema de Coase a respeito do efeito que custos de transação geram em negociações entre os agentes, vale citar analogia de Williamson, segundo a qual os custos de transação estão para a Economia assim como o atrito está para um sistema mecânico⁵².

⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 26-27.

⁴⁹ Ou TCE (*Transaction Cost Economics*), como é muito referida na literatura econômica.

⁵⁰ “Transaction cost economics maintains that it is impossible to concentrate all of the relevant bargaining action at the *ex ante* contracting stage. Instead, bargaining is pervasive – on which account the institutions of private order and the study of contracting in its entirety take on critical economic significance. The behavioral attributes of human agents, whereby conditions of bounded rationality and opportunism are joined, and the complex attributes of transactions (with special reference to the condition of asset specificity) are responsible for that condition” WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 29, grifo do autor.

⁵¹ Cabe, ainda, outra adaptação, que é considerar que o comportamento oportunista na esfera pública, diferentemente do considerado por Williamson, potencialmente inclui, com maior frequência, sem a ressalva limitadora feita pelo autor, “lying, stealing, and cheating”. Nas palavras do autor: “By opportunism i mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit”. WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 47.

⁵² *Id.* The economics of organization: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, 1981, p. 548-577.

3.3.1. Modelos de contratação pública e os custos de transação *ex post*

Passando-se para as contribuições da Economia mais específicas quanto a contratações públicas, parecem ser muito pertinentes algumas das conclusões de Patrick Bajari e Steven Tadelis em artigo intitulado “Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts”⁵³. Constataram os autores que a literatura econômica⁵⁴ que tratou das contratações públicas, notadamente com viés normativo, e não positivo, focou-se na seleção adversa decorrente da assimetria de informação *ex ante* e no risco moral decorrente do possível comportamento oportunista *ex post* das partes.

Assim, a proposta de tal artigo foi investigar quais os tipos de contrato mais adequados para as contratações públicas de obras, considerando-se os dois modelos de contratos amplamente utilizados na experiência prática norte-americana: o *fixed-price* (FP), no qual a contratação é feita com base em preço predefinido para a entrega do objeto; e o *cost-plus* (C+), no qual não há preço previamente definido, e o contratado é reembolsado conforme comprova gastos no contrato, com acréscimo de taxa de remuneração⁵⁵.

Na mesma linha da literatura clássica econômica a respeito do tema, os autores do artigo identificam que o contrato *fixed-price* é mais adequado para obras nas quais se pode desenvolver anteriormente um projeto com maior grau de acuidade. Isso porque, dado o preço fixo inicial, poucas alterações de projeto são esperadas, tendo o contratado incentivos para buscar ganhos de eficiência durante a execução do contrato.

Já o contrato *cost-plus* é mais adequado para obra complexas, em que não se pode estimar previamente as quantidades que serão utilizadas e as soluções construtivas. Nessa modalidade, as alterações do contrato ocorrem com baixo conflito e menores custos de transação outros entre as partes, pois a remuneração do contratado vai sendo naturalmente ajustada às alterações. Porém, nessa espécie de contrato, a contratada tem poucos incentivos para buscar ganhos de eficiência durante a execução, pois ela não se beneficia destes, uma vez que a remuneração é pautada em suas despesas efetivas acrescidas de lucro fixo.

A contratação pelo modelo *cost-plus* como o tratado no artigo não tem boa correspondente na legislação brasileira de contratos administrativos, dada a característica de seu preço inicial aberto. Mesmo a modalidade existente na lei brasileira

⁵³ BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. *RAND Journal of Economics*, v. 32, n. 3, 2001, p. 387-407.

⁵⁴ Sobre este ponto, ver: LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

⁵⁵ “In fixed-price contracts, the buyer offers the seller a prespecified price for completing the project. A cost-plus contract does not specify a price, but rather reimburses the contractor for costs plus a stipulated fee.” *Ibid.*, p 388.

de empreitada por preço unitário se opera de outra forma, pois desde a licitação há um preço referencial considerado tanto para o julgamento das propostas na fase de contratação como para a aferição dos limites de posterior alteração.

Ao efetuar a modelagem matemática de cenários de renegociação em contratos com maior grau de complexidade, em determinado ponto, os autores do artigo identificam que a formatação ótima de contratações desta natureza é o modelo *fixed-price ex ante*, que é convertido para o modelo *cost-plus* em caso de alterações no projeto da obra na fase *ex post*⁵⁶.

Pode-se dizer que é exatamente esta a lógica adotada em grande parte das obras públicas no Brasil. A licitação é feita com base em preço fixo, ainda que seja também considerado critério de melhor técnica para a seleção ou, ainda, que se trate de empreitada por preço unitário. Posteriormente, por alteração consensual ou por meio de reequilíbrio econômico-financeiro litigioso decorrente de alterações consensuais, a lógica que passa a ser seguida é a do *cost-plus*.

Ou seja, no momento em que o projeto original sofre alterações, a contratada passa a ser remunerada por valor diverso do originalmente contratado, com base nos novos gastos efetivos acrescidos de BDI, seja pelo que foi definido nos termos aditivos, seja pelo que foi definido na decisão arbitral ou judicial posterior que julga o pleito de reequilíbrio.

Mas há um detalhe: esse cenário de alteração *ex post* para o modelo *cost-plus* diante das alterações de projeto se dá até determinado ponto. Isso porque há limites legais para o aumento de valor do contrato decorrente de alterações no projeto. Assim, o contratado sabe que só será remunerado por alterações até certo limite legal e que, caso siga anuindo com serviços prestados acima desse limite, muito provavelmente terá de buscar a via judicial ou arbitral para ser remunerado “via indenização”⁵⁷.

Como visto, o tema dos limites legais para a alteração do contrato administrativo é ponto-chave, pois é exatamente este que impede que seja adotada o que o referido estudo identificou como a formatação ótima do contrato, qual seja, a contratação pelo modelo *fixed-price*, com posterior alteração para *cost-plus* diante da eventual necessidade de alteração do projeto.

⁵⁶ “Second, after renegotiation the parties continue with the same type of contract they began with, either FP or C+. This implicitly assumes that the parties can’t measure total cost after renegotiation accurately unless they chose a C+ contract ex ante. If we allow for such shifts at the renegotiation stage from a FP to a C+ contract, then the optimal contract is to start with FP and renegotiate to C+, which reduces incentives (through the seller’s correct foresight of renegotiation) but eliminates renegotiation costs”. LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLÉ, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993, p. 396.

⁵⁷ Cabe aqui registrar que não se está legitimando ou considerando que essa forma de “pagamento via indenização” seja adequada às normas aplicáveis ao contrato administrativo. A constatação aqui busca apenas lidar com o que parece ser prática não rara em contratações públicas no Brasil, a depender da estrutura e dos posicionamentos adotados pelo sistema de controle externo ao qual está submetida aquela contratação.

Em um estudo posterior de coautoria também de Steven Tadelis e Patrick Bajari, com base empírica em análise de contratos públicos de pavimentação de rodovias, novamente se fez a ressalva de que a maioria da literatura econômica existente em contratação pública é focada em desenhar o contrato ou a licitação de forma a minimizar o risco moral decorrente de ganhos com a assimetria de informação *ex ante*. Eis que os dados analisados em tal estudo apontam a necessidade de atentar, em especial, para a limitação de gastos *ex post* da contratação pública⁵⁸.

Tais “custos de adaptação” representam os custos de transação tratados na literatura clássica de D&E dos contratos. Diante dos achados do referido estudo, uma primeira medida compensatória nele sugerida para reduzir os custos que são repassados ao pagador de impostos poderia ser, a depender ainda de confirmação empírica, aumentar esforços técnicos na elaboração dos projetos⁵⁹.

A conclusão do referido estudo identifica como é problemática a renegociação em contratos públicos, pois maior discricionariedade para o gestor público aumenta o risco de favorecimento indevido e corrupção. A seleção de contratados com base em critério objetivo de preço reduz tal risco, sendo que o ponto importante passa, então, a ser a criação de um mecanismo que reduza, ao mesmo tempo, os custos de renegociação *ex post* e o risco de corrupção em tal fase. Os autores apontam que essa questão não vem sendo explorada na literatura teórica existente e que buscar desenvolver tal mecanismo pode promover a maior eficiência nas contratações públicas⁶⁰.

⁵⁸ “Taken literally, in this industry, our analysis suggests that a perhaps more important problem is to limit adaptation costs”. BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, p. 41, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁵⁹ “[...] hence the taxpayer, is ultimately responsible for expected adaptation costs on the project as they are directly passed on from the bidders. Since the source of these costs is the incompleteness of project design and specifications, one policy implication is to consider increasing the costs and efforts put in to estimating and specifying projects before they are let out for bidding. Clearly, our estimates do not allow us to speculate on the costs and benefits of adding more engineering efforts *ex ante*. However, since the magnitude of our adaptation costs sizeable, there may be room to consider some experimentation with more careful and costly design efforts, and to carefully examine the results of any such added effort in *ex ante* engineering.” BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, p. 40, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁶⁰ “In the public sector, the use of negotiated contracts is problematic. Allowing for greater discretion in contractor selection increases the possibility for favoritism, kick backs and political corruption. The competitive bidding system is less prone to corruption since it allows for free entry by qualified bidders and there is an objective criteria for selecting the winning bidder. An important policy issue is whether it is possible to construct a mechanism that minimizes the *ex post* cost of making changes and the potential for corruption. To the best of our knowledge, this question has not been explored in the existing theoretical literature. Our research suggests that developing such a mechanism could improve efficiency in public sector procurement”. *Ibid.*, p. 41.

3.4. A importância do arranjo institucional

Enquanto Williamson e Coase focaram seu trabalho, grosso modo, em direitos de propriedade e contratos, a contribuição de Douglass North para a Nova Economia Institucional está mais ligada ao próprio nome da corrente de pensamento, uma vez que analisa o ambiente institucional e suas consequências econômicas. North apontou que, se os custos de transação são elevados, instituições políticas e econômicas são importantes para gerarem um cenário mais favorável ao desenvolvimento econômico⁶¹.

Assim, dois conceitos importantes para entender a visão de North são “Instituições”⁶² e “Organizações”⁶³. Seria uma simplificação temerária afirmar que North tratou com especificidade do tema “contratos” da mesma forma que os autores do D&E anteriormente citados. Para North, o fenômeno do contrato tem um papel mais amplo em seu estudo, sendo um ótimo objeto de análise a respeito do funcionamento das trocas no mercado, da organização das empresas e de outras formas mais complexas de acordos⁶⁴. Mas há pontuais passagens da obra de North que dialogam bem com o que foi tratado até aqui.

Dada a importância do autor para a Nova Economia Institucional, cabe a breve referência à obra deste que conclui o grupo de autores laureados com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel citados neste artigo. Seguindo-se pelo gancho do tema tratado no tópico anterior, uma das principais variáveis que afeta os custos de transação, segundo North, é a garantia de que o contrato será cumprido (*enforcement*).

⁶¹ “It was Ronald Coase who pointed out that the neoclassical results of efficient markets obtain only in the absence of transaction costs. When transaction costs are significant, then institutions matter. A set of political and economic institutions that provide low-cost transacting makes possible the efficient factor and product markets underlying economic growth”. NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 6.

⁶² “Institutions consist of formal rules, informal constraints (norms of behavior, conventions, and self-imposed codes of conduct), and the enforcement characteristics of both. In short, they consist of the structure that humans impose on their dealings with each other”. *Ibid.*, p. 9.

⁶³ “If institutions are the rules of the game, organizations are the players. Organizations consist of groups of individuals engaged in purposive activity. The constraints imposed by the institutional framework (together with the other standard constraints of economics) define the opportunity set and therefore the kind of organizations that will come into existence”. *Ibid.*, p. 10.

⁶⁴ “Contracts provide not only an explicit framework within which to derive empirical evidence about the forms of organization (and hence are the basic empirical source for testing hypothesis about organizations), but also clues with respect to the way by which the parties to an exchange will structure more complex forms of organization. That is, the contracts will reflect different ways to facilitate exchange, whether through firms, franchising, or other more complex forms of agreement that extend in a continuum from straightforward market exchange to vertically integrated exchange”. NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 53.

Para garantir a correta execução dos contratos, o terceiro que cumprirá esse papel é uma peça-chave no arranjo institucional⁶⁵. North observa que não existe um cenário onde este terceiro é absolutamente imparcial e sem custos para os contratantes. Em um mundo hipotético onde este terceiro sempre resolve corretamente as disputas entre contratantes, atitudes puramente oportunistas e de má-fé nunca compensariam. Não sendo essa a realidade, a criação de mecanismos imparciais e eficientes de resolução de conflitos entre contratantes é ponto-chave para o *enforcement* de contratos complexos, o que, por sua vez, é também fundamental para o desenvolvimento econômico⁶⁶.

Diante da existência de custos de transação no mundo real, em especial nas contratações públicas, o desafio é, então, o desenho do sistema legal e judicial que garantirá tal cumprimento.

Como última contribuição de North a respeito dos contratos aqui citados, cabe verificar que o autor identificou que, em países em desenvolvimento, o custo de se garantir que o contrato seja cumprido decorre tanto da “ambiguidade da doutrina legal” (o que para ele é um custo de transação relacionado à dificuldade de se estimar algo, ou *measurement cost*) quanto de eventuais desvios no comportamento do julgador⁶⁷.

Mesmo sem preocupação específica com a funcionamento interno de uma relação contratual entre duas partes que não integram uma mesma organização, cabe destacar como pontos importantes da obra de North referidos neste breve tópico: (i) se há custos de transação, instituições são importantes para lidar com essa realidade; (ii) a garantia do cumprimento dos contratos é um desses custos de transação; assim, são fundamentais (iii) a evolução de sistemas legais com a existência de um terceiro que garantirá o cumprimento de contratos; e (iv) a redução da insegurança jurídica.

4. O ARRANJO LEGAL APLICÁVEL À ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A hipótese de liberdade de negociação entre as partes e de ausência de custos de transação parece estar longe da realidade dos contratos públicos, que têm custos

⁶⁵ O Recurso Especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6) tratou da função institucional do contrato e da questão dos custos de transação nas relações contratuais sob a ótica do Direito e Economia.

⁶⁶ “In a world of perfect enforcement, there would be a third party impartially (and costlessly) evaluating disputes and awarding compensation to the injured party when contracts are violated. In such a world opportunism, shirking, and cheating would never pay. But such a world does not exist. Indeed, the difficulty of creating a relatively impartial judicial system that enforces agreements has been a critical stumbling block in the path of economic development. In the Western world, the evolution of courts, legal systems, and a relatively impartial system of judicial enforcement has played a major role in permitting the development of a complex system of contracting that can extend over time and space, an essential requirement for economic specialization”. NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 8.

⁶⁷ *Id.*, 1990, p. 59.

decorrentes: da elaboração de termos de referência, da contratação por licitação, da burocracia documental em geral, da fiscalização, de eventuais litígios; entre outros. Muitos desses custos, assim, decorrem das normas jurídicas aplicáveis a essa espécie de contratação e da forma como cortes (de contas, judiciais e arbitrais) interpretam e aplicam essas normas.

O desafio do aprimoramento desse arranjo pela lógica do D&E, porém, não deve resultar na busca por um regime de contratações públicas em que as partes gozem da mesma liberdade que há na esfera privada. Se, necessariamente, o contrato administrativo deve estar sujeito a regramentos diversos, de maior ou menor densidade, o cenário hipotético do Teorema de Coase está mais distante deste do que das contratações privadas. Ainda, como também alertou Coase no mesmo artigo do qual foi extraído o teorema que leva seu nome, qualquer pretensão de se alterar um arranjo resultará em *trade-offs*, bem como em custos de transação decorrentes da própria migração de sistemas, sendo fundamental manter em vista o efeito total resultante⁶⁸.

Assim, focando-se na questão da alteração do contrato administrativo, a lógica que resta ser aplicada da teoria do D&E aqui analisada parece ser a busca pela redução dos custos de transação *ex post*, tanto ao desenhar o sistema normativo que regerá a alteração contratual como na atuação dos agentes públicos e privados que aplicarão e interpretarão esse regime legal. Ainda, quanto à atuação específica dos agentes públicos, a redução dos custos de transação não pode perder de vista o que se sabe a respeito da forma como estes tendem a se portar diante da busca racional pela maximização de benefícios.

O arranjo atual pode ser aprimorado, sem perder de vista a existência de seus pontos positivos⁶⁹. Em tópicos anteriores, este artigo já fez referência a dois pontos

⁶⁸ “It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960, p. 44.

⁶⁹ Como ponto positivo a ser destacado no arranjo atual, cabe referência à previsão na Lei nº 14.133/2021 quanto à contratação integrada, pois o regime não mais está restrito a leis específicas. Essa modalidade de contratação impede o comportamento oportunista da contratada que pretenda alegar a necessidade de alteração no contrato por suposta falha de projeto. Todavia, a possibilidade de alteração prevista no inciso II do art. 133, “para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração”, incorre nos mesmos riscos da contratação pelas modalidades tradicionais. A lei prevê, para esse caso, o respeito ao limite percentual do art. 125.

Além disso, na contratação integrada há elevado risco de seleção adversa, pois a administração está contratando projeto detalhado desenvolvido pela mesma contratada que o executará, ou seja, não há incentivo para que o projeto seja pautado em redução de custos; pelo contrário, há elevado risco de redução de qualidade. Dada a complexidade do projeto, a justificar a forma de contratação escolhida, é certo que a assimetria de informação *ex ante* é elevada.

específicos da alteração do contrato administrativo que parecem ser problemáticos. Um deles é a aplicação que se costuma fazer do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro às alterações consensuais, o que parece ser uma visão distorcida do nosso Direito a respeito do tema da incompletude contratual tratado no D&E. O outro ponto é a questão de os limites para as partes alterarem o contrato, que impede o que seria um modelo ideal de ampla renegociação *ex post*.

Ambos os pontos estão ligados. O arranjo atual não parece resultar em bons incentivos para que as partes se portem da melhor forma. Os incentivos não parecem estar direcionados para desencorajar determinados comportamentos oportunistas, fazendo com que as perdas econômicas das partes e as externalidades negativas sejam ainda mais elevadas.

Não seria prudente propor aprimoramentos no sistema jurídico que trata da alteração do contrato administrativo sem antes levar em conta o que já se propôs no passado. As primeiras normas que trataram do assunto referente ao contrato administrativo são dois decretos de 1922, que trataram do Código e do Regulamento de contabilidade da República⁷⁰.

O Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento para Execução do Código de Contabilidade Pública), em seu art. 797, previa que “O funcionário incumbido da direcção dos trabalhos e da fiscalização dos fornecimentos e transportes não pode fazer accrescimo nem qualquer outra variação nos contractos estipulados.” Porém, modificações no contrato eram admitidas, “a bem do serviço público”, desde que devidamente motivadas, formalizadas, autorizadas pela autoridade superior e comunicadas ao Tribunal de Contas. Tal decreto somente foi formalmente revogado em 1991.

Já o Decreto-Lei nº 200/1967, ao tratar da contratação pública, sequer atentava para a questão da alteração do contrato; o foco era apenas a licitação. Por sua vez, o Decreto nº 73.140/73, que regulamentava as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, quanto ao tema da alteração contratual, limitou-se a prever a obrigação de formalização por termos aditivos.

Finalmente, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 passou a trazer redação familiar ao tratar do tema da alteração dos contratos administrativos⁷¹, uma vez que, com alguns

Por fim, a contratação integrada tende a elevar muito os custos de elaboração de projetos básicos e executivos (ou somente executivos no caso da modalidade semi-integrada), uma vez que apenas uma das proponentes no certame efetivamente utilizará o projeto completo que elaborou para a licitação. Esses custos tendem a ser repassados ao contratante.

⁷⁰ “Na dimensão da figura jurídica, tal como atualmente é conhecida a figura do contrato administrativo, não ficou ela estudada no Direito Público do Império. Tanto o Visconde de Uruguai como Antônio Joaquim Ribas não tocaram no assunto nos seus compêndios. A dependência, doutrinária e legislativa, estava com o Direito Privado. Os tratadistas, que depois surgiram, mantiveram a mesma orientação. Fora posições esparsas, de pouca importância conjuntural no regime, as colocações jurídicas ficaram aquelas presentes nos documentos de 1922, o Código de Contabilidade e ser Regulamento”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 125.

⁷¹ Art 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

ajustes, os mesmos termos vêm sendo repetidos em todas as leis subseqüentes. Quanto à alteração consensual, a regra no referido decreto-lei era que o limite era a não “alteração do objeto do contrato”. Foi também introduzida em nosso ordenamento, quanto às alterações unilaterais, o que a doutrina passou a classificar como “qualitativas” e “quantitativas”.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 passou a prever, também, a alteração consensual, “objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. Aqui parece ter início a confusão legislativa, uma vez que é este o berço legal da distorção da existência de pleitos de reequilíbrio decorrentes de alterações consensuais. Esse diagnóstico decorre do fato de que há em outros trechos do artigo a mesma previsão de manutenção do equilíbrio em caso de fatores exógenos ao contrato e em caso de alteração unilateral⁷².

I – unilateralmente, pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este decreto-lei;

II – por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade nos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

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

§ 2º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3º No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados.

§ 4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

[...]

⁷² Há curioso histórico de alterações do dispositivo do decreto-lei que trata da alteração do contrato. Houve tentativa de incluir nova redação que atingia não somente a hipótese de reequilíbrio por alteração unilateral, prevista nos últimos parágrafos do art. 55, mas, também, a hipótese de alteração consensual que aumenta o valor do contrato.

A importação do ferramental do Direito francês relativo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo parece ter sido feita sem o devido cuidado técnico, pois o instituto que deveria estar restrito às hipóteses de fatores exógenos inesperados e ao Fato do Príncipe passou a estar estranhamente ligado, também, à hipótese de alteração consensual.

Mas qual exatamente seria a hipótese que justificaria que os contratos administrativos em geral sejam “reequilibrados” em decorrência de alteração consensual? Uma resposta poderia ser: para compensar alterações com reflexos econômicos, como acréscimos e decréscimos, feitas pelas partes consensualmente. Tal cenário justifica “reequilibrar” o contrato? Não seria mais lógico tratar da hipótese como renegociação, na qual o contratado privado tem a disponibilidade de seus direitos para fazer concessões econômicas? Assim, eventualmente, tais concessões poderiam divergir daquelas condições originalmente contratadas, para melhor adequar a remuneração do contrato ao novo cenário que as partes optaram, ambas, por perseguir⁷³.

O cenário não melhorou com a chegada da Lei nº 8.666/1993. Não cabe aqui reproduzir toda a controvérsia que o tema da alteração contratual gerou desde então na doutrina e na jurisprudência. Para ilustrar tal controvérsia, já se fez anteriormente referência a dois julgados do TCU⁷⁴ que revelam insegurança jurídica, um por se propor a tratar de uma hipótese “excepcionalíssima” com um número enorme de requisitos formais, e o outro, por excepcionar tal hipótese diante de peculiaridades concretas.

Sobretudo na doutrina, a opção pela escolha de uma divisão teórica entre alterações qualitativas e quantitativas gera considerável insegurança jurídica e técnica. Embora se possa pensar em bons exemplos de aumentos quantitativos em contratos mais simples, em grandes obras essa classificação dicotômica se revela muito imprecisa no mundo real, quando há necessidade de distinção quanto a aumentos qualitativos.

Na construção de uma usina de energia, de uma grande sala de música, de um terminal de transporte multimodal, qual exatamente seria uma alteração puramente quantitativa? Ainda que se possa pensar em algumas, é possível classificar todas as

Em julho de 1987, o Decreto-Lei nº 2.348 passou a limitar as alterações unilaterais que implicassem acréscimos ou supressões de até 25% (ou 50%, em caso de reforma) no contrato, bem como a hipótese de alteração consensual para reequilibrar o contrato, para casos “apenas [de] força maior efetivamente comprovada”. Tal redação foi revogado apenas dois meses depois, em setembro, pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987, que restaurou a redação original.

⁷³ A chamada Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) é a que de forma mais explícita demonstra essa anomalia, ao prever, no § 6º de seu art. 81, que: “Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. Trata-se de uma lei na qual não há a possibilidade de alteração unilateral do contrato. Quanto às hipóteses de adequação do contrato diante de fatores exógenos inesperados, melhor não seria aplicar o regime da Teoria da Imprevisão do Código Civil? Afinal, trata-se de lei na qual os contratos são regidos “pelos preceitos de direito privado” (segundo seu art. 68).

⁷⁴ Há outros julgados que poderiam também ser citados a respeito, como o Acórdão do TCU nº 1977/2013, que trata de critérios para alterar contratos sob o regime de preço global.

alterações imagináveis, com segurança, dentro desse critério? Diante da dura realidade de uma classificação dicotômica que não bem acomoda a realidade, a doutrina dobrou a aposta, passando a prever, também, a alteração “qualitativa-quantitativa”⁷⁵.

Cabe aqui explicar que, a despeito de as posições que defendem que tal classificação decorrerem da direta redação legal, é possível interpretar o art. 65 da Lei nº 8.666/1993 de outra forma, ao considerar que a lei parte da premissa de que não necessariamente a hipótese da alínea *a* do inciso I (a alteração qualitativa) pode gerar alteração no valor do contrato. Ou seja, pode haver uma alteração “qualitativa” que não altera o valor do contrato e, por isso, somente no inciso II (a alteração quantitativa) há expressa menção ao dever de serem respeitados os “limites permitidos por esta Lei”.

Ademais, a tese da possibilidade de alteração qualitativa ilimitada esbarra, invariavelmente, no disposto nos §§ 2º e 3º do art. 65, que, conjuntamente, preveem expressamente a necessidade de obediência ao limite legal quanto a itens já previstos na planilha contratual e quanto a novos itens. Por essa interpretação, aumentos consensuais de volume de itens já previstos no contrato encontram óbice na regra do § 2º e aumentos de itens novos no § 3º. Onde estaria na lei a possibilidade de alteração do contrato acima do limite do § 1º?

Tudo isso para se dizer, antes de finalmente chegar à lei nº 14.133/2021, que a divisão conceitual das alterações do contrato em qualitativas e quantitativas é muito problemática, sobretudo porque ela se torna crucial para a determinação do limite legal a ser respeitado. Não se está aqui fazendo uma defesa da impossibilidade de adequar o contrato administrativo às novas necessidades da administração que venham a surgir *ex post*. A crítica é quanto à forma como o Direito Administrativo passou a tratar do tema.

Assim, o arranjo atual é formado: (i) pela opção da doutrina e das cortes de contas por adotarem a técnica casuística de controle das alterações contratuais, com foco em peculiaridades de casos concretos; (ii) pela classificação dicotômica problemática acerca das alterações; (iii) pela existência de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de consenso, com base em “condições efetivas da proposta” de um contrato que ambas as partes optaram por alterar; (iv) pela enorme produção técnica de pareceres, petições, votos, vistorias e relatórios que permeiam esse sistema; (v) pela eventual necessidade de se analisar a subjetividade do ato volitivo do gestor para fins de caracterização de responsabilidade pessoal; e (vi) pelo grande volume de contratos administrativos que deveriam ser fiscalizados por esse sistema.

Esse *estado de coisas* do Direito Administrativo que trata da alteração do contrato não parece estar de acordo com a necessidade de redução de custos de transação

⁷⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 839.

ex post reconhecida pela doutrina de Direito e Economia trazida nos tópicos anteriores. Ainda, não parece esse arranjo estar pronto para garantir que os incentivos corretos prevenirão o comportamento oportunista de ambas as partes contratantes.

Os incentivos hoje estão apontados para o seguinte sentido: (i) projetos feitos às pressas para atendimento de pretensões eleitorais quanto à data de entrega de grandes obras; (ii) posteriores alterações contratuais para corrigir o projeto; (iii) necessidade de evitar que as alterações atinjam determinado limite; e (iv) apresentação de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro com vistas a garantir o pagamento por serviços que não “couberam” dentro do tortuoso limite legal.

Finalmente, a Lei nº 14.133/2021, de forma curiosa, modificou a regra de alteração do contrato administrativo, pois o único limite para alterações consensuais expressamente previsto diz respeito a novos itens da planilha, nos termos do art. 127 da lei⁷⁶. A rigor, nem mesmo a trava quanto à vedação da “transfiguração do objeto” se aplica às alterações consensuais, pois o art. 126 faz expressa menção às alterações unilaterais. A lógica da lei parece concentrar os esforços de limitação de alterações, salvo a hipótese relativa ao volume de itens novos, no preço unitário dos itens e serviços. Tanto preços de itens novos como o valor global do contrato após eventuais alterações de volume de itens já previstos no contrato devem manter a taxa de desconto verificada entre o preço referencial e o preço original do contrato.

Na Lei nº 8.666/93, havia uma coincidência entre os limites para a alteração unilateral e para a alteração consensual. A nova lei, assim, teria mudado o paradigma, pois não há mais essa coincidência de limites. O limite de 25% (ou 50% em caso de reforma), pela letra fria da lei, só se aplica às alterações unilaterais⁷⁷, não tendo sido reproduzida redação correspondente ao disposto no antigo § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, que limitava também alterações consensuais a tais percentuais. Cabe registrar, porém, que essa interpretação “objetiva” extraída do texto da Lei nº 14.133/2021 quanto aos limites de alteração do contrato não parece ter grande adoção pela doutrina e pela jurisprudência que tratam do tema, havendo, ainda, muito apego a conceitos e mecanismos relativos à lei anterior.

Essa identificação do arranjo legal aplicável à alteração do contrato administrativo revela como o tema é tortuoso no Direito brasileiro. Não se poderia esperar que os órgãos de controle e demais agentes que atuam nesse sistema, diante da missão de aplicar a lei, agiriam de forma muito diversa da que se verifica. Ocorre que essa atuação resulta em elevadíssimos custos de transação *ex post*, em instâncias diversas. Há grande terreno a ser explorado para buscar alternativas que reduzam esses custos, atentando para as peculiaridades das contratações públicas.

⁷⁶ A lei positivou o chamado “método de desconto”, sugerido no Acórdão TCU nº 1.755/2004.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

5. CONCLUSÃO

A proposta deste artigo foi buscar contribuições relevantes do Direito e Economia (D&E) para o tema da alteração do contrato administrativo no Brasil. Conceitos importantes do D&E para a teoria dos contratos foram aplicados ao contrato administrativo típico, tendo sido possível identificar pontos de contato pertinentes.

Há uma visão jurídica prevalente no sentido de que alterações contratuais são um acidente que acomete a relação contratual, e não algo inerente a esta. Há, também, a visão prevalente de que a Constituição da República garantiria, em qualquer hipótese, remuneração segundo condições originais da proposta. A aplicação conjunta desses entendimentos resulta em um sistema de incentivos para a maior litigiosidade, em um sistema de *Civil Law* no qual já há maior tendência de interferência das Cortes nos contratos.

Essa interpretação de que o texto constitucional trata de reequilíbrio econômico-financeiro, aliada ao sistema de limites percentuais globais para a alteração do contrato administrativo, gera, também, incentivos para a prestação de serviços à administração pública sem previsão contratual. Trata-se da não rara hipótese de o particular pleitear remuneração por serviços prestados por meio de pagamento de indenização.

A tradicional análise do D&E a respeito dos contratos privados tem como premissa o fato de que as partes contratantes buscam, cada uma, a maximização da utilidade do objeto contratado. Não é este o cenário único a se considerar no contrato administrativo. Parece correto ter como premissa que uma das partes contratantes, o particular, segue a lógica da maximização da utilidade do objeto contratado para si.

O mesmo não pode ser dito a respeito do contratante gestor público, uma vez que este não sofrerá as consequências patrimoniais diretas da má gestão do contrato. Como visto, quanto ao gestor público, há um Problema Agente-Principal acentuado, dada a grande assimetria de informação entre este (agente) e o pagador de impostos (principal).

A teoria clássica do D&E dos contratos não foca a hipótese de uma das partes conscientemente agir em detrimento da melhor execução do objeto do contrato – aquela que seria o melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos. É a hipótese do gestor público que, por desídia deliberada ou dolo, torna a execução do contrato mais custosa do que deveria ser ou aceita resultado inferior pelo preço contratado.

Disto resulta que um custo de transação *ex post* bastante relevante, o de fiscalização (ou controle), não poderá ser objeto apenas da lógica de sua redução, como preconizado pelo Teorema de Coase, quando este analisou relações entre entes privados. Nesta linha, Williamson também reconheceu a importância da redução dos custos de transação, sem esquecer, porém, da necessidade de mecanismos de governança nos contratos.

O Direito Administrativo parece já atentar para alguns aspectos dos custos de transação em contratações, por exemplo, o custo de licitar. Por essa razão, a já citada Decisão do Plenário nº 215/99 do TCU, ao ponderar os fatores que justificariam excepcionar o limite legal para alterar o contrato administrativo, considera os custos de uma nova contratação. Na mesma linha, há tal ponderação na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao elencar fatores a serem considerados para anular o contrato diante da constatação de irregularidades⁷⁸.

Mas o enfoque desses exemplos segue sendo os custos *ex ante*. A consideração dos custos de transação *ex post* da contratação pública ainda não recebe a mesma atenção da lei e da doutrina, quando se trata do tema da alteração dos contratos administrativos. Essa constatação vai ao encontro do que foi identificado quanto ao D&E: há pouco estudo a respeito de mecanismos que reduzam custos *ex post* de alteração do contrato e quanto à corrupção potencial decorrente.

Ao analisar o regime de alteração do contrato administrativo da lei nº 14.133/21, a doutrina não parece apontar mudanças robustas em comparação ao regime anterior, da Lei nº 8.666/1993. Mais do que isso, não é exagero dizer que essa “semelhança” de regimes de alteração do contrato administrativo abarca, também, o previsto no Decreto-Lei nº 2.300/1986. As objetivas sugestões a seguir expostas, que concluem este estudo, com base na teoria do D&E, podem aprimorar o atual regime a partir de pequenos ajustes; com potencial para a geração de resultados concretos significativos.

Em primeiro lugar, parece ser o momento de se *abandonar em definitivo a problemática utilização da classificação dicotômica de alterações contratuais em “qualitativas” e “quantitativas”*. O art. 125 da Lei nº 14.133/2021, quando trata de limite para alterações unilaterais, é expresso ao aplicá-lo a ambas as hipóteses do que seriam alterações quantitativas e qualitativas. Ainda, sequer há como identificar na lei a aplicação desse critério de classificação à hipótese de alteração consensual. Assim, com o perdão de todo o esforço doutrinário e jurisprudencial que já se empreendeu a respeito, parece ser hora de essa classificação cair em desuso.

Quanto à forma para aferir a hipótese de vedação da transfiguração do objeto da contratação, prevista no art. 126 da Lei nº 14.133/2021, *é preferível que haja critério mais objetivo*, reduzindo-se a insegurança para as partes do contrato e a litigiosidade. Admitindo-se que o artigo também se aplica às alterações consensuais do contrato, uma possibilidade de interpretação é que esse limite está objetivamente previsto na lei, no artigo subsequente. Assim, *seria considerado transfigurado o objeto do contrato no qual a inclusão de novos preços unitários aumentou em mais de 25% seu preço global*.

Quanto ao tema dos limites para a alteração consensual do contrato administrativo, cabe estudar a adoção de uma possível lógica de a Lei nº 14.133/2021 *limitar*

⁷⁸ Art. 147, X, da Lei nº 14.133/2021.

em 25% (ou 50%) apenas o aumento de novos preços unitários⁷⁹, não estando sujeitos a tal limite o aumento de itens já previstos na planilha contratual; garantida sempre a taxa de desconto da licitação quanto ao preço global do contrato⁸⁰.

A dicotomia imprecisa e insegura entre aumento quantitativo e qualitativo seria, assim, substituída pela dicotomia objetiva entre aumento de itens que já constam na planilha do contrato e aumento de novos preços unitários. A classificação entre itens novos e já existentes na planilha contratual não é nova. A nova interpretação que se propõe é no sentido de que seja somente essa classificação a considerada para separar itens que estão ou não sujeitos ao limite legal de aumento.

Essas três sugestões concretas têm fundamento na letra da Lei nº 14.133/2021, embora diverjam da interpretação costumeira da doutrina e jurisprudência a respeito. Por serem medidas que tornam as regras para alteração do contrato mais objetivas, reduzem a insegurança jurídica, a litigiosidade e o dispêndio de recursos para o controle externo. Dessa forma, reduzem significativamente os custos de transação *ex post*.

Ademais, esses ajustes aproximam o sistema de alteração do contrato administrativo de um modelo que foi apontado como ótimo por estudo econômico tratado no tópico 2 deste artigo, uma vez que o contrato adotaria a lógica *fixed-price* no momento da contratação, passando-se para o modelo *cost-plus* sem limites prévios em caso de alterações relevantes no projeto original (salvo para novos itens sem previsão na planilha contratual).

De nada adianta, porém, a adoção de novos limites objetivos para a alteração do contrato se a prática do controle interno e externo das alterações contratuais seguir criando não raras flexibilizações “excepcionalíssimas”. O controle pautado por peculiaridades concretas aumenta a insegurança jurídica, aumenta os custos de transação e acaba por fomentar o referido “apagão das canetas”.

Pode ser preferível o *trade-off* de se conviver com limites objetivos inflexíveis, concomitantemente com eventual necessidade de licitar novamente um projeto sujeito a intercorrências supervenientes muito específicas. A fuga da concretização das raras hipóteses em que uma nova licitação será necessária para a conclusão do objeto do contrato não pode se tornar pretexto para instabilizar todo o regime aplicado à alteração contratual.

Cabe a reflexão a respeito do que é mais custoso para o pagador de impostos: excepcionais hipóteses de uma nova licitação para a conclusão do objeto do contrato ou um regime de alteração do contrato administrativo permeado por regras pouco objetivas e um controle calcado em análises casuísticas. Ainda que um Tribunal de Contas passe anos analisando um termo aditivo contratual que ultrapassou o limite legal de aumento do preço global do contrato, para concluir que aquele caso concreto

⁷⁹ Art. 127 da Lei nº 14.133/2021.

⁸⁰ Art. 128 da Lei nº 14.133/2021.

apresentava peculiaridades que o permitia, tal exemplo não parece representar o funcionamento desejável do sistema de controle.

O volume de contratos administrativos é infinitamente superior à capacidade das Cortes de Contas e demais agentes de controle de efetuarem uma análise casuística detalhada e acertada. O sistema com regras objetivas como as suprapropostas parece ser preferível, pois, ao final, ainda que conviva com excepcionais casos de necessidade de nova licitação, é menos custoso para o pagador de impostos, que, além de arcar com as despesas tal sistema de controle, é também a parte que arca com os demais custos de transação *ex post* do contrato administrativo.

Ainda, um sistema de controle calcado em critérios objetivos é mais compatível com a adoção de *mecanismos de fiscalização automatizados*, que acompanhem em tempo real alterações em planilhas contratuais, para que se garanta o respeito ao limite legal de aumento de novos preços unitários, bem como a manutenção da taxa de desconto da licitação. Embora o desenvolvimento inicial e a implantação dessa espécie de controle automatizado possam ser custosos, a redução dos custos de transação tende a ocorrer conforme a ferramenta for padronizada e compartilhada com os diversos entes federativos contratantes, sobretudo se considerado o potencial papel do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)⁸¹.

De maneira geral, as alterações do contrato devem receber ampla publicidade quanto ao procedimento administrativo que antecede os termos aditivos⁸². *A publicidade quanto aos preços de itens novos na planilha contratual é fundamental*, agindo como mecanismo de desincentivo para a adoção de preços que destoem dos valores de mercado para produtos customizados não previstos nos repositórios oficiais de preços referenciais⁸³.

Além disso, uma melhoria do sistema de contratações que não é novidade, mas tende a auxiliar muito na *diminuição dos incentivos para o aumento de valor indevido do contrato*, seria a instituição efetiva nas contratações públicas no Brasil do *performance bond*, sem ignorar as dificuldades reais do mercado brasileiro de seguros para absorver o que seria a demanda decorrente de sua ampla adoção. Outra melhoria que vai ao encontro do já referido aprimoramento dos projetos de grandes obras é a

⁸¹ Art. 174 da Lei nº 14.133/2021.

⁸² JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294.

⁸³ Ainda, o sistema automatizado de controle de alterações contratuais pode conter informações referenciais a respeito de descontos esperados com o ganho de escala dos itens da planilha contratual. Assim, com base em indicadores objetivos dos preços de mercado, o sistema pode alertar o gestor e o controlador em caso de perda de vantajosidade em determinado aumento de um item já existente da planilha, que deixou de aplicar o desconto decorrente do ganho de escala. Cabe recordar que tal hipótese pode não ser incomum, diante do proposto sistema em que o aumento de itens já existentes na planilha contratual não está sujeito ao limite previsto no art. 125 da Lei nº 14.133/2021.

adoção do sistema *Building Information Modelling* (BIM), que tem o potencial de funcionar como inibidor de alterações indevidas no projeto⁸⁴.

Finalmente, o aprimoramento do regime de alteração do contrato administrativo com influência do ferramental do D&E deve passar pelo *abandono da aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro à hipótese de alteração consensual*, em especial quando este é utilizado como método para auferir lucro por serviços prestados sem previsão contratual. Salvo o caso de alteração unilateral, o instituto deve estar restrito às hipóteses de Fato do Príncipe ou causas exógenas imprevisíveis.⁸⁵ Essa última conclusão deriva, em especial, do que se expôs a respeito da incompletude contratual, dos incentivos existentes no momento da alteração contratual, bem como da crítica feita à quase hegemônica interpretação dada ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. **RAND Journal of Economics**, v. 32, n. 3, 2001, p. 387-407.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá

⁸⁴ O sistema tem previsão de utilização em obras federais, nos termos do Decreto nº 10.306/2020.

⁸⁵ Embora não haja a pretensão de abordar o tema neste artigo, não se ignora a existência do debate a respeito do cabimento de reequilíbrio econômico-financeiro aplicado indistintamente para a hipótese de alteração unilateral do contrato, para a hipótese típica de Fato do Príncipe e para a hipótese de caso fortuito ou força maior que afete o contrato. Como nota a respeito de como o escopo do instituto do reequilíbrio parece ter sido indevidamente estendido desde sua introdução no Direito Administrativo brasileiro, na já citada obra de Themístocles Brandão Cavalcanti, sequer há menção à teoria de imprevisão e cabimento de reequilíbrio quando o autor trata do contrato de obra. Esses conceitos ligados à mutabilidade contratual são tratados pelo autor apenas quando este aborda os contratos de concessão de serviço público. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967.

outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun.1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 set. 1994.

BRASIL. Decreto nº 10.306, de 02 de abril de 2020. Estabelece a utilização o *Building Information Modelling* na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modelling* - Estratégia BIM BR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p.5, 3 abr. 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10306-2-abril-2020-789938-publicacaooriginal-160263-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução da Lei nº 4.069, de 19 de dezembro de 1917. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 1922. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-200-25-fevereiro-1967-376033-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 21 nov. 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm?origin=instituicao. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 09 set. 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-publicacaooriginal-68798-pe.html>. Acesso em 24 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6993, 03 jun.1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 24 set. 2024.

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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 jul.2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13303-30-junho-2016-783296-publicacaooriginal-150691-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administra-

tivos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6)**. Recurso especial. Processual civil. Contratos de financiamento imobiliário. Sistema financeiro de habitação. Lei nº 10.931/2004. Inovação. Requisitos para petição inicial. Aplicação a todos os contratos de financiamento. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 7 abr. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902066576&td_publicacao=04. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 448/2011**. Representação. Possíveis irregularidades em contrato relacionado à transferência de tecnologia referente à produção de hemoderivados. Oitiva da Hemobrás e da empresa contratada. Esclarecimentos dos principais pontos levantados pela equipe técnica. Recomendações. Conversão do processo em acompanhamento. Relator Aroldo Cedraz. Julgado em 23 fev. 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A448%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1755/2004**. Embargos de Declaração. Conhecimento. Licitação. Estudos sobre o “jogo de planilha”, conjunto de técnicas voltadas à manipulação dos preços unitários, para engendrar o superfaturamento em obras públicas. Considerações sobre a prática espúria e as medidas que devem ser adotadas pela Administração para evitá-la. Discussão sobre a metodologia que deve ser aplicada pela Administração para neutralizar eventuais ganhos auferidos pela contratada e, em sentido inverso, evitar prejuízos em desfavor da Administração, a fim de garantir que o contrato, após aditivos, continue refletindo a melhor proposta. Provimento parcial. Reforma da deliberação embargada. Determinação. Comunicação. Relator Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 10 nov. 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1755%2520ANOACORDAO%253A2004%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 25 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1977/2013**. Processo Administrativo. Estudo sobre aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas. Determinação à SEGECEX. Ciência da deliberação adotada ao ministério do planejamento orçamento e gestão. Arquivamento. Relator: Valmir Campelo. Julgado em 31 jul. 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1977%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 215/99**. Consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. Possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei 8.666/93, visando à utilização de nova tecnologia na execução das obras. Caso concreto. Considerações levantadas pelo Ministério Público junto ao TCU quanto à relevância da matéria para o interesse público. Comunicação. Arquivamento. Relator: Min. Adhemar Ghisi, 21 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/Plenario/DC-1999-000215-JAM-PL.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. Connecticut: Yale University Press, 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda; PARESI DE SOUZA, Ana Paula. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 185-208. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82011>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

COOTER, Robert D. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books. **UCLA L. Rev.**, v. 29, 1981, p. 1260-1269. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111675?v=pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

COOTER, Robert D. The cost of coase. **The Journal of Legal Studies**, v. XI, jan. 1982. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111816/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. *E-book*. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 3 jan. 2022.

DRIESEN, David; MALLOY, R. Critiques of law and economics. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford handbook of law and economics methodology and concepts**. Oxford: Oxford University Press, 2017, v. 1. p. 300-320.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockman (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 371-388.

HART, Oliver. Incomplete contracts and control. **American Economic Review**, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. **Econometrica: Journal Of The Econometric Society**, v. 56, n. 4, p. 755-785, jul. 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1912698>. Acesso em: 11/11/2021. Acesso em: 8 jan. 2022.

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of government: theory and an application to prisons. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 112, n. 4, 1997, p. 1127-1161. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf. Acesso em: 26 ago. 2024.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993.

LIBORIO, Matheus Pereira *et al.* A abordagem da análise econômica do direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/ealr/article/view/12054>. Acesso em: 9 out. 2021.

MCCHESENEY, Fred S.; SHUGHART II, William F. **The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NOBEL PRIZE OUTREACH AB. The Prize in Economic Sciences 2016 – Press release. **NobelPrize.org**, 26 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). **Direito e economia no brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 418-428.

NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

PARGENDLER, Mariana, The role of the state in contract law: the common-civil law divide (March 1, 2018). **Yale Journal of International Law**, v. 43, n. 1, 2018, p. 143-189. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2848886>. Acesso em: 5 jan. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. **The Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, 1988, p. 341-368.

SOUZA, Paulino José Soares de; DO URUGUAY, Visconde. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./ mar. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos – distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, abr. 2005.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government failure: a primer in public choice**. 2. ed. Washington, D.C.: Cato Institute, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, 1981, p. 548-577.

