

O MORAL HAZARD (RISCO MORAL) E OS CONTRATOS COMPLEXOS COM ASSIMETRIA INFORMACIONAL: UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO PLANEJAMENTO E DA EFICIÊNCIA.

1. Introdução.

O presente estudo tem por objetivo abordar, mas longe de esgotar, a possibilidade de se evitar o *Moral Hazard* (risco moral) nos contratos administrativos complexos em que se verifique assimetria de informação, mediante adoção dos princípios do planejamento e da eficiência.

Para tanto, pretende-se, em um primeiro tópico, analisar a forma com que os contratos administrativos são constituídos no direito brasileiro, a partir da interpretação do modelo agente-principal, de forma a identificar se aqueles possuem condições de esgotar todas as possibilidades de intercorrências que possam surgir durante a execução contratual.

Após, identificando que os contratos administrativos complexos são assimétricos no que toca aos aspectos informacionais, será abordada a configuração do *Moral Hazard* e como o risco moral surge durante a execução contratual, mediante uma interpretação do modelo agente-principal.

Por fim, diante da possibilidade de configuração do *Moral Hazard*, sugere-se que este pode ser evitado por meio da adoção, durante a fase interna do procedimento de licitação pelo principal, dos princípios do planejamento e da eficiência, os quais foram previstos no âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021).

2. A configuração dos contratos administrativos no direito brasileiro.

É de conhecimento que a Teoria do Contrato Administrativo no direito brasileiro tem sua origem na construção decorrente das decisões do Conselho de Estado francês, o qual desenvolveu a concepção de um contrato diferenciado do modelo privado.

No direito administrativo brasileiro, o desenvolvimento desta teoria, como esclarece Odete Medauar,¹ fez surgir alguns “tipos de contrato celebrados entre a Administração e o particular, regidos pelo direito público, denominados contratos administrativos”, que

¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 260.

vieram a se tornar clássicos, como, “por exemplo, os contratos de obras, de prestação de serviços, de compras, as concessões.”

Referidos contratos denominados clássicos, por sua vez, partem de uma interpretação de completude contratual. Isso porque, as informações estabelecidas no edital de licitação e que são estendidas ao contrato administrativo pretendem definir, se não todas, a maioria das hipóteses que possam ocorrer durante a execução contratual.

Daí a afirmação utilizada de completude informacional dos contratos administrativos.

Essa concepção, por sua vez, pode ser aplicada com base no modelo agente-principal, em que o principal, aqui entendido como a Administração Pública, estabelece *ex-ante* as regras do jogo a serem aceitas pelo agente, que é visto na figura do particular que contrata com aquele.

Como afirma o professor Marcos Nóbrega, “os modelos clássicos de Principal-Agente determinam que o contrato deve ser estabelecido na base do “pegar ou largar”², haja vista que as regras do jogo já foram definidas *ex-ante* e ao agente compete somente aceita-las para execução do contrato nos moldes pretendidos pelo principal.

Mas e quando as regras definidas *ex-ante* não são suficientes para que o contrato seja executado de acordo com os objetivos do principal, em razão de situação que surja depois da assinatura contratual e que permita ao agente se beneficiar de informação que não era de conhecimento do principal *ex-ante*? A eficiência contratual pode ser prejudicada pela configuração de um risco moral posterior que beneficie o agente?

Este é o ponto que passamos a abordar.

3. O *Moral Hazard* (risco moral) e os prejuízos à eficiência dos interesses fixados pelo principal.

Para tentar responder aos questionamentos formulados, a compreensão da definição de *Moral Hazard* (risco moral) se faz necessária.

Conforme Ronaldo Fiani³, “Risco moral (do inglês *moral hazard*) é a possibilidade de o agente não agir de acordo com os interesses do principal, depois do contrato firmado.” E continua: “Obviamente, apenas há risco moral quando houver assimetria de informação e o principal não puder observar as ações do agente, (...).”

² NÓBREGA, Marcos; ASSUNÇÃO, Ihuru e TORRES, Ronny Charles L. Nova Lei de Licitações e Remuneração Variável: uma abordagem à luz do nexó econômico-jurídico. Prelo.

³ FIANI, Ronaldo. Economia da Empresa. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017, p. 44.

Assim, o agente estaria, após assinatura contratual, diante de informação privilegiada que não era de conhecimento do principal, a qual poderá ser utilizada em sentido contrário aos interesses deste ou em benefício próprio daquele ou, ainda, em benefício de outrem.

O tema também já foi analisado pelo Tribunal de Contas da União (TCU)⁴, que veio a definir o *Moral Hazard* da seguinte maneira:

Por definição clássica, o risco moral se refere à possibilidade de um agente econômico mudar o seu comportamento de acordo com os diferentes contextos nos quais ocorrem as transações. Em outras palavras, ocorre quando uma parte (concessionária) de uma transação pode tomar certas ações que afetem o resultado obtido pela segunda parte (Poder Concedente), mas que a segunda parte não pode monitorar perfeitamente.

Para exemplificar na prática o conceito explicado acima, o acórdão do TCU ainda pode auxiliar na compreensão do *Moral Hazard*, de modo a demonstrar que os contratos administrativos clássicos, quando diante de questões complexas, não têm informações simétricas e suficientes para execução dos serviços.

Isso porque, o caso trata dos estudos relativos à prorrogação antecipada da Malha Paulista, que foram submetidos à audiência pública em relação às pendências contratuais existentes em contrato de concessão, haja vista passivos ambientais existentes na malha e trechos abandonados.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), aqui como principal, havia atribuído à concessionária (agente) a transferência da incumbência de realizar o cálculo do valor exato do débito, por meio da minuta do termo aditivo ao contrato, e este deveria ser realizado por inventário a ser produzido após a assinatura da prorrogação.

Tal previsão fez com que os órgãos técnicos se insurgissem pela possibilidade de configuração do *Moral Hazard*, como destaca o voto (pg. 247) ao apontar impropriedade mencionada pela SeinfraPortoFerrovia:

Como descrito acima, o inventário deverá ser realizado pela própria concessionária ou por empresa por ela contratada, depois de já haver celebrado o aditivo de prorrogação de prazo. Alia-se, com isso, à assimetria de informações entre a concessionária e o órgão público, também o interesse inerente da empresa para majorar o valor do ressarcimento que seria a ela devido, bem assim a segurança de já haver

⁴ Brasil. Acórdão 2611/2020 - Plenário do TCU, sob a relatoria da Ministra Ana Arraes, em julgamento na sessão de 30/09/2020.

sido prorrogado o prazo da concessão, criando, desse modo, um ambiente propício à materialização do risco moral.

E este foi o posicionamento adotado pela Ministra Relatora Ana Arraes ao concluir por “presente o risco de existirem itens com avaliações não fidedignas”, haja vista que as informações seriam elaboradas pelo próprio agente.

Em síntese, o *Moral Hazard* na prática será identificado em momento posterior à assinatura contratual, caso não planejado antes pelo principal, o que pode causar prejuízo à eficiência da execução por assimetria informacional que beneficie o agente.

Referido risco, porém, parece que pode ser reduzido quando da adoção dos princípios do planejamento e da eficiência, caso se pretenda definir *ex-ante* situações que venham a caracterizar o *Moral Hazard*.

4. Adoção dos princípios do planejamento e da eficiência, com o fim de evitar a configuração de *Moral Hazard*.

O risco decorrente de assimetria informacional, em contraposição a compreensão dos contratos administrativos clássicos de que as informações seriam simétricas, existe e deve ser levado em consideração pelo principal.

Com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021), a importância de o principal adotar um planejamento que pretenda uma execução contratual eficiente parece ter ganhado força, na medida em que o artigo 5º da legislação incluiu como princípios da licitação os do planejamento e da eficiência.

Especificamente quanto ao primeiro, Juliano Heinen⁵ define:

É uma das principais metas da Lei nº 14.133/21. Tanto que a fase interna das licitações foi objeto de intenso regramento, justamente para incentivar a programação dos contratos de fornecimento. É determinante que a alta administração dos órgãos ou entes públicos assegure o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias. Sem contar que tais autoridades devem tentar promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (art. 11, parágrafo único).

⁵ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 24.

Sobre o princípio da eficiência, por sua vez, a despeito da distinção de alguns autores em relação à eficácia⁶, pode-se definir como sendo a busca pelo principal de um resultado ótimo, que ambos (principal-agente) estejam com os ganhos maximizados em relação ao contrato.

Partindo-se desse pressuposto, a fim de reduzir a assimetria informacional e evitar a configuração de *Moral Hazard*, parece que levar os referidos princípios a sério exigirá do principal o esforço em reconhecer que os contratos administrativos não são simétricos e, por conseguinte, deverá prever situações que incentivem o agente a querer contratar e agir de acordo com seu interesse.

Problemas como aquele denominado de “*problema de agência*”⁷, além da análise em relação aos riscos decorrentes do “*Estado de Mundo*”, devem ser ponderados quando do planejamento do processo licitatório e seu respectivo contrato.

Utilizando-se dessa interpretação, portanto, o principal poderá constituir um contrato eficiente, que vise a satisfação máxima dos seus participantes em relação aos ganhos que possam advir da contratação.

Tal afirmação, ainda, decorre da concordância com o professor Marcos Nóbrega, mais especificamente ao dizer que para o contrato eficiente é preciso prever maximização dos ganhos ao agente querer contratar e fixar incentivos adequados, com o fim de que o agente atue no interesse do principal.

Além disso, o modelo agente-principal exige uma combinação adequada entre prever incentivos ao agente e garantias contra riscos, a lembrar o reconhecimento de assimetria informacional existente nos contratos administrativos.

⁶ “Na ciência da Administração, eficiência e eficácia são duas formas recorrentes de avaliação do desempenho de uma organização. Enquanto eficiência é noção que se refere à adequada medida de utilização dos recursos, ou seja, um administrador eficiente é que consegue um desempenho elevado em relação aos insumos disponíveis (mão de obra, material, dinheiro, máquinas e tempo); a noção de eficácia transcende a mera indagação dos meios, mas avalia mais diretamente os resultados obtidos.” *In*: NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova Lei de Licitações e Contratos: Comparada**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 48.

⁷ “Problemas de agência são problemas que resultam quando uma parte (o principal) delega a tomada de decisões à outra parte (o agente), caso o agente não tenha exatamente os mesmos objetivos do principal e este não possua informação adequada acerca das decisões do agente para avaliar se foram as mais adequadas.” *In*: FIANI, Ronaldo. *Economia da Empresa*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017, p. 38.