

ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS PÚBLICOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Juliana Gonçalves Melo¹

Sumário: Introdução. 1. Teoria dos Contratos Incompletos. 2. Modelo Grossman-Hart e Teoria dos Custos de Transação. 3. Política Pública de Desestatização: Contratualização e Eficiência. 4. Contratos Públicos de Concessão: Incompletude, Riscos e Adaptabilidade. Conclusões. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO²



O presente estudo pretende abordar a teoria dos contratos incompletos, a teoria dos custos de transação e a incidência desse arcabouço teórico sobre os contratos públicos de concessão, em regra complexos e de longo prazo, bem como os riscos que a incompletude contratual desses contratos pode acarretar. Em breves linhas, nos contratos públicos de concessão o poder público cede a um agente privado o exercício de atividades públicas, mantendo a titularidade do serviço público. Esses contratos demandam uma adequada modelagem jurídica para a proteção dos interesses públicos envolvidos, já que a adoção de um modelo contratual inadequado pode comprometer a realização do

¹ Mestranda em Direito e Ciência Jurídica, com especialidade em Direito e Economia, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal; Procuradora Federal da Procuradoria-Geral Federal, da Advocacia-Geral da União.

² As obras citadas observam as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

projeto idealizado e conduzir a comportamentos oportunistas, à seleção adversa, a risco moral, além de expor os agentes públicos ao risco de captura, dada a maior discricionariedade na interpretação e aplicação do contrato de concessão.

Isso não significa que uma rigidez excessiva no desenho dos contratos públicos de concessão seja a solução adequada e viável, já que a impossibilidade de previsão de todas as eventuais ocorrências futuras constitui uma realidade nesses contratos. Nesse sentido, o presente estudo pretende destacar também que a manutenção de certa abertura contratual pode ser benéfica ao potencial evolutivo de interação entre as partes, promovendo aprendizagem, e que a distribuição de responsabilidades por grande parte dos riscos do projeto *ex ante* não impede que se deixe um certo espaço para ajustes durante a fase de execução contratual, visando soluções adaptativas *ex post*.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho será apresentada uma visão geral sobre a teoria dos contratos incompletos, revelando que a incompletude contratual pode ser vista como a “solução eficiente em um mundo imperfeito”³. A segunda parte abordará o modelo Grossman-Hart de contratos incompletos e a teoria dos custos de transação, destacando o direito residual de controle no âmbito da teoria econômica dos direitos de propriedade (titularidade). A terceira parte analisará a relação entre a escolha pelas contratualizações para prestação de serviços públicos, os custos de transação e a eficiência na atuação da Administração Pública.

A quarta parte deste estudo abordará os riscos da incompletude contratual em contratos complexos e de longo prazo, como os de concessão, bem como proporrá uma reflexão sobre o papel de determinada abertura contratual para o fomento do potencial evolutivo de interação entre as partes, permitindo adaptação a futuras alterações. As conclusões apresentarão as

³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 151.

considerações finais a respeito da análise econômica dos contratos públicos de concessão proposta por este estudo, buscando auxiliar na apreciação ou reapreciação de soluções jurídicas contratuais, para o alcance de maior eficiência.

Por fim, cumpre ressaltar que os contratos públicos de concessão destacados neste artigo são aqui tratados de forma genérica, sem a pretensão de aprofundar o estudo sobre as peculiaridades do regime jurídico das parcerias público-privadas de Portugal ou das concessões comuns e das parcerias público-privadas do Brasil ou de qualquer outro ordenamento jurídico. O modelo de análise deste estudo se baseia essencialmente em dois pressupostos: i) ente público com capacidade de satisfazer suas obrigações tanto de forma direta como indireta, ou seja, com a possibilidade de contratar a satisfação de suas necessidades; ii) manutenção da responsabilidade do ente público pela satisfação de suas obrigações mesmo após a contratação, cabendo ao ente público acompanhar a atividade de execução e adotar providências necessárias para a preservação do interesse público.

1. TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

Do ponto de vista econômico, o contrato é considerado uma alternativa intermediária pela qual o agente econômico pode optar ao ter que decidir entre recorrer ao mercado ou buscar a integração vertical (solução da empresa). Nessa perspectiva, a escolha pelo mercado pode apresentar menos custos iniciais, mas tem menor aptidão para a cobertura de riscos; enquanto as formas de integração vertical podem apresentar custos iniciais mais elevados, revelando-se mais vantajosas à medida que se constata a existência de um ambiente de riscos elevados⁴. A partir do pensamento de Ronald Coase sobre as fronteiras da empresa, é possível entender que quando não se faz necessária uma

⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 147.

integração vertical, surge espaço para a solução contratual. Em síntese, como será analisado adiante e de forma mais detida, o agente econômico optará pelo que minimizar os custos: produzir ou comprar⁵.

Caso os agentes econômicos optem pela via intermediária do contrato, o desenho de suas cláusulas refletirá, em grande medida, a postura das partes diante do risco e a informação disponível no momento da contratação, trazendo incentivos e garantias para a execução do pactuado. A análise acerca da completude ou incompletude contratual, por sua vez, pode lançar luz à tentativa das partes de prever no contrato, de forma exaustiva ou não, as variáveis futuras e incertas que poderão afetar a relação contratual.

O contrato completo pode ser abordado como um paradigma, como um modelo hipotético aferidor do que as partes, perfeitamente informadas e agindo racionalmente, preveriam acerca de toda e qualquer eventualidade que poderia ocorrer ao longo da relação contratual. Essa, contudo, não é a única forma de se conceber o contrato completo. Uma outra abordagem admite a possibilidade de acabamento contratual ótimo, que se distingue do acabamento total. Nesse sentido, Fernando Araújo sustenta que a ideia de acabamento contratual deve ser diferenciada entre acabamento perfeito e acabamento funcional, de modo que o primeiro ocorreria apenas quando as partes contraentes estipulassem *ex ante* as cláusulas que incidiriam para cada uma das contingências futuras que poderiam afetar a execução do contrato, garantindo a eficiência da transação, enquanto o acabamento funcional alcançaria “a eficiência objectivamente possível dados os constrangimentos de observabilidade e de verificabilidade presentes no contrato, sendo portanto o contrato que otimiza a ponderação custo-benefício introduzida pela onerosidade da negociação”⁶.

⁵ COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, vol. 4, nº 16, 1937, p. 390.

⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina,

Fernando Araújo apresenta, ainda, uma relevante reflexão sobre a dimensão disciplinadora dos contratos, com potencial de suscitar uma reavaliação acerca da definição de acabamento contratual (completude contratual). Isto porque um contrato firmado entre as partes pode visar justamente barrar o impulso de arrependimento de uma delas (posterior acrasia). Nesse sentido, visando o contrato estabelecer que *alia jacta est*, nada mais razoável às partes do que esperar que observadores externos do contrato respeitem o que foi por elas pactuado, ainda que lhes possa parecer tratar-se de um contrato incompleto, em que estipulações relevantes não foram previstas. Embora essas lições de Fernando Araújo refiram-se diretamente ao denominado “contrato Ulisses”⁷, as reflexões delas advindas podem vir a reverter também no âmbito da completude/incompletude contratual⁸:

Parece, em suma, que, olhando-se em especial para a referência cultural para que o conceito remete, nada obsta a que o “Contrato Ulisses” veja o seu âmbito estendido a situações em que está em causa a simples acrasia como “fraqueza de vontade”, ou o simples medo da acrasia, e não directamente qualquer problema de saúde psíquica ou de competência.

O inacabamento contratual apresenta conceitos distintos

2007, p. 183.

⁷ Nas lições de Fernando Araújo, o “Contrato Ulisses é aquele pacto mediante o qual uma pessoa se vincula, por tempo determinado ou em circunstâncias especificadas, e sem dependência de uma contraprestação específica, a acatar a vontade de outrem (o beneficiário) tal como ela é manifestada num determinado momento, em detrimento do ulterior arrependimento do beneficiário (expresso nas circunstâncias especificadas) ou da vontade declarada, pelo beneficiário, de antecipar o termo do contrato, ou de rescindi-lo. Trata-se de um contrato unilateral, na medida em que predomina a vinculação de uma das partes, sem que essa vinculação dependa da existência de uma qualquer contraprestação a cargo do beneficiário. Na sua formulação mais simples, trata-se de um contrato que visa prevenir inconsistências volitivas do beneficiário, evitando que dessas inconsistências possam resultar lesões do interesse dele – um interesse formulado no presente, mas projectado no futuro”. (ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: O Pacto Anti-Psicótico. Lisboa: *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 3 (2017), nº 2, p. 165-166).

⁸ ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: O Pacto Anti-Psicótico. Lisboa: *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 3 (2017), nº 2, p. 171.

para o Direito e para a Economia. Para o Direito, “trata-se geralmente de um *mal*, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância”⁹. Já para a Economia, o conceito de incompletude contratual revela-se mais amplo, pois acrescenta os sentidos de inacabamento deliberado, endógeno ou estratégico, e de inacabamento estrutural. Assim, no sentido econômico, o inacabamento contratual pode ser deliberado, endógeno ou estratégico, quando certas previsões não constam do clausulado para serem estrategicamente examinadas *ex post*. Ou seja, as partes optam por uma afetação posterior de danos, em detrimento da distribuição inicial de riscos. Por sua vez, o inacabamento contratual pode ser estrutural quando decorre da impossibilidade de previsão de todas as eventuais ocorrências futuras em relações contratuais não instantâneas¹⁰.

A realidade revela que, frequentemente, a negociação dos contratos não atinge um nível adequado de previsão e de explicitação de aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, sendo que essa insuficiência *ex ante* propicia o surgimento de conflitos durante a relação contratual. Por outro lado, a busca de uma maior completude contratual pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício dessa negociação¹¹, uma vez que a elaboração de um contrato tende a se tornar mais dispendiosa quanto mais amplo e detalhado é o panorama de contingências que se pretende recobrir e discriminar no contrato. Também ganha relevo a constatação de que a busca pela complementação exaustiva do contrato pode revelar-se inútil diante da assimetria informativa do julgador face às partes, ou seja, pela

⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 156.

¹⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 156.

¹¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 148.

inverificabilidade *ex post* de algumas variáveis por um terceiro julgador¹². Nesse sentido, Nuno Cunha Rodrigues acresce que “[...] por vezes, a execução do contrato sendo observável, não é judicialmente verificável pelo que a sua contratualização é inútil”. Assim, vale destacar a conclusão de Fernando Araújo sobre o inacabamento contratual como solução eficiente em um mundo imperfeito¹³:

[...] o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente (*sic*) os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas.

Paula Vaz Freire complementa que a teoria dos contratos incompletos pressupõe os contextos imperfeitos em que eles são celebrados, nos quais as partes são incapazes de prever todas as ocorrências futuras, inclusive pela excessiva onerosidade concernente a essa previsão¹⁴.

2. MODELO GROSSMAN-HART E TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Em 1986, Sanford Grossman e Oliver Hart elaboraram um estudo perquirindo as causas determinantes para a integração vertical ou lateral das atividades das empresas, ou seja, o que levaria uma empresa a preferir comprar os ativos de outra empresa (aquisição), ao invés de conduzir seus negócios com essa outra empresa por meio de contratos¹⁵. Perceberam que os

¹² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina. 2013. p. 73.

¹³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 151.

¹⁴ FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008, p. 904.

¹⁵ GROSSMAN, Sandford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership:

elementos-chave para entender a solução adotada seriam a incompletude contratual e o direito residual de controle. Em outras palavras, examinaram como a empresa, como instituição, poderia ser pensada como uma resposta eficiente à incompletude dos contratos e à necessidade de alocar direitos residuais de controle. Este estudo partiu de intuições já desenvolvidas por Ronald Coase e outros economistas sobre a natureza da empresa e os custos de transação, reforçando o benefício do controle em resposta a situações em que se revela difícil o desenho ou a execução de contratos completos¹⁶.

A constatação de que existem custos de transação para elaboração dos contratos é fundamental para a compreensão dos direitos residuais de controle. Ora, em um contexto em que não houvesse custos para se discutir, planejar e elaborar previsões contratuais abarcando eventos futuros, as partes envolvidas poderiam redigir um contrato abrangente que especificasse toda e qualquer obrigação e contingência concebível. Nessas circunstâncias, não haveria motivo para modificações ou atualizações contratuais, uma vez que tudo já teria sido planejado e antecipado pelas partes, e eventuais dúvidas e discussões poderiam ser submetidas a um terceiro julgador que, sem grandes custos, poderia aferir a existência de violação do contrato por uma das partes, impondo-lhe uma penalidade apropriada¹⁷. Nessa perspectiva, seria difícil perceber quais seriam os benefícios de se optar pela integração vertical, já que, não havendo custos de transação, quaisquer direitos que a propriedade pudesse conferir poderiam ser desfeitos ou distintamente alocados por meio de um contrato. Em outras palavras, considerando que nesse panorama um resultado ótimo poderia ser alcançado quer as partes fossem empresas

A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, vol. 94, nº 4, 1986, p. 691-692.

¹⁶ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 119.

¹⁷ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 121-122.

distintas ou fizessem parte da mesma empresa, em grande medida a propriedade do ativo perderia sua relevância.

O cenário acima apontado é, contudo, irreal, uma vez que, na prática, os custos de transação para elaboração de contratos complexos são elevados. Em consequência desses custos, as partes podem não redigir um contrato que antecipe todos os eventos que possam ocorrer e as suas diversas consequências. Em vez disso, podem optar por redigir um contrato incompleto, contendo lacunas ou disposições incompletas: especificando algumas ações que deverão realizar, mas não outras; mencionando o que deverá acontecer em face de algumas contingências, mas não de outras. O resultado dessa incompletude é que, com o advento de certos eventos, as partes poderão discordar sobre o conteúdo e a extensão do contrato, e querer rever o instrumento¹⁸.

Nesse sentido, os contratos incompletos decorreriam da impossibilidade das partes de neles abarcarem todas as possíveis contingências futuras. Quando os contratos são incompletos, uma das partes deve ter o direito residual de controle (*power to exercise control*), ou seja, o direito de decidir sobre aspectos relacionados à titularidade/propriedade, não especificamente contemplados no contrato ou na lei. Assim, o proprietário teria o direito de decidir como aquele ativo seria utilizado, desde que seu uso não estivesse contratualmente especificado. É nesse sentido que a incompletude dos contratos abre uma porta para uma teoria econômica dos direitos de propriedade/titularidade (*property right theory*)¹⁹. Vale ressaltar que segundo Grossman e Hart, uma empresa é constituída pelos ativos que possui ou sobre os quais tem controle, não fazendo distinção entre propriedade e controle, e praticamente definindo a propriedade como o poder de exercer controle²⁰.

¹⁸ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 123.

¹⁹ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 123.

²⁰ GROSSMAN, Sandford J. e HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership:

Os direitos residuais de controle seriam relevantes porque determinariam quem teria autoridade para aprovar alterações em procedimentos na ocorrência de contingências não previstas no contrato. Esses direitos residuais de controle podem estar relacionados à propriedade ou titularidade de um ativo²¹ e constituem um mecanismo por meio do qual as lacunas existentes no contrato incompleto podem ser preenchidas ao longo da relação contratual. Esse modelo econômico da *property rights theory* pode ser ilustrado com o seguinte exemplo: uma montadora de automóveis contrata outra empresa para lhe fornecer carrocerias de automóveis. Havendo omissão contratual quanto ao procedimento a ser adotado em caso de aumento da demanda, a montadora de automóveis deverá buscar a concordância da outra empresa em aumentar o fornecimento de carrocerias, não podendo lhe impor este aumento, já que, nessa hipótese, a empresa fornecedora possuiria direitos residuais de controle²².

Conforme adverte Fernando Araújo, o modelo Grossman-Hart de contrato incompleto era simplificador, ignorando variáveis referentes à assimetria informativa, racionalidade limitada e aos fatores exógenos de inacabamento²³. Segundo esse modelo canônico, as partes também poderiam renegociar o contrato *ex post* para um resultado eficiente. Note-se que, em caso de renegociação, o *status quo* que seria considerado levaria em consideração os direitos residuais de controle, que poderiam,

A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, vol. 94, n° 4, 1986, pp. 693-694.

²¹ Conforme ressalta Oliver Hart, por vezes, um não-proprietário terá alguns direitos residuais de controle, que podem ser a ele conferidos pelo direito. A esse respeito, cita o exemplo do direito do locatário de exigir que o locador refaça a pintura da fachada do imóvel que foi danificada por terceiros, caso não haja previsão contratual em sentido diverso. (HART, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, n° 1, 1988, p. 124).

²² HART, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, n° 1, 1988, p. 124.

²³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 160.

contudo, ser afastados pelas partes. Ou seja, aquele que possuiria o direito residual de controle poderia dele abrir mão no contexto de uma renegociação contratual²⁴.

Por sua vez, a teoria dos custos de transação, apoiada em comprovação empírica, demonstrou a existência de gradações intermediárias de completude contratual, capazes de influenciar nas transações contratuais. Também propôs uma reformulação do conceito de contrato completo, apresentando-o não como mero conceito regulador, mas como acabamento ótimo em face dos custos de transação existentes. Nesse sentido, o contrato completo seria o contrato possível, observados determinados custos de transação.

Segundo Fernando Araújo, essa abordagem teórica dos custos de transação enfatizava que nenhuma relação contratual estaria isenta de custos, ao menos dos relativos à descrição *ex ante* ou da verificação *ex post* das contingências relevantes para o cumprimento das obrigações contratuais. Por outro lado, também frisava que toda relação contratual estaria situada em algum ponto entre as fronteiras da integração, quando os custos forem muito elevados e obstarem a solução contratual, e do mercado, quando os custos de cobertura dos riscos forem muito baixos, sendo desnecessária qualquer vinculação²⁵. Em síntese, a teoria dos custos de transação centraliza sua análise em dois aspectos: por um lado, na forma como os custos condicionam as escolhas das partes, e por outro, na forma como a lei pode, influenciando

²⁴ Segundo exemplificado por Oliver Hart: “[...] suppose that I contract with you to supply a certain number of car bodies for my automobile manufacturing plant. Imagine that demand rises and I want to increase the quantity you supply. It seems reasonable that to the extent that the contract was silent about this (the increase in demand was a state that we did not plan for or at least did not explicitly include in the contract), I need your agreement. That is, the status quo point in any contract renegotiation will be where you do not provide the extra supply; in other words you possess the residual rights of control in this case”. (HART, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 123-124).

²⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 162.

esses custos, presidir a esse condicionamento²⁶.

O modelo Grossman-Hart de contrato incompleto foi enriquecido com contribuições posteriores de Oliver Hart e John Moore, e de Philippe Aghion, Mathias Dewatripont e Patrick Rey²⁷, que evidenciaram soluções para situações em que algumas condições relevantes para a relação contratual não são verificáveis por um terceiro (juiz ou árbitro), inclusive pela dificuldade de se desenhar, com rigor, aquilo que se pretende no contrato, propondo-se para essas hipóteses a retratação das partes, com regresso ao estado anterior à negociação, inclusive no que se refere a investimentos específicos feitos, ou o mecanismo de renegociação²⁸.

3. POLÍTICA PÚBLICA DE DESESTATIZAÇÃO: CONTRATUALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA

As privatizações²⁹ ocorridas em muitos Estados, a exemplo de Brasil e Portugal, consistiram numa contraposição à expansão estatal observada desde o século XVIII, acarretando uma progressiva contratualização da prestação de serviços públicos³⁰, buscando-se maior eficiência na atuação da Administração Pública, que passou de prestadora de serviços a contratante

²⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 162.

²⁷ HART, Oliver D.; MOORE, John H. Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*. vol. 56, n° 4, 1988, p. 755-785; AGHION, Philippe; DEWATRIPONT, Mathias; REY, Patrick. Renegotiation Design with Unverifiable Information. *Econometrica*, vol. 62, n° 2, 1994, p. 257-282.

²⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 164-165.

²⁹ O Programa Nacional de Desestatização (PND) foi instituído pela Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei n° 9.491, de 10 de setembro de 1997, visando a uma reforma do Estado brasileiro, com a transferência para a iniciativa privada de atividades exploradas pelo setor público. A Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, trata de um dos aspectos do PND, qual seja o processo de desestatização dos serviços públicos.

³⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 90.

de prestadores, atuando como gestora desses contratos.

Vale registrar que o presente estudo pretende destacar a privatização por delegação, ou seja, aquela em que a Administração Pública transfere apenas a execução da satisfação de necessidades coletivas para entidades privadas, sem abandonar a titularidade desses serviços. Maria João Estorninho aborda o fenômeno, denominando-o de “fuga para o Direito Privado”, advertindo, contudo, que essa “fuga” não deve ser “nem um meio de prejuízo para os direitos fundamentais, nem um meio de criação de fontes ilegais de financiamento do Estado”³¹.

Também cabe ressaltar que os contratos públicos de concessão destacados neste estudo são aqui tratados de forma genérica, sem a pretensão de aprofundar o estudo sobre as peculiaridades do regime jurídico das parcerias público-privadas ou das concessões comuns de qualquer ordenamento jurídico específico, baseando-se essencialmente em dois pressupostos: i) ente público com capacidade de satisfazer suas obrigações tanto de forma direta como indireta, ou seja, com a possibilidade de contratar a satisfação de suas necessidades; ii) manutenção da responsabilidade do ente público pela satisfação de suas obrigações mesmo após a contratação, cabendo ao ente público acompanhar a atividade de execução e adotar providências necessárias para a preservação do interesse público.

A contratualização de prestação de serviços públicos revela-se como instrumento apto a afastar, em grande medida, o regime de direito administrativo, permitindo uma maior liberdade de atuação da Administração Pública, valendo-se de regras mais flexíveis, permitindo mais agilidade à concretização de resultados.

No que se refere à justificativa de eficiência dessa contratualização em contraposição à prestação direta dos serviços

³¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contribuindo para o estudo da atividade de direito da Administração Pública (2ª reimpressão). Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2009, p. 132.

públicos pela Administração Pública, cabe invocar a análise dos custos de transação realizada por Ronald Coase³², inicialmente em seu artigo seminal de 1937 sobre a natureza da “firma”, em que compara a eficiência de arranjos institucionais alternativos: a solução vertical de coordenação dos fatores produtivos em uma “firma” e a solução do mercado. Em complementação a essa análise, em trabalho publicado em 1960, por meio do que ficou conhecido por Teorema de Coase, o economista destaca que grande parte das soluções econômicas está decisivamente condicionada pelo quadro institucional que gera maiores ou menores custos de transação.

Coase aponta três espécies de custos na adoção da solução de mercado: i) os custos para se coletar informações relevantes; ii) os custos para a negociação e elaboração do contrato; e iii) os custos para o monitoramento e fiscalização, para cada transação realizada³³. Em outras palavras, a opção pelo mercado implica custos com a obtenção de informações relevantes sobre o melhor preço, a qualidade do produto e a confiabilidade da contraparte. Além disso, será preciso computar os custos de negociação provenientes da necessidade de celebração de contratos, tão completos quanto possível, e os custos com a fiscalização de sua execução. Nesse ponto, arremata Paula Vaz Freire que a “opção entre ‘fazer ou comprar’ passa, em primeira análise, por uma comparação entre os *custos internos* da empresa e os *custos de transação* que tem que suportar pela utilização do

³² COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, vol. 4, n° 16, 1937, p. 386-405; COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44.

³³ Nesse sentido, Coase aponta os seguintes custos de transação: “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on”. (COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 15).

mercado”³⁴, e também por uma ponderação sobre os custos de oportunidade associados a essas alternativas.

Sob o ponto de vista de eficiência na alocação de recursos, a existência de alternativas – solução de mercado e integração vertical – é justificada pela finalidade de tentar driblar esses custos, na maior medida possível. Se os custos da solução de firma são maiores do que os custos da solução de mercado, justifica a adoção desta última, e vice-versa. As ideias de Ronald Coase sobre os custos de transação foram aprofundadas por outros economistas, dentre os quais destaca-se Oliver Williamson, que expandiu a análise dos contratos como solução intermediária entre o mercado e a empresa, e de como os contratos e as estruturas de governança são utilizados para gerenciar as transações de forma eficiente³⁵.

A contratualização pode ser vista como uma escolha do Estado, com base no entendimento de que o recurso à solução intermediária entre o mercado e a integração vertical revela-se mais eficiente, por oportunizar custos de transação mais baixos do que a coordenação dos fatores de produção de bens e serviços dentro de sua própria estrutura. Logo, por meio dessa contratualização, a coordenação dos fatores de produção para a entrega do serviço pactuado será responsabilidade do contratado, e não da Administração Pública.

Os contratos de concessão de serviço público, especialmente os de infraestrutura, em regra de longo prazo e complexos, estão sujeitos à incompletude, em maior ou menor medida.

³⁴ FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008, p. 179.

³⁵ Segundo Williamson: “Firms, markets, and relational contracting are important economic institutions. They are also the evolutionary product of a fascinating series of organizational innovations. The study of the economic institutions of capitalism has not, however, occupied a position of importance on the social science research agenda”. (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institution of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985. p. 15).

Segundo Oliver Hart³⁶, a incompletude dos contratos decorreria essencialmente de três fatores: i) em um mundo complexo e imprevisível, é difícil que a capacidade de planejamento das pessoas alcance todas as contingências que possam surgir; ii) ainda que cada parte possa idealizar o seu planejamento individual, é difícil que os contraentes consigam negociar esses diferentes planos em uma redação comum do clausulado contratual, uma vez que é necessário chegar a uma linguagem única para descrever os diferentes estados e ações do mundo; iii) ainda que as partes consigam planejar e negociar sobre o futuro de forma abrangente, é difícil que consigam escrever os seus planos de forma que, na eventualidade de uma disputa, uma autoridade fora da relação contratual (ex.: juiz ou tribunal arbitral) possa compreender o exato significado desses planos e forçar o seu fiel cumprimento. Dessa forma, Oliver Hart realça os temas da observabilidade e verificabilidade “na dupla dimensão de limitação às possibilidades de negociação completa” e “de via de comunicação nas estratégias das partes entre elas e das partes perante o julgador”³⁷. Conforme leciona Hart, os contratos não conseguem ser suficientemente abrangentes, sendo a revisão e negociação uma constante na relação contratual.

Conforme já abordado neste estudo acerca da *property right theory*, em face da incompletude contratual uma das partes deve ter o direito residual de controle, ou seja, o direito de decidir sobre aspectos relacionados à titularidade/propriedade de determinado ativo, não contemplado especificamente no contrato. Assim, o proprietário ou titular teria o direito de decidir como aquele ativo seria utilizado, desde que seu uso não estivesse contratualmente especificado. É essa uma solução apregoada pela teoria econômica dos direitos de propriedade/titularidade para

³⁶ HART, Oliver. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995, p. 23.

³⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 159.

suprir as omissões do contrato incompleto³⁸. À medida que o futuro revela as suas nuances, eventualmente as partes terão de preencher as lacunas das cláusulas contratuais. Nesse caso, aquele que detém a propriedade sobre um recurso tem o poder de decidir sobre como esse recurso será utilizado. Em outras palavras: “não sendo as acções suscetíveis de descrição *ex ante*, no entanto elas se tornam verificáveis *ex post* – incidindo a análise no modo como a apropriação dos recursos, a definição dos ‘reservation points’, afeta os investimentos *ex ante* e a margem de renegociação *ex post* entre as partes”³⁹. Ou seja, os direitos residuais de controle são importantes por influenciar decisões de investimentos específicos *ex ante* e as balizas da renegociação *ex post*.

A par de todas as considerações feitas acerca da eficiência que se busca alcançar com a contratualização de serviços públicos, vale ressaltar que, embora a relação contratual pressuponha um equilíbrio de direitos e deveres entre as partes envolvidas, o Direito Administrativo permite um certo desequilíbrio nessa relação, conferindo alguns poderes relevantes para que o ente público consiga obter o sucesso esperado nas contratações que realiza, e nesse sentido não se pode tratar de forma parificada os contratos públicos e os contratos privados.

A não consecução do objeto do contrato público lesa os interesses de toda a sociedade e, conforme destaca Maria João Estorninho, a Administração Pública deve sempre perseguir o interesse público, seja quando age com formas e procedimentos de direito público ou com formas e procedimentos de direito privado⁴⁰. Esses poderes não precisam ser empregados de forma

³⁸ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*. Oxford University Press, vol. 4, nº 1, 1988, p. 123.

³⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 158.

⁴⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da atividade de direito da Administração Pública (2ª reimpressão)*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2009, p. 130.

agressiva e unilateral, “mas devem priorizar as soluções consensuais e respectivos métodos adequados – inclusive, no caso brasileiro mais recente, por meio de prorrogações antecipadas, relicitações, transferência de poder de controle e *step-in-rights*. Porém, e ainda assim, pode haver atos unilaterais – como a encampação”⁴¹. Nesse sentido, sendo a Administração Pública a titular do serviço público delegado ao agente privado, seu poder residual de controle pode decorrer de previsão normativa, e não apenas da propriedade ou titularidade do ativo.

Por fim, ainda no que se refere à solução de contratualização por parte da Administração Pública, em que pese o argumento da eficiência do contrato, não se deve olvidar que na posição de contratante o poder público cede o exercício dessas atividades, que passam a ser essencialmente do agente contratado, que passa a deter grande parte das informações relativas ao pactuado, o que pode acarretar uma assimetria informacional em detrimento da Administração Pública. Em uma relação de agência, essa assimetria pode deixar o contratante (principal) em situação de desvantagem, porque o contratado (agente) possui mais informações sobre a atividade por ele desenvolvida. Essa assimetria informacional pode gerar ineficiência nas transações, por abrir espaço para o surgimento de problema de agência⁴², seleção

⁴¹ De forma didática, Egon Bockmann Moreira leciona que a encampação “consustancia típica escolha de política pública, própria de contratos concessionários”. Nesse sentido, “[...] Encampação – ou ‘resgate’ ou ‘retomada’ - é a operação jurídica por meio da qual o poder concedente, durante o prazo do contrato, exige do concessionário que lhe seja restituído o serviço, suas instalações e bens próprios à execução. [...] O decreto de retomada exterioriza ato discricionário que, antes do advento do termo final, decide ser de necessidade e utilidade públicas que seja posto fim ao contrato de concessão, com o automático retorno do serviço público, e respectivos bens, ao titular do serviço. Essa avocação do serviço público concedido deve ser antecedida de ressarcimento indenizatório ao concessionário, eis que a encampação só gera efeitos *ex nunc*. [...] Não é punitiva ou repressiva, o que impede de ser realizada como forma de punir concessões que porventura padeçam de irregularidades”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias e autorizações*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 414-415).

⁴² No caso dos contratos públicos, a relação de agência pode resultar de um desalinhamento de prioridades de um agente privado face às finalidades que presidiram à

adversa, risco moral e oportunismo.

Ademais, ao adotar a solução intermediária do contrato, a Administração Pública terá, ao menos: custos para coletar informações relevantes, para definir previamente algumas salvaguardas contratuais e para fiscalizar e monitorar esses contratos. Nesse sentido, apenas a análise criteriosa de uma determinada situação poderá indicar a maneira mais eficiente de se desempenhar a atividade, não havendo uma resposta única à questão.

4. CONTRATOS PÚBLICOS DE CONCESSÃO: INCOMPLETUDE, RISCOS E ADAPTABILIDADE

Nas concessões de serviço público, transfere-se ao setor privado a execução da atividade e o controle imediato dos bens a ela essenciais, por prazo certo, nos limites previstos no edital de licitação e no contrato, mantendo-se o Estado como o titular desses serviços⁴³. Esses contratos de concessão são, em regra, de longa duração e complexos, e demandam uma adequada modelagem jurídica para a proteção dos interesses públicos envolvidos, o que compreende a análise de diversos aspectos, como objeto, obrigações e responsabilidades das partes, formas de pagamento, alocação de riscos, mecanismos de incentivos ao cumprimento do pactuado e adaptabilidade do instrumento a determinadas alterações futuras⁴⁴.

Não é possível que, no momento da pactuação, o

gênese do serviço público, ou seja, de um distanciamento entre a finalidade de maximização do lucro e de maximização do bem-estar social.

⁴³ Os contratos de concessão no Brasil são regidos essencialmente pela Lei nº 8.987, de 1995, que regula as concessões comuns, e a Lei nº 11.079, de 2004, que regula as concessões especiais (parceria público-privada). A Lei nº 14.133, de 2021 (Lei geral de licitações e contratos administrativos) é aplicada de forma subsidiária, nos termos previstos no art. 186: “Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010”.

⁴⁴ GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em Contratos Públicos de Concessão: Uma Análise Econômica da Repartição de Responsabilidades. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. nº 4, Ano 2020, pp. 2180.

instrumento preveja, sem custos elevados, todos os cenários futuros que poderão afetar o contrato de longa duração. Essa insuficiência *ex ante* decorrente da incompletude contratual pode propiciar o surgimento de conflitos durante a relação contratual. Por outro lado, a busca por uma maior completude contratual pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício dessa negociação⁴⁵, uma vez que a elaboração de um contrato tende a se tornar mais dispendiosa quanto mais amplo e detalhado for o panorama de contingências que se pretende recobrir e nele discriminar⁴⁶.

Ademais, conforme alerta Fernando Araújo, mesmo o mais completo e minucioso contrato está sujeito a uma avaliação subjetiva e falível das partes, gerando um potencial conflito de interpretações, que pode vir a ser resolvido por um terceiro que também fará suas interpretações com base em subjetividade⁴⁷, seja adotando a tese realista, que admite o inacabamento dos contratos, seja considerando a tese consensualista, que reconhece que todos os contratos são implicitamente completos⁴⁸.

⁴⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 148.

⁴⁶ Williamson apresenta dois tipos de custos de transação: *ex ante* e *ex post*. Os custos de transação *ex ante* relacionam-se com os custos necessários para redigir, negociar e estabelecer previamente salvaguardas contratuais. Por sua vez, os custos *ex post* relacionam-se com os custos de monitorar, adaptar e renegociar o contrato ao longo de sua execução. Nesse sentido, Williamson ressalta que: “Transaction costs of *ex ante* and *ex post* types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement. This can be done with a great deal of care, in which case a complex document is drafted in which numerous contingencies are recognized, and appropriate adaptations by the parties are stipulated and agreed to in advance. Or the document can be very incomplete, the gaps to be filled in by the parties as the contingencies arise. Rather, therefore, than contemplate all conceivable bridge crossings in advance, which is a very ambitious undertaking, only actual bridge-crossing choices are addressed as events unfold”. (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institution of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985, p. 21).

⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 173.

⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 175.

Embora se trate de contratos incompletos, a adoção de um nível adequado de previsão e de explicitação de aspectos que uma estipulação mais completa pode abarcar, principalmente no que se refere à distribuição de riscos, tem grande relevância nos contratos públicos de concessão. A maior clareza quanto à matriz de risco contratual permite que os interessados ofereçam propostas mais condizentes, que permitirão o cumprimento das obrigações contratuais na fase da execução do contrato. Em outras palavras, a alocação específica de riscos é desejável na medida em que promove incentivos para que as partes ajustem o nível de cautela na prevenção de sua ocorrência, ou no gerenciamento ótimo de potenciais perdas⁴⁹. Além disso, a complexidade dos contratos públicos de concessão impacta na observabilidade de sua execução, uma vez que quanto maior a complexidade do contrato, mais difícil é a aquisição de informação por parte do contratante quanto ao adimplemento das prestações.

A modelagem contratual inadequada, por outro lado, pode comprometer a realização do projeto idealizado, conduzindo a pedidos recorrentes de reequilíbrio contratual, quando se verificam contingências que não foram expressamente previstas ou mesmo contingências previstas, mas que resultam em consequências de maior gravidade em prejuízo do agente privado contratante⁵⁰. A recorrência desses cenários pode acarretar, inclusive, seleção adversa⁵¹ e risco moral nas concessões de serviço

⁴⁹ GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em Contratos Públicos de Concessão: Uma Análise Econômica da Repartição de Responsabilidades. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. nº 4, 2020, pp. 2213.

⁵⁰ GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em Contratos Públicos de Concessão: Uma Análise Econômica da Repartição de Responsabilidades. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. nº 4, 2020, pp. 2182.

⁵¹ O problema da seleção adversa foi inicialmente analisado no mercado de carros usados, concluindo AKERLOF pela possibilidade de colapso desse mercado, em razão da assimetria informativa por parte dos compradores, que ofertando “às cegas” preços médios para carros bons e ruins, desencorajariam os vendedores de carros melhores e premiariam os vendedores de carros de pior qualidade. O autor entende que esse colapso poderia ser evitado pela introdução, no mercado, de uma espécie de sinalização, de uma informação de baixo custo que permitisse ao comprador evitar a

público⁵². Nesse sentido, os agentes privados interessados na concessão poderão apresentar propostas menos adequadas aos riscos previsíveis e revelar-se menos diligentes e cuidadosos para evitar que esses riscos ocorram, fiando-se na possibilidade de sucessivas renegociações do contrato e de transferência de responsabilidades ao poder público, afastando da disputa agentes mais qualificados e austeros, e reduzindo a competitividade do certame. Nesse cenário, também não se pode deixar de mencionar a exposição dos agentes públicos ao risco de captura, dada a maior discricionariedade na interpretação e aplicação do contrato⁵³.

proposta do preço médio. (AKERLOF, George A., The market for 'lemons': Quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nº 3, 1970, pp. 488-500).

⁵² O risco moral consistiria na perda de incentivos para adoção de condutas diligentes e cuidadosas na prevenção de prejuízos por parte daquele que está resguardado desses riscos em uma relação contratual. Um exemplo de risco moral seria a conduta de um “mau segurado” diante de um seguro de veículo que, na ocorrência de sinistro, substituisse o automóvel usado por um novo, sem cobrança de qualquer franquia ou agravamento do prêmio. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia: I. Introdução e Microeconomia*. 4ª edição. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 666).

⁵³ As raízes da moderna teoria da escolha pública (*Public Choice*) encontram-se em James M. Buchanan e Gordon Tullock. Eles romperam com o pensamento tradicional de que os agentes públicos agem sempre no interesse coletivo, adotando uma visão realista de que os agentes da burocracia estatal se comportam como agentes econômicos, com interesses próprios que nem sempre coincidem com os interesses públicos dos cargos que ocupam. (BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*. Tradução: Patrícia Correa. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021). Conforme sintetizado por Fernando Araújo, a abordagem da escolha pública pode ser definida como uma “visão desencantada e cínica, que não hesita em centrar a sua análise no ‘mercado de favores políticos’, consistindo, portanto, numa expansão, para dentro do próprio mecanismo de funcionamento do Estado, das leis econômicas que a tradição microeconômica costumava reservar para a análise do funcionamento dos mercados”. A base ideológica da teoria da escolha pública “é essencialmente libertária – defensora do ‘Estado mínimo’, da propriedade privada e da justiça ‘procedimental’ dos mercados”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia – II. Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. Lisboa: AAFDL editora, 2022, pp. 462-463). Sobre o tema, leciona Butler que: “Escolha Pública utiliza os métodos e ferramentas da economia para explorar como funcionam a política e o governo. É uma abordagem que produz alguns *insights* surpreendentes e levanta questões desafiadoras – tais como até que ponto o processo político é

realmente eficiente, eficaz e, de facto, legítimo. (...). Escolha Pública consiste em aplicar estes conceitos econômicos simples ao estudo de como as escolhas coletivas são feitas – aplicando-os a coisas como a concepção e funcionamento de instituições, mecanismos eleitorais, partidos políticos, grupos de interesse, lobbying, burocracia, parlamentos, comités e outras partes do sistema governamental. As decisões políticas coletivas, tais como aumentar os impostos sobre a propriedade para construir uma nova estrada, são tão econômicas como qualquer outra: também envolvem uma escolha entre custos e benefícios, não apenas custos e benefícios financeiros, mas, de forma mais ampla, entre tudo o que precisa ser sacrificado e tudo o que é ganho como resultado”. (BUTLER, Eamonn. Public choice - A Primer. *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012). É interessante perceber já em Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, concepções básicas sobre política e natureza humana que compõem a essência da teoria da escolha pública: desconfiança quanto à intervenção do Estado, devido à possibilidade de falhas governamentais e à influência dos interesses pessoais dos agentes públicos nas decisões políticas e governamentais, que deveriam visar ao interesse coletivo. Adam Smith expressou sua indignação sobre os privilégios concedidos a grupos ou classes na Grã-Bretanha, em diversas passagens de *A Riqueza das Nações*. Leis conferiam e mantinham monopólios para comerciantes e manufatureiros, além de estabelecerem restrições ao mercado de trabalho, como no caso dos aprendizes. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da referida obra, com grifos nossos: “[...] A importação de lã de carneiro de vários países, de algodão de todos os países, de linho bruto, da maioria de produtos de tinturaria, a maior parte de couros não tratados da Irlanda ou das colônias britânicas, de peles de foca da Groenlândia britânica, de ferro em barras e lingotes das colônias britânicas, bem como de vários outros materiais de manufatura, foi encorajada por uma isenção de todas as taxas, se apresentadas adequadamente à alfândega. O interesse privado de nossos mercadores e manufatureiros talvez possa ter extorquido da legislatura estas isenções, bem como a maior parte de nossos outros regulamentos comerciais. São, porém, perfeitamente justas e razoáveis, e se, consistentemente com as necessidades do Estado, pudessem ser estendidas a todos os outros materiais de manufatura, o público certamente sairia ganhador. A avidez de nossos grandes manufatureiros em alguns casos estendeu estas isenções muito além do que justamente possa ser considerado como as matérias brutas de seu trabalho. Pelo 24º de Jorge II, cap. 46, uma pequena taxa de apenas um penny por libra sobre a importação de fio de linho em bruto, em vez de taxas muito mais altas a que estava sujeito antes, por exemplo, seis pence por libra para fio para velas, ou um shilling a libra sobre todo fio francês ou holandês, e duas libras e 13 shillings e quatro pence sobre o hundredweight de todo abeto ou fio Muscovia. Mas nossos manufatureiros não ficaram satisfeitos por muito tempo com esta redução. Pelo 29º do mesmo rei, cap. 15, a mesma lei que deu um incentivo sobre a exportação de linho britânico e inglês cujo preço não excedesse 18 pence a jarda, mesmo esta pequena taxa sobre a importação de fio de linho não tingido foi removida. Nas várias operações, porém, que são necessárias para a preparação do fio de linho, muito mais indústria é empregada do que na subsequente operação de preparar o linho tecido a partir do fio. Para não falar da indústria dos cultivadores e preparadores do linho, são necessários três ou quatro fiadores, pelo menos, para manter um tecelão

O inacabamento contratual também pode expor uma ou ambas as partes ao oportunismo⁵⁴ da contraparte. Esse oportunismo pode fragilizar o equilíbrio da relação contratual, das expectativas das partes, “dos seus compromissos e programas de conduta”, podendo gerar a retração de investimentos específicos “que concedam à contraparte margem para a expropriação das rendas ainda disponíveis no seio do contrato”⁵⁵. Conforme

constantemente empregado, e mais de quatro quintos de toda quantidade de trabalho necessária para a preparação do linho tecido são empregados na do fio de linho; mas nossos fiadores são gente pobre, mulheres, comumente espalhadas por todas as partes do país, sem apoio ou proteção. Não é pela venda de seu trabalho, mas pelo trabalho completo dos tecelões que nossos grandes mestres manufatureiros fazem seus lucros. Como é de seu interesse vender suas manufaturas completas o mais caro possível, também o é comprar seus materiais o mais barato possível. Exorquindo da legislatura subsídios sobre a exportação de seu próprio linho, altas taxas sobre a importação de todo linho estrangeiro, e uma proibição total do consumo interno de algumas espécies de linho francês, procuram vender seus artigos o mais caro possível. Encorajando a importação de fio de linho estrangeiro, e assim trazendo-o para competir com o que é feito por nosso povo, procuram comprar o trabalho dos fiadores pobres o mais barato possível. Estão tão determinados em manter baixos os ganhos de seus próprios tecelões quanto os dos fiadores pobres, e de modo algum é pelo benefício do trabalhador que procuram elevar o preço do trabalho completo ou baixar o dos materiais brutos. É a indústria exercida em benefício dos ricos e poderosos que é principalmente encorajada pelo nosso sistema mercantil. Aquela que é exercida pelo benefício do pobre e indigente é muito frequentemente negligenciada ou oprimida”. (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações* (Coleção Clássicos de Ouro). Tradução: Norberto de Paula Lima. 4. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Edição do Kindle), 2017, Livro IV, cap. 8, p. 543-544).

⁵⁴ Segundo Williamson, o oportunismo pode ser entendido como a tentativa do agente de perseguir um ganho individual. Nesse sentido: “Transaction cost economics characterizes human nature as we know it by reference to bounded rationality and opportunism. The first acknowledges limits on cognitive competence. The second substitutes subtle for simple self-interest seeking”. (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institution of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985, p. 44). Nuno Cunha Rodrigues destaca que o oportunismo pós-contratual, especialmente o problema do *hold-up* contratual, “relaciona-se com a situação em que duas partes podem cooperar na execução eficiente de um contrato, mas acabam por não o fazer temendo que tal proporcione à parte contrária poder negocial, reduzindo a sua própria renda”. (RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 74).

⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 643-644.

ressalta Paula Vaz Freire, “a necessidade de prevenir o oportunismo, ou de mitigar as suas consequências é um dos fundamentos da estipulação de cláusulas limitativas da actuação das partes”⁵⁶. Conforme bem adverte Fernando Araújo, à medida que investimentos específicos e deveres são desempenhados, sejam eles preparatórios, acessórios ou o próprio cumprimento definitivo da obrigação principal, e quanto mais irrecuperáveis forem esses custos, mesmo em se tratando de custos de oportunidade, mais fragilizada se torna a parte que neles incorreu a pressões da contraparte para uma renegociação⁵⁷. Esse contexto pode abrir uma margem a condutas oportunistas, em uma relação de agência.

A teoria de agência ou relação de agência atribui especial relevância à assimetria informativa e à margem de risco moral que essa assimetria permite em situações que emergem de uma relação contratual na qual uma pessoa ou entidade (o agente) age em nome de outra pessoa ou entidade (o principal). À medida que a conduta do agente seja inobservável pelo principal, aquele pode se ver tentado a explorar uma margem de risco moral em seu próprio proveito e em detrimento daquele no interesse de quem deveria agir. Sob o ponto de vista jurídico, o problema central é o da possibilidade de o agente extrapolar as funções que lhe são cometidas, enquanto na perspectiva econômica o que se destaca é o grau de esforço que os incentivos contratuais são ou não capazes de assegurar para manter alinhada a conduta do agente com os interesses do principal⁵⁸.

Isso não significa, contudo, que uma rigidez excessiva na arquitetura jurídica dos contratos de concessão seja a solução

⁵⁶ FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008, p. 295.

⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 642.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 596.

adequada e viável. A impossibilidade de previsão de todas as eventuais ocorrências futuras constitui uma realidade dos contratos incompletos. A distribuição de responsabilidades por grande parte dos riscos do projeto *ex ante* não impede que se deixe um certo espaço para ajustes na fase de execução contratual, buscando-se soluções de adaptabilidade *ex post*. A existência de um acabamento contratual ótimo distingue-se, portanto, de um acabamento total⁵⁹.

A abordagem relacional dos contratos evidencia, inclusive, que a preservação de certa abertura contratual pode ser benéfica ao potencial evolutivo da interação entre as partes, gerando aprendizagem e adaptação⁶⁰. Assim, embora as partes não sejam capazes de antecipar, a baixos custos, todas as circunstâncias que poderão vir a se revelar importantes no cumprimento de suas obrigações contratuais, podem depositar confiança em mecanismos contratuais “implícitos”⁶¹ e nas especificidades próprias das relações contratuais reiteradas. Nesse sentido, arremata Paula Vaz Freire que “quando os contratos são incompletos e de longa duração implicam uma ‘relação de continuidade’, cujas obrigações não podem ser totalmente definidas *ex ante*, mas que são moldadas pela presença de *normativos internos* da relação contratual”. Nesse sentido, acrescenta que as “relações contratuais duradouras criam e assentam em normas internas de

⁵⁹ Esse acabamento contratual ótimo aproximar-se-ia do conceito de contrato funcionalmente completo, que, segundo leciona Fernando Araújo, seria aquele que alcança a eficiência objetivamente viável, dados os constrangimentos de observabilidade e verificabilidade presentes no pactuado. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 151 e 183).

⁶⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 175.

⁶¹ Paula Vaz Freire leciona que esses mecanismos contratuais implícitos seriam os compromissos que o mercado se encarrega de fazer cumprir. Um exemplo desse mecanismo seria a depreciação da reputação de uma empresa no mercado, com reflexos em compensações monetárias incidentes em futuros contratos, em razão de comportamento oportunista por ela adotado. (FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008, p. 295).

solidariedade e de reciprocidade, as quais coexistem a par dos mecanismos sancionatórios inerentes ao contrato”⁶².

CONCLUSÕES

O objetivo do contrato é proporcionar ganhos recíprocos para as partes⁶³, e a abordagem da análise econômica dos contratos sugere a apreciação ou reapreciação das soluções jurídicas contratuais, com base na relação custo-benefício⁶⁴. Nesse sentido, tendo em vista que o contrato é mero instrumento para o alcance de interesses, deve sujeitar-se a “retificações na sua forma e nos resultados a que conduz, em nome da justiça e da eficiência”⁶⁵.

As privatizações ocorridas em muitos Estados, a exemplo de Brasil e Portugal, acarretaram uma progressiva contratualização de prestação de serviços públicos, buscando-se maior eficiência na atuação da Administração Pública. Nesse sentido, o contrato público de concessão pode ser visto como uma escolha do Estado que oportuniza custos de transação mais baixos do que a coordenação dos fatores de produção de bens e serviços dentro de sua própria estrutura.

Por outro lado, não se pode olvidar que na posição de contratante o poder público cede o exercício dessas atividades, que passam a ser do agente contratado, o que pode acarretar uma assimetria informacional desfavorável à Administração Pública. Essa assimetria informacional pode gerar ineficiência nas transações, abrindo espaço para problema de agência, seleção adversa, risco moral, oportunismo e risco de captura do agente

⁶² FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008, p. 295.

⁶³ MACKAAY, Ejan; e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2020, p. 405.

⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 25.

⁶⁵ *Idem*, p. 35.

público.

Os contratos públicos de concessão, especialmente os de infraestrutura, em regra de longo prazo e complexos, estão sujeitos à incompletude, em maior ou menor medida. Por meio dessas concessões, transfere-se ao setor privado a execução da atividade e o controle imediato dos bens a ela essenciais, por prazo certo, nos limites previstos no edital de licitação e no contrato, mantendo-se o Estado como o titular desses serviços. Esses contratos demandam uma adequada modelagem jurídica para a proteção dos interesses públicos envolvidos, o que compreende a análise de diversos aspectos, como objeto, obrigações e responsabilidades das partes, formas de pagamento, alocação de riscos, mecanismos de incentivos ao cumprimento do pactuado e adaptabilidade do instrumento a determinadas contingências.

Não é possível que, no momento da pactuação, o instrumento preveja todos os cenários futuros que poderão afetar o contrato de concessão. Essa insuficiência *ex ante* decorrente da incompletude contratual pode propiciar o surgimento de conflitos durante a relação contratual. Por outro lado, a busca por uma maior completude contratual pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício dessa negociação, já que a elaboração de um contrato mais amplo e detalhado tende a se tornar mais dispendiosa.

Por todo o exposto, a análise econômica dos contratos é fundamental para estruturar e analisar as melhores escolhas disponíveis às partes. Nesse sentido, a abordagem da teoria dos contratos incompletos, passando pelo exame do modelo Grossman-Hart e da teoria dos custos de transação, pode auxiliar a compreender os riscos e vantagens da incompletude dos contratos públicos de concessão. Dessa forma, mesmo considerando a existência de peculiaridades dos contratos públicos em face dos contratos privados, a análise das intuições desenvolvidas pela teoria dos contratos incompletos pode contribuir para uma

ponderação sobre os custos e benefícios da modelagem contratual mais eficiente e dos seus impactos na execução e renegociação do pactuado.

Nesse sentido, a análise do arcabouço teórico relacionado neste estudo também pode ajudar na compreensão de que o acabamento contratual ótimo, com distribuição de responsabilidades por grande parte dos riscos do projeto *ex ante*, não impede que se deixe um certo espaço para ajustes na fase de execução contratual, buscando-se soluções de adaptabilidade *ex post*⁶⁶.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGHION, Philippe; DEWATRIPONT, Mathias; REY, Patrick. Renegotiation Design with Unverifiable Information. *Econometrica*, vol. 62, n. 2, 1994, p. 257-282.
- AKERLOF, George A. The market for 'lemons': Quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, 1970, p. 488-500.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia: I. Introdução e Microeconomia*. 4ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021.
- ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: O Pacto Anti-Psíquico. Lisboa: *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 3 (2017), n. 2, p. 165-217.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.
- BUCHAMAN, James M. The public choice perspective, *Politics as public choice*. Carmel, Indiana, Liberty Fund, Inc, 2000.

⁶⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 151 e 183.

- BUCHANAN, James. What is public choice theory?. *Economic Education Bulletin*. American Institute of Economic Research, vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 1-4.
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*. Tradução: Patrícia Correa. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021.
- BUTLER, Eamonn. Public choice - A Primer. *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, vol. 4, n. 16, 1937, p. 386-405.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44.
- EISENBERG, Melvin Aaron. Why there is no law of relational contracts. *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n. 3, 2000, p. 805-821.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2009.
- FREIRE, Maria Paula. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. Lisboa: AAFDL Editora, 2008.
- GOMES, Milton Carvalho. Riscos e Incertezas em Contratos Públicos de Concessão: Uma Análise Económica da Repartição de Responsabilidades. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, nº 4, 2020, p. 2179-2239.
- GROSSMAN, Sandford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, vol. 94, n. 4, 1986, p. 691-719.
- HART, Oliver D. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. New York: Oxford University Press, 1995.
- HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the

- Firm. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford University Press, vol. 4, n. 1, 1988, p. 119-139.
- HART, Oliver D., MOORE, John H. Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*, vol. 56, n. 4, 1988, p. 755-785.
- HEINEN, Juliano. Regulação experimental ou sandbox regulatório – compreensões e desafios. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol. 68, n. 1, p. 113-136, jan./abr. 2023. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/85389>. Acesso em: 08 abr. 2024.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2020.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias e autorizações*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Econômica*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações* (Coleção Clássicos de Ouro – edição do Kindle). Tradução: Norberto de Paula Lima. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institution of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.