Número 18 – maio/junho/julho - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

CONTRATOS INCOMPLETOS E INFRAESTRUTURA: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E PPPs.

Prof. Marcos Nóbrega

Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco, ex-auditor da Secretaria da Fazenda, professor de Fundamentos do Direito da Universidade Federal de Pernambuco, instrutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF), professor da Escola de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), da Escola de Governo da Fundação Joaquim Nabuco (FUNDAJ) e de cursos de Pós-graduação na área de Direito Público, na Universidade de Pernambuco. Professor da Escola de Contas Públicas Professor Barreto Guimarães, do Tribunal de Contas de Pernambuco, tendo ministrado diversos cursos sobre Responsabilidade Fiscal.

1 – INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes instrumentos levados a termo para estabelecer e garantir as trocas na economia é o contrato onde as obrigações das partes são estipuladas. Neles também estão estabelecidos as contingências e interesses envolvidos bem como as salvaguardas para minimizar os riscos inerentes à relação contratual. Contratos bem elaborados, bem como um adequado grau de *enforcement* são condições fundamentais para o sucesso de empreendimentos de longo prazo, sobretudo quando valores vultosos são envolvidos e consideráveis riscos avaliados.

Dessa forma, uma análise mais acurada dos contratos em projetos de infraestrutura passa a ser premente, sobremodo quando uma rede de contratos pode ser imposta, como em modelagens de Project finance ou mesmo quando contratos administrativos são envolvidos, a exemplo , de concessões de serviço público e Parcerias Público Privadas (PPPs). Assim, o objetivo desse texto é trazer novos subsídios para a analise desses conplexos contratos que decerto serão úteis para sua interpretação e integração. Dessa forma, esse trabalho, além dessa introdução é composto de uma análise sobre os custos de transação e sua importância para a análise econômica dos contratos (parte 2). Na sequência, uma análise de situações oportunistas que advém da incompletude intrínseca dos contratos de infraestrutura, a exemplo de moraz hazard e seleção adversa são

observados, tendo a teoria dos custos de agencia (teoria do agente – principal) como principal referencial teórico (parte 3). As sessões teóricas são úteis para análise específica dos contratos de infraestrutura que se dará na parte 4 onde aspectos atinentes aos contratos de concessões de serviço público e PPPs são discutidas e sendo seguidas de nossas conclusões na parte 5.

- O MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO

O modelo clássico dos contratos pressupõe que as partes apresentam racionalidade ilimitada e processam de forma ótima todas as informações que recebem . Há, portanto, uma informação livre e plenamente inteligível pelas partes quando da assinatura da avença[1] o que determina a ausência de dificuldades cognitivas. Além disso, as partes estão preocupadas em maximizar suas funções de utilidade, não preocupadas em trapacear ou levar vantagem de informações privilegiadas. Por fim, na síntese clássica, as trocas são feitas a custo zero, o que impõe uma estrita racionalidade na elaboração contratual.

Dessa forma, o contrato tradicional consideraria o pressuposto simplificador de dois indivíduos transacionando um determinado bem ou serviço em um específico período de tempo o que, considerando os textos de microeconomia, seria resolvido graficamente por uma simples caixa de Edgeworth onde não existiria incerteza tampouco assimetrias informacionais. Esse modelo clássico foi superado a partir dos anos 50 por abordagens mais complexas considerando alocação e repartição de riscos. Essas inovações foram fundamentais para as modernas teorias de investimentos sobre riscos e escolha de portfólio[2]. Mais adiante a teoria contratual avançou e nos anos 60 e 70 aspectos da teoria dos incentivos e a economia da informação foram incorporados e contribuíram como ferramentas importantes para a teoria da firma , finanças corporativas e teoria das instituições. Finalmente, pesquisas mais recentes desenvolvidas nos anos 80 e 90 dão conta da importância de contratos de longo prazo e sua dinâmica. Assim, a renegociação contratual , os contratos relacionais e contratos incompletos são temas relevantes à luz de argumentos como direitos de propriedade , discricionariedade, instituições e governança que muito contribuirão para o aprofundamento do entendimento das relações contratuais complexas, como soi ocorrer na seara infraestrutural.

Dessa forma, a análise das instituições é de fundamental importância e a abordagem de contratos incompletos oferece uma útil framework para explorar esse assunto sistematicamente. Cumpre também observar que a maioria da teoria sobre contratos incompletos supõe uma particular forma de incompletude contratual e não encara a questão como um problema de otimização. A otimização , na verdade resta adstrita a escolhas das instituições , à formatação das regras de decisão e direitos de alocação e controle. Assim, os contratos

[1] Pinheiro, Armando Castelar e Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Editora Campus, São Paulo, 2006, pag 65.
[2] Bolton, Patrick e Dewatripont, Mathias. Contract Theory. Cambridge, Massachusetts, Ed MIT press, 2005, pag 01

incompletos são basicamente explicados, segundo Bolton[3], como um problema de linguagem, como um problema cognitivo. Na verdade, segundo ele, o problema é mais amplo englobando inclusive direitos de propriedade.

Parece óbvio que o contrato de síntese clássica pode ser apenas um ponto de referência , um standard para auxiliar na interpretação de contratos mais sofisticados. Seria uma espécie de "âncora doutrinaria" assim como fora a idéia de concorrência perfeita. Por óbvio , essas hipóteses rigorosas devem ser relaxadas em um ambiente econômico complexo, sobremodo quando contratos de infraestrutura estão envolvidos e montantes vultosos determinados.

Dessa forma, rompendo a estreita visão tradicional e considerando o arcabouço teórico da "teoria da incompletude contratual[4]" há em largo espectro onde as soluções exclusivamente de mercado e as soluções integradas de dissipação de risco estariam nas opções extremas. Os contratos, portanto, seria uma solução de permeio considerando esses dois extremos. Assim, os contratos são uma solução intermediaria entre o mercado que conquanto menos custoso inicialmente demonstra-se inapto para uma correta dissipação e cobertura de riscos e as estratégias de integração que embora sejam mais adequadas para alocação de riscos, se revelam com elevados custos de instalação. Logo, existirá um trade off entre mercado (com seus incentivos) e estratégias extra contratuais de resolução de conflitos. O contrato será a chave para resolução dessas questões e qual a viabilidade econômica de escolher a opção contratual passa a ser questão de grande relevância.

Dentre as opções postas, talvez seja mais adequado elaborar um contrato incompleto considerando um ambiente econômico e jurídico repleto de imperfeições e incertezas bem como o custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude contratual excessivamente onerosa. Além disso, a incompletude contratual[5] também pode ser devida a fatores estruturais com assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra parte (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximizará a função de utilidade dos contratantes.

Outra forma de analisar os contratos incompletos seria pela abordagem Neoinstitucionalista (NIE) que se centra no impacto das instituições na estipulação de arranjos contratuais. Assim, no que se refere aos contratos incompletos, o ponto fulcral trata da inverificabilidade ex post por um terceiro alheio aos contratantes, determinando uma assimetria informacional desse observador em relação aos integrantes dos pólos contratuais. Essa "insuficiência estrutural" do contrato abre espaço para regras supletivas avançadas, como contratos relacionais e arbitramento.

[3] op cit pág 490.
[4] Araújo, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Coimbra, Ed. Almedina, 2007, pag 147.
[5] Araújo op cit pág 148

2 - CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Para falarmos de contratos incompletos, temos que considerar os custos de transação do sistema. Aliás, o tema ganhou grande dimensão nas últimas décadas, o que permite falarmos inclusive numa "economia dos custos de transação". Trata-se de seara teórica multidisciplinar envolvendo aspectos como economia, direito e organização que coloca o problema estrutural da economia como veementemente um problema contratual e nasce dos trabalhos de vários autores sendo Coase e Willianson responsáveis por obras seminais[6].

A teoria neoclássica considerava que a coordenação das ações dos agentes econômicos deveria ser feita exclusivamente pelo sistema de preços[7] e como a lógica do mercado é não cooperativa, a vantagem do mercado dependerá da capacidade do sistema de preços de transmitir as informações necessárias aos agentes econômicos. O papel inovador de Coase foi observar que diante da dificuldade do mercado de transmitir adequadamente todas essas informações, a firma poderá fazê-lo, muito embora haja custos para coletar e transmitir essas informações.

Portanto, a idéia de Coase é intuitiva. Argumenta o autor que sempre haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes. Dessa forma, como as transações tornam-se custosas , os mercados falham em atingir um equilíbrio eficiente[8] e novos arranjos devem ser encontrados. Logo, ao lançar mão do mercado os agentes econômicos incorrerão em custos para transacionar e coletar as informações necessárias para por a termo os negócios. A partir daí, o elemento fundamental da economia passa a ser a transação, tornando-se uma unidade de abordagem microanalitica e a firma uma estrutura de gestão onde a sua estrutura interna , os incentivos , bem como os controles envolvidos passam a ter uma dimensão mais importante do que suas funções de produção[9].

Willianson foi mais além e considerou a possibilidade de mensurar esses custos de transação, pontuando que o contrato é um fundamental instrumento que os agentes econômicos devem usar para se adaptarem a eventos não antecipáveis. O ponto inovador é considerar que o contrato capta a dimensão intertemporal da transação então os custos de transação passam a ser , em boa medida, os custos de realizar contratos na economia.

Na seara da economia dos custos de transação, duas considerações devem ser feitas: a racionalidade e o oportunismo. Pela primeira premissa, a racionalidade é limitada, ou seja, os agentes possuem capacidade cognitiva

---

[6] Coase, R. H. "*The Nature of the Firm***"** *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

[7] Dos Santos, Rodolfo. Análise Econômica dos Contratos: Elementos para discussão em setores de infraestrutura. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 11, n. 21, jun 2004, pág 233-54.

[8] Peres, Úrsula. Custos de Transação e estrutura de governança no setor publico. RBGN, São Paulo, vol. 9, n. 24. Pag 15, mai/ago 2007.

[9] MacDowell, Cristina e Cavalcanti, José Carlos. Contribuições recentes à teoria da integração vertical. Disponível no endereço eletrônico: http://www.decon.ufpe.br/integ1.htm . Acessado em 19/12/2008.

restrita e não podem processar todas as informações percebidas. Já o oportunismo significa que cada parte, agindo por conta dos seus próprios interesses, utilizam de artifícios (até mesmo ilegais) para tentar extrair uma quasi renda da outra parte, lançando mão, entre outras coisas, das suas vantagens informacionais.

Em certo sentido, a magnitude dos custos de transação irá definir o grau de incompletude do contrato. Evidente , como lembra Willianson[10], que a firma, os mercados e os contratos relacionais são importantes instituições e devem ser consideradas quando da modelagem de relações econômicas. Assim, insurge-se contra uma abordagem que chama de não-institucional que nega uma análise microanalítica dessas instituições. Logo, as características estruturais do mercado, bem como seu grau de hierarquia e formas de quase-mercados devem ser apreciadas em conjunto para uma análise adequada dos impactos econômicos de uma maneira sistêmica.

Percebe-se que essa abordagem multidisciplinar em muito contribuirá para mudar os paradigmas com os quais estão fincados as bases do nosso modelo contratual clássico. Em assim fazendo, novas avenças estarão certamente muito mais aptas para atender aos interesses nos contratantes, diminuindo as ineficiências do sistema e os custos de litígios judiciais. Dessa forma, a análise dos custos de transação , rompendo a análise tradicional dos contratos, deverá ser microanalítica e mais consciente das hipóteses sobre o comportamento e incentivos dos agentes contratantes. Além disso deverá considerar uma abordagem comparativa de outras instituições conquanto considera as partes contratantes como estruturas de governança mais do que simples funções de produção.

Adentrando a essência dos custos de transação, Arrow os define como os custos de funcionamento do sistema econômico, ou em uma abordagem mais simplista, como a fricção em sistemas físicos. Embora tal abordagem sempre tenha feito parte da analise das ciências naturais, a ciência econômica por muito tempo pareceu reticente em considerar tais “fricções” ou pelo menos em dispensar a elas um mais consistente tratamento analítico. Assim, segundo Willianson, muitos economistas invocaram monopólios, discriminação de preços e barreiras à entrada quando confrontados com práticas contratuais não convencionais quando, na verdade, deveriam ser consideradas genuínos custos de transação do sistema[11]. Na teoria clássica dos contratos muito pouco (ou quase nada) tem sido dito sobre esses custos e tais omissões tem esbarrado adiante em infindáveis demandas judiciais.

Dois tipos básicos de custos de transação devem ser considerados: ex ante e ex post. O principal custo ex ante é o do desenho do contrato; o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. Assim, haverá sempre um *trade off*

[10] Willianson, Oliver. The economic institutions of capitalism. Sussex, Ed. Harvester press, Inglaterra, 1986.
[11] Coase apud Willianson, op cit.

completude versus custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Isso parece uma equação simples, mas não é. A correta mensuração desses custos vis a vis o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos da repactuação e do inadimplemento.

Na verdade , outros aspectos devem ser considerados[12]. As partes desenham os contratos baseados em uma percepção da realidade e uma idéia dos fatores que afetarão o contrato durante o seu cumprimento. Assim, as partes pactuam o contrato sob o existente conhecimento ou percepção da realidade, muito embora inconscientes de todas as repercussões do contrato. Assim, as partes devem fazer esforço cognitivo para imaginar o que poderá dar errado e como desenhar adequadamente o contrato. Isso determina duas imediatas implicações : existem custos de transação e desenhar contratos pode ser bastante custoso. Logo, quanto mais completos os contratos forem, mais comportamentos *rent seeking* estarão envolvidos. Isso é intuitivo porque quanto mais complexos os contratos maiores custos com consultoria e escritórios de advocacia estarão envolvidos. Tal constatação é relevante em contratos de infraestrutura que costumam ter prazo de vigência de várias décadas.

Talvez, para alguns, haja uma impossibilidade absoluta de completude contratual pela incapacidade de escrever todas as contingências relevantes por conta da dificuldade em traduzir em linguagem escrita todas essas hipóteses. A linguagem seria , então, uma idealização da realidade e portanto falha para descrever todas as hipóteses relevantes. Utilizando uma linguagem matemática, seria um tipo de algoritmo hábil para descrever todas as contingências, muito embora, o faça de forma imperfeita.

Para Tirole, os contratos ditos relacionais , que admitem a renegociação permanente , bem como aqueles submetidos à integração vertical tendem a ser menos completos, levando, em termos de ótimo de Pareto , à melhor solução sub-ótima, ou seja, a um posição de second best.

Os custos de transação ex post, por outro lado, se referem a inadaptações do contrato ao que as partes acordaram; custos para repactuar os contratos ou mesmos gastos com o Judiciário ou arbitragem. Em termos de contratos de infraestrutura, além da freqüência com que os custos de transação se repetem , um fator de extrema importância seria a especificidade dos ativos consubstanciados na idéia de custos irrecuperáveis (sunk costs), ou seja, a possibilidade de reempregar esses ativos em outras atividades. Em alguns tipos de investimentos, por obvio, esses custos são extremamente elevados como, por exemplo, ativos fixos para uma siderúrgica ou mesmo para uma usina termoelétrica.

Os custos de transação e as dificuldades de desenhar contratos acabam por estabelecer comportamentos oportunistas ou sub-ótimos que dificultam a boa execução contratual. Sendo assim, e com base no framework neoinstitucionalista

[12] Tirole, Jean. “Bounded Rationality and Incomplete Contracts”

, uma série de problemas podem surgir durante a execução contratual que demonstram comportamentos oportunistas (hold-up) como moral hazard e seleção adversa. São temos de extrema importância na analise dos contratos incompletos e para tanto uma abordagem do modelo agente principal (custos de agência) será de grande valia para a discussão sobre contratos de infraestrutura.

3 - MODELO AGENTE – PRINCIPAL

No modelo Agente-Principal , o principal delega uma determinada atividade para o agente que possui uma vantagem informacional e não tem , a priori, condições de aferir o nível de esforço exercido pelo agente para atingimento de um determinado output. Se o agente apresenta informação privilegiada, procurará extrair alguma renda (informational rent) levando o contrato a um equilíbrio não ótimo. O principal tem (ou pelo menos deveria ter) consciência dessa assimetria informacional e irá considerá-la quando da oferta do contrato.

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

A partilha ótima dos riscos será dada pelo grau de aversão ao risco dos contratantes. Caso haja aversão mútua ao risco, este será partilhado igualmente. Caso o agente seja risco neutro e o principal risco avesso, a melhor opção seria, por exemplo, um contrato que pagasse por resultado obtido, por produtividade. Em termos de um programa do governo, seria como entregar os recursos mediante comprovação de produção de um determinado bem ou resultado. Por outro lado, caso o agente seja risco avesso e o principal risco neutro, a teoria do contrato ótimo apontaria para um contrato de valor fixo, invariável com o resultado[13].

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

Essas hipóteses ótimas são importantes para estabelecer o benchmark conceitual para abordagens mais realísticas que consideram a assimetria informacional. Infelizmente, no modelo jurídico brasileiro há uma falsa premissa, ainda baseada nos padrões de direito administrativo e financeiro de tradição ibérica que existe informação perfeita e equilíbrio ótimo. Isso conduz a uma

[13] Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David "*An Introduction to the Economics of Information*" Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

quantidade imensa de distorções na formulação de programas públicos, nas concessões de serviços públicos e no controle destes.

Dado que a *first best* solução não pode ser alcançada, o objetivo do Principal será maximizar a sua utilidade considerando a informação assimétrica do agente. Deverá encontrar uma *second best* situação de maximização que considerará uma certa perda de utilidade dada pela extração de renda do agente motivada por sua vantagem informacional. Logo , o principal estará diante de um dilema, extração de renda versus eficiência. Por exemplo, se privilegiar a eficiência, deverá diminuir a assimetria de informação colocando uma auditoria, no entanto, há um certo custo que precisa ser considerado e este pode, inclusive, diminuir a eficiência total.

No modelo clássico Agente-Principal[14], a maximização de eficiência do principal está sujeita a duas restrições: compatibilidade e participação. A primeira delas caracteriza a assimetria de informação, enquanto que a restrição de participação determina que o agente aceitará o contrato oferecido pelo principal desde que proporcione um nível de utilidade maior do que aquele que o agente obteria fora do contrato.

Todas essas observações agora partem de outros importantes pressupostos: tanto o principal quanto o agente são maximizadores de utilidade e são agentes individualistas[15].

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

Os modelos Agente Principal apresentam três importantes assimetrias: Seleção adversa (Adverse Selection); Signalling e Moral Hazard.

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

[14] Salanié, B. "*The Economics of Contracts*" Cambridge. : MIT Press. 2005.
[15] Laffont, J., and D. Martimort, 2002, *The Theory of Incentives*. *The Principal-Agent Model*, (New Jersey: Princeton University Press).

série de opções e será racional para o consumidor anuir com aquele contrato que mais o convém. O Signalling assemelha-se à seleção adversa, no entanto o próprio agente envia informações ao principal referentes ao seu tipo e o principal ofertará então o contrato adequado. Como exemplo, cite-se situação na qual um indivíduo é entrevistado para um emprego e revela suas habilidade e preferências. No Moral Hazard, por fim, o agente passa a ter uma informação privilegiada depois da assinatura do contrato.

3.1 - MORAL HAZARD

Em um modelo de Moral Hazard, como vimos, a vantagem informacional surge após a assinatura do contrato. Nesse tipo de relacionamento, as ações (ou jogo) se desenvolvem na seguinte seqüencial[16]: a) P desenha o contrato; b) A aceita (ou rejeita) o contrato ofertado; c) A aplica um nível de esforço não observável pelo Principal; d) Existe um estado de natureza N; e) resultado e recompensa.

O nível de esforço despendido pelo agente não é observável pelo principal, tampouco pelo Judiciário ou mesmo pelos sistemas de controle. Além disso , existe um "estado de natureza" que também influenciará o comportamento do agente. Esse "estado de natureza" poderia ser , por exemplo, baixa qualidade da burocracia municipal, ou mesmo , baixo crescimento econômico. O '"estado de natureza" também afetará o output e, em tese, é mais facilmente observado pelo agente. Com a impossibilidade do principal monitorar o nível de esforço despendido, haverá uma perda de eficiência que afetará o tipo de contrato e conseqüente output, caracterizando uma situação de *second best*.

Como o nível de esforço não pode ser mensurado, o principal deverá resolver um subjogo de equilíbrio perfeito[17] e essa situação do subjogo definirá o nível de esforço do agente. O agente terá, então, uma restrição de incentivo e irá escolher um nível de esforço que maximiza a sua utilidade.

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

[16] Macho-Stadler, op. cit.
[17] Neri, Marcelo; Xerez, Marcelo. *Aspectos Dinâmicos de um Sistema de Metas Sociais*. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Ensaios Econônicos, n. 563, august, 2004.
Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David "*An Introduction to the Economics of Information*" Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

3.2 - O PRINCÍPIO DA REVELAÇÃO

Na prática, o contrato celebrado pelo agente com o principal apresenta elevado grau de incompletude. Existem várias razões para essa incompletude[18]. Em linhas gerais estabelecer contratos completos demandaria imensos custos de transação, de negociação e esforço para colocar todos as cláusulas capazes de serem previstas. Esses custo de transação surgiriam porque as partes possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista. Como estabelecer todas as cláusulas detalhadamente pode ser extremamente custoso, a barganha pode ser racional na medida em que seja mais barata do que elaborar (ou tentar) modelar um contrato completo.

O Principal estará interessado em qualquer sinal do agente que revele seu nível de esforço. O contrato deverá ser baseado em outros fatores, não apenas no resultado evidenciado. A informação deverá aferir adequadamente o "estado de natureza" e inferir o nível de esforço despendido.

A teoria da agencia estabelece que a implementação de uma auditoria e imposição de regras de transparência servirão como **mecanismos reveladores de informação.** Isso aliado a uma modelo de avaliação baseado na performance, decerto contribuirá para a diminuição das assimetrias inerentes aos contratos em análise. Uma maneira de revelação de informação é a possibilidade periódica de renegociação. Nesse caso, o principal induzirá um jogo seqüencial onde a informação vai a cada passo sendo revelada[19].

Por fim, resta lembrar que se houver elevados custos de transação ex ante, a melhor solução seria uma incompletude deliberada[20], caracterizando um cotejamento entre os benefícios e os custos marginais do complementamento do contrato. Essa postura, vai postergar para o momento ex post (durante a execução contratual) a tentativa de minimizar esses custos. Dessa forma, três alternativas são viáveis para tal feito. A primeira delas seria a possibilidade de renegociação periódica entre as partes que permitiria, pelo principio da revelação, um ajustamento adequado entre os interesses das partes desde que os custos dessa renegociação não sejam proibitivos e que não seja ineficiente a ponto de gerar *hold up* pela geração de relevantes custos de agência.

A segunda possibilidade seria um terceira via decisória (judiciária ou arbitral) que colmataria as imperfeições do contrato. Essa possibilidade faria que fossem economizados custos ex ante, embora grande dificuldade possa ainda existir diante da dificuldade desses terceiros de captar todas as informações necessárias para a tomada de decisão. A última possibilidade seria uma estrutura organizacional que promova arranjos contratuais como direito de opções, contratos específicos de distribuição ou até mesmo a integração vertical. Esses abordagem explicita a necessidade de um arranjo sofisticado em contratos de infraestrutura para economizar custos de transação quando um empresa escolhe

[18] Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pag 299.
[19] Neri, op. cit.
[20] Araújo, op cit pag 159.

complementar internamente sua rede de fornecedores com o fito de maximizar as suas perdas com ineficiência informacional. Tal assertiva, por óbvio, fica adstrita as particularidades de cada ramos de atividade e cada mercado especifico. Esse argumento será extremamente útil em projetos estruturados sob a forma de Project finance quando uma rede de contratos deverá ser estruturada com o objetivo de levar a termo o empreendimento. Assim, quando mais custo-eficiente for esse arranjo multicontratual mais ganhos serão obtidos. Nesse mesmo diapasão, uma correta estratégia de governança desses contratos deve ser estabelecida para obtenção dos melhores resultados.

4 - CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Toda essa análise de custos de transação e contratos incompletos é fundamental para a análise de contratos de infraestrutura que costumam ser complexos, incompletos e de longo prazo. O correto entendimento das vicissitudes econômicas e jurídicas dessas avenças , em muito contribuirão para maximização da sua eficiência e elevação de seu grau de execução. Para tanto, cumpre fazer rápida abordagem sobre diferentes tipos ideais contratuais que nos ajudarão na analise. Segundo Willianson os contratos, quanto à incompletude, podem ser divididos em três tipos.

Primeiro, o contrato clássico que presumivelmente considera todos os riscos e contingências. Evidentemente tal contrato é irrealista, muito embora no nosso direito público, mais especificamente no Direito Administrativo ainda há uma presunção de completude, muito embora, eventos inesperados possam ser considerados para fins de revisão contratual, conforme determina a legislação especifica (lei 8666/93) pela argüição das áleas administrativas da teoria da imprevisão, do caso fortuito e da força maior. Mas esses são (ou deveriam ser) eventos tão extraordinários que a base conceitual, o benschmark teórico aponta no sentido da completude. Por contratos completos, enfim, entendemos aqueles que exaustivamente estabele as hipóteses que podem comprometer a sua execução. Trata-se, como veremos, de uma falácia que apresenta uma sério de problemas durante a fase de execução contratual.

Tal dificuldade de entender os contratos administrativos em ambientes de incerteza e informação incompleta é crucial para analisar os contratos de concessão de serviço publico que são celebrados pelo estado e o particular em projetos de infraestrutura, como por exemplo nas parcerias público privadas (PPPs). No caso dos contratos de concessões públicas, que são contratos administrativos, o fato de serem regidos pelo Regime Jurídico Administrativo que determina prerrogativas e sujeições à administração, estabelece algumas peculiaridades. Há que se ver que a lei impõe um arquétipo contratual que deve ser seguido, bem como aspectos mínimos a serem estipulados contratualmente. Tais aspectos, conquanto certamente garantem de um lado prerrogativas da administração publica, de outro materializam o interesse publico que é o fim

último da administração do Estado. Ocorre que a dinâmica das contratacao publica determina uma lógica toda particular quanto aos custos de transação. Em primeiro momento esses custos são significativamente economizados (ou postergados) por conta da natureza de contrato de adesão. Como sabemos, o contrato já vem previamente formatado e deverá anuído pela parte selecionada no procedimento licitatório. Assim, os custos de transação são estabelecidos nessa fase ex ante sobremodo no processo licitatório que exige expertise para elaboração das propostas e, não raro, imensa e custosas interpelações administrativas e judiciais que entravam o termo do procedimento. Dessa forma, os custos gerados no curso do procedimento licitatório são certamente entronizados no preço proposto pelas partes quando da licitação.

Essa diminuta (ou nenhuma) margem de negociação na elaboração contratual determina economia para as partes de custos de transação ex ante, conquanto empurra para o momento ex post todos os conflitos. Dessa forma, não por menos, acumulam-se na fase da execução contratual várias demandas, sobremodo no que tange ao reequilíbrio econômico financeiro e infindáveis alegações e álea administrativa e econômica. Isso tudo se dá , repetimos, pela suposição de que os contratos administrativos são completos e podem prever todos (ou quase todas) as contingências que podem afetá-los.

O segundo tipo contratual estabelecido por Willianson é o chamado contrato neoclássico que ao vislumbrar a possibilidade de incompletude inclui uma terceira parte, usualmente um arbitro de algum tipo, para dirimir conflitos. Evidente que em sistemas jurídicos que apresentam dificuldades para o arbitramento, a litigação será o caminho que, decerto dificultara a resolução dos conflitos. Esse é um ponto de extrema relevância. Como a incompletude contratual é uma realidade e uma seria de circunstancias deverão ser resolvidas ex post, uma excelente opção será o estabelecimento da arbitragem para resolver conflitos. Tal assertiva se justifica pela maior expertise do arbitro em ligar com complexos contratos de infraestrutura em comparação com o judiciário alem, da condição de maior celeridade para resolução do conflito.

A lei das PPPs apresenta enorme avanço ao determinar em seu artigo 1°. Que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Nesse contexto , duas questões merecem destaque. Em primeiro lugar, a lei das PPP ao abrir a possibilidade para a arbitragem, já entroniza a idéia de uma incompletude contratual e inova em relação à lei 8666/93 e 8794/95 que determinam as normas gerais de contratação e concessões de serviço publico[21]. E em fazendo isso, rompe com o preconceito de que a arbitragem não se prestaria a dirimir conflitos no âmbito de contratos administrativos por conta que os direitos da administração seriam sempre indisponíveis. Vê-se, pois , importante avanço que já percebe a incompletude contratual deliberada do contrato administrativo e destaca a arbitragem como meio hábil para economizar custos de transação e encontrar uma razoável situação second best de eficiência. Resta, por fim lembrar, a

[21] Portugal, Maurício e Navarro, Lucas. Comentários à lei de PPP: fundamentos econômicos e jurídicos . São Paulo, Ed. Malheiros. 2007.

necessidade de ruptura com nossa tradição legalista que afirma que as relações jurídicas das quais faz parte a Administração envolveriam sempre direitos indisponíveis. Em um ambiente complexo de mobilidade de capitais, incerteza e necessidade de agilidade, é necessário romper paradigmas e caminhar para soluções que possam maximizar a eficiência do sistema. A simples (e inovadora) abertura para a possibilidade de arbitragem nas Parcerias Pública Privadas demonstra uma avanço e progressivo caminho para resolução de conflitos no âmbito do direito administrativo.

Por fim, na tipologia de Willianson, haveria um terceiro tipo contratual chamado contrato relacional. Nesse caso, há a antecipação de que o relacionamento entre as partes terá que se ajustar com o tempo, observando a necessidade de renegociação periódica. É importante notar que esses tipos de contrato deixam as partes vulneráveis quando grandes investimentos estão envolvidos porque as regras de renegociação são gerais. Sendo assim, esses contratos somente deverão ser usados quando houver adicional proteção fora do contrato para evitar o oportunismo das partes.

O nosso ponto de preocupação é discutir como os custos de transação são analisados em contratos de infraestrutura e qual a melhor forma de minimizá-los. Como sabemos[22], as transações no mercado podem variar de transações em mercados livres ou mediante contratos de longo prazo bastante complexos. Além disso, dada as especificidades de determinado tipo de investimento, as relações contratuais se distanciam cada vez mais das soluções puramente de mercado porque o sistema de preços resta insuficiente para transmitir todas todas as informações necessárias para a correta tomada de decisões. Uma alternativa para diminuição dos custos de transação em contratos de infraestrutura seria a chamada integração vertical, que se dá quando diferentes processo de produção (do insumo à distribuição) que , em regra, seriam produzidos por firmas diferentes passam a ser estabelecido por uma única firma[23]. A lógica dos holdings, estabelecendo um conglomerado econômico, faz sentido mediante a economia dos custos de transação de negociar com uma miríade de contratos desde fornecedores a distribuidores. Assim[24] esses contratos ao passo que tendem a diminuir os custos de transação pela eliminação de vários contratos, requerem custos adicionais de coordenação considerando , inclusive, o risco dos investimentos iniciais. De qualquer forma, a integração ou mesmo a estipulação de restrições verticais dependerá mais uma vez da ponderação custo benefícios da estruturação institucional e os adequados instrumentos de governança.

De qualquer forma, os contratos de infraestrutura apresentam algumas características importantes como elevada imprevisibilidade e risco e fortes investimentos iniciais.Alem disso, dada a complexidade da avença vários atores estarão envolvidos (stakeholders), valendo destacar advogados, escritórios de assessoria (econômica, legal e técnica), bancos, fundos de pensão e seguradoras. Vê-se pois o enorme desafio de coordenação de interesses nesse tipos de contrato, sobremodo quando elaborados sob a forma de Project finance

[22] Joskow apud Geiger
[23] MacDowell e Cavalcanti op cit.
[24] Geiger op cit.

que tende a espraiar os riscos entre as partes contratantes ao determinar uma rede de contratos entre diversos interessados no empreendimento.

Além disso, a abordagem sobre contratos de investimentos, rompe a estreita abordagem estritamente legalista (sobremodo no direito publico) e adentra a fértil seara da multidisciplinariedade , envolvendo aspectos de economia, direito, finanças, estatística e até política. Também demandará enorme esforço e criatividade para encontrar adequados instrumentos financeiros para alavancar essas atividades como, por exemplo, operações de securitização e debêntures lastreadas em recebíveis do projeto. Por fim, tais contratos devem capazes de absorver choques externos e resolução de disputas distributivas.

5 – CONCLUSÃO

Em sede conclusiva, os dinâmica dos contratos incompletos demandam uma nova abordagem para sua análise e interpretação. A síntese clássica (e neoclássica) resta incapaza de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara contratual. Dessa forma, argumentos trazidos pelo neoinstitucionalismo tem sido úteis para a interpretação contratual. Dessa forma, a consciência e mensuração dos custos de transação são extremamente relevantes considerando aspectos importantes como assimetria informacional e custos de agencia.

Os contratos, portanto, devem ser capazes de resolver conflitos distributivos entre as partes e ser capaz de absorver choques externos.

De posse desse framework teórico, está inserida a análise dos contratos de infraestrutura e mais especificamente das concessões de serviço público e das Parcerias Público Privadas. Por fim, resta óbvio que não há condições de compreender esses contratos de infraestrutura que são , em essência, complexos e incompletos, sem entender a lógica e repercussões de novas abordagens teóricas trazidas pelo neointitucionalismo.

6 – BIBLIOGRAFIA

Araújo, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Coimbra, Ed. Almedina, 2007.

Bolton, Patrick e Dewatripont, Mathias. Contract Theory. Cambridge, Massachusetts, Ed MIT press, 2005, pag 01

Coase, R. H. "*The Nature of the Firm*" *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

Dos Santos, Rodolfo. Análise Econômica dos Contratos: Elementos para discussão em setores de infraestrutura. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 11, n. 21, jun 2004, pág 233-54.

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

MacDowell, Cristina e Cavalcanti, José Carlos. Contribuições recentes à teoria da integração vertical. Disponível no endereço eletrônico: http://www.decon.ufpe.br/integ1.htm . Acessado em 19/12/2008.

Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David "*An Introduction to the Economics of Information*" Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

Macho-Staldler, Inés; Pérez-Castrillo, J.David "*An Introduction to the Economics of Information*" Oxford University Press, New York, 2001, second edition.

Neri, Marcelo; Xerez, Marcelo. *Aspectos Dinâmicos de um Sistema de Metas Sociais*. Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Ensaios Econônicos, n. 563, august, 2004.

Peres, Úrsula. Custos de Transação e estrutura de governança no setor publico. RBGN, São Paulo, vol. 9, n. 24. Pag 15, mai/ago 2007.

Pinheiro, Armando Castelar e Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Editora Campus, São Paulo, 2006, pag 65.

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

Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pag 299.

Tirole, Jean. "Bounded Rationality and Incomplete Contracts"

Willianson, Oliver. The economic institutions of capitalism. Sussex, Ed. Harvester press, Inglaterra, 1986.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NÓBREGA, Marcos. CONTRATOS INCOMPLETOS E INFRAESTRUTURA: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.