

Contratos incompletos e infraestrutura: uma perspectiva entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo¹

Incomplete contracts and infrastructure: a perspective between law and economics in the analysis of complex and long-term contracts

Luis Fernando de Freitas Rosa

Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP). Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e bacharel em Engenharia Civil pela Universidade de Uberaba (Uniupe). E-mail: rosa.luisff@gmail.com

Resumo: A partir de instrumentais analíticos fornecidos pela análise econômica do direito, constatou-se que contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, são estruturas normativas incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações. Relações contratuais complexas que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente. Diante disso, deve-se prever antecipadamente nos instrumentos contratuais mecanismos adaptativos e estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

Palavras-chave: Contrato incompleto. Custo de transação. Contrato de concessão. Contrato de parceria público-privada.

Abstract: From analytical tools provided by law and economics, it was found that

¹ Recebido em: 31 out. 2022 – Aprovado em: 28 nov. 2022.

complex and long-term contracts, such as concession agreement and public-private partnership contracts, are incomplete normative structures, whose gaps cannot be previously integrated due to the prohibitive transaction costs required to perform this task and the environmental and behavioral uncertainties involved in these relationships. Complex contractual relationships that last over time are inevitably exposed to contingencies and risks not initially foreseen. In view of this, adaptive mechanisms and governance structures must be foreseen in advance in the contractual instruments that ensure, at the same time, the stability and flexibility required and necessary for this type of relationship.

Keywords: Incomplete contract. Transaction cost. Concession agreement. Public-private partnership contract.

1 Introdução

Buscou-se, neste artigo, explorar a interface do direito com a ciência econômica, abordando em especial os conceitos e os pressupostos vinculados à Análise Econômica do Direito², os quais fornecem instrumentais analíticos pertinentes para a compreensão de contratos complexos³ e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, regidos pelas leis federais n^{os} 8.987/95 e 11.079/04, respectivamente.

Faz-se necessário ressaltar que esses pressupostos decorrem de teorias elaboradas a partir da análise de contratos privados celebrados em um sistema jurídico específico (norte-americano). Apesar disso, esses pressupostos fornecem instrumentais analíticos úteis para a compreensão adequada das estruturas contemporâneas de governança contratual, em especial para contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas.

Não se pretendeu investigar neste artigo todos os aspectos teóricos desses pressupostos em razão da complexidade do tema e da extensão limitada a esse tipo de publicação. Assim, buscou-se apresentar esses conceitos e pressupostos de forma sintética, destacando suas principais características e seus respectivos contornos jurídicos, com a finalidade de assegurar a adequada compreensão do objeto deste estudo.

2 Há diversas correntes distintas da Análise Econômica do Direito, como a Escola de Chicago, de Yale, de Virginia, entre outras. No entanto, a abordagem proposta neste artigo não analisará mais detalhadamente essas correntes de pensamento em razão da extensão limitada desse tipo de publicação.

3 Paula Forgioni (2019, p. 60) identifica que a complexidade dos contratos varia em conformidade com os seguintes fatores: “i) duração da relação; ii) iteração da contratação; iii) valores das prestações e contraprestações; iv) grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra; v) magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e vi) quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato.” Ainda segundo a autora: “Vários são os indutores da simplicidade ou da complexidade contratual, tais como ambiente institucional, características da transação, expectativa sobre êxito em eventual renegociação e preenchimento de lacunas [*agreeing to agree*], grau de assimetria informacional entre as partes, dificuldade ou facilidade de monitoramento do comportamento da outra parte, presença de confiança, boa ou má reputação da contraparte, custos que decorreriam de eventual litígio, relação contratual pretérita etc.” (FORGIONI, 2019, p. 60).

Em relação à estrutura, este artigo divide-se em duas partes. Na primeira, abordam-se a origem e o desenvolvimento da teoria dos custos de transação, os principais pressupostos e atributos desta teoria e a utilização de contratos como estruturas eficientes de governança das transações. Na segunda, discutem-se a origem e as principais características da teoria dos contratos incompletos, relacionando-a com a teoria dos custos de transação.

Por fim, relacionam-se os contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, com ambas as teorias apresentadas neste artigo.

2 A economia dos custos de transação

A economia dos custos de transação apresenta uma abordagem microanalítica com foco na transação e nos benefícios decorrentes da redução desses custos pelas organizações. Essa abordagem se diferencia da metodologia adotada pela escola econômica neoclássica, por exemplo, que busca explicar as instituições econômicas do capitalismo por meio da dimensão tecnológica, do poder de mercado e do monopólio, na qual as firmas são compreendidas como meras funções de produção⁴.

Ronald Coase foi o precursor na incorporação dos custos de transação na análise de firmas e de mercados como modos alternativos à organização da produção a partir de uma análise das transações dentro das firmas (hierarquia) e entre as firmas (mercado).

Oliver E. Williamson⁵, por sua vez, aprimorou⁶ as contribuições de Coase⁷ na economia dos custos de transação. Segundo Williamson (1985), a economia dos custos de transação adota a transação como unidade básica para análise de qualquer problema de contratação. A redução dos custos de transação, um dos principais objetivos das firmas, é obtida a partir da combinação de transações eficientes e de estruturas adequadas de governança⁸.

- 4 Segundo Fiani (2002), até a publicação do artigo seminal de Ronald Coase intitulado *The Nature of the Firm* em 1937, a teoria econômica à época analisava apenas os custos de produção, os quais estão diretamente relacionados com os custos de produzir determinado bem ou prestar determinado serviço (custos fixos e variáveis, custos diretos e indiretos, por exemplo). Embora se reconhecesse a existência dos custos de transação (custos de negociar, de redigir, de adaptar e de garantir o cumprimento de um contrato, por exemplo), esses custos associados às transações econômicas eram negligenciáveis. Até a publicação desse artigo, a teoria econômica não tinha estudado as organizações, apenas os mercados.
- 5 Laureado com o prêmio Nobel de Economia em 2009. Para mais informações, conferir: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2009/williamson/facts/>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- 6 Segundo Williamson (1985, p. 17): "I submit that the full range of organizational innovations that mark the development of the economic institutions of capitalism over the past 150 years warrant reassessment in transaction cost terms. The proposed approach adopts a contracting orientation and maintains that any issue that can be formulated as a contracting problem can be investigated to advantage in transaction cost economizing terms."
- 7 Azevedo (1997) destaca a contribuição fundamental de John R. Commons ao sugerir a transação como unidade de análise quando, à época, a firma era analisada como uma entidade indivisível. Williamson (1985; 1999) reconhece as contribuições de Commons tanto na definição da transação como unidade básica da economia dos custos de transação quanto na definição das estruturas de governança.
- 8 Segundo Marcos Nóbrega (2009, p. 4): "[...] a ideia 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 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 pôr a termo os negócios. A partir daí, o elemento fundamental da economia passa a ser a transação, tornando-se uma unidade de abordagem microanalítica e a firma uma estrutura de gestão onde a estrutura interna, os incentivos, bem como os controles envolvidos passam a ter uma dimensão mais importante do que suas funções de produção."

A teoria dos custos de transação proposta por Williamson envolve pressupostos comportamentais (racionalidade limitada e comportamento oportunista) e atributos das transações (especificidade dos ativos, incertezas e frequência)⁹.

Esses pressupostos comportamentais e atributos das transações são elementos implícitos nas relações contratuais e são determinantes para a existência dos custos de transação. Essas características influenciam diretamente a estrutura de governança adotada pelas organizações, conforme será exposto mais detalhadamente na sequência.

2.1 Custos de transação

Conforme exposto anteriormente, a transação consiste na unidade básica da teoria dos custos de transação. Para Coase, os custos de transação envolveriam os custos de coleta de informações, os custos de negociação e de celebração de um contrato e os custos de monitoramento e de fiscalização desse contrato¹⁰.

Segundo Azevedo *et al.* (1997), essa definição apresentada por Coase foi desenvolvida posteriormente por meio das contribuições de outros autores¹¹. Esse desenvolvimento buscou tanto detalhar esses custos com maior precisão analítica, quanto apresentar um conceito menos abstrato desses custos a fim de possibilitar a verificação empírica deles.

Azevedo *et al.* (1997, p. 55) define os custos de transação como:

[...] custos não diretamente ligados à produção, mas que surgem à medida que os agentes se relacionam entre si e problemas de coordenação de suas ações emergem. A atividade econômica não se reduz à transformação tecnológica de insumos em produtos. Para que isso possa ser feito, por exemplo, insumos devem ser adquiridos no mercado, mediante contratos ou internamente à firma, como é normalmente o caso da aquisição do insumo trabalho. Frequentemente não há garantias ao perfeito funcionamento dessas atividades não diretamente de produção nem, tampouco, possibilidade de controle sobre elas. Consequentemente, custos de transação emergem.

Nesse sentido, segundo Rocha Junior *et al.* (2008), se o objetivo principal das empresas é minimizar os seus custos de transação, os contratos são uma das formas alternativas possíveis para se atingir esse objetivo. Assim, o estudo¹² dos contratos assume protagonis-

9 Rindfleisch and Hiede (1997) observaram que o atributo “frequência das transações” recebeu menos atenção da literatura empírica do que os atributos de “especificidade dos ativos” e de “incerteza”. Na mesma linha, o estudo de meta-análise realizado por Geyskens *et al.* (2006) não incluiu o atributo “frequência das transações” em razão dos poucos estudos analisando esse atributo.

10 Segundo Coase (1960, p. 15): “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.”

11 Cita-se, a título exemplificativo, as contribuições realizadas por Kenneth Arrow, por Harold Demsetz, por Armen Alchian, por Benjamin Klein e por Oliver E. Williamson, entre outros.

12 Segundo Zylbersztajn (1995), o estudo das relações contratuais é uma das principais áreas da Nova Economia Institucional, da qual a Economia dos Custos de Transação faz parte e que envolve áreas diversas do conhecimento, como Economia, Direito e Administração, ainda que cada uma analise enfoques diferentes nas relações contratuais.

mo em razão de suas funções, entre as quais se destaca a de governar as transações.

Azevedo (2000) apresenta alguns exemplos de custos de transação, tais como os custos necessários para se coletar informações em razão da racionalidade limitada¹³ dos indivíduos, os custos necessários para se definir previamente salvaguardas contratuais, os custos necessários para fiscalizar e monitorar esses contratos e os custos necessários para resolução de eventuais conflitos entre as partes em razão de condutas oportunistas¹⁴.

Sinteticamente, pode-se classificar os custos de transação em três categorias: i) custos de informação: custos incorridos no levantamento de informações sobre produtos e serviços, por exemplo; ii) custos de negociação: custos incorridos com a negociação e a elaboração do contrato; e iii) custos de observação: custos incorridos em monitorar o contrato para assegurar o efetivo cumprimento do contrato. Azevedo *et al.* (1997, pp. 57-8) apresenta, complementarmente, uma outra categoria de custos de transação: os custos decorrentes de adaptações ineficientes às mudanças no ambiente econômico.

Williamson (1985) ainda analisa os custos de transação em dois momentos distintos: *ex ante* e *ex post* à efetivação da transação. Os custos de transação *ex ante* relacionam-se com os custos necessários para redigir, negociar e definir previamente salvaguardas contratuais¹⁵. Os custos *ex post*, por sua vez, relacionam-se com os custos de monitorar, adaptar e renegociar o contrato ao longo de sua execução¹⁶.

Embora se possa definir esses custos em momentos temporais distintos, conforme apresentado por Williamson, em tese, esses custos são interdependentes¹⁷ e devem ser considerados concomitantemente para a análise de determinada transação, conforme exposto mais detalhadamente no item 2.4 deste artigo.

No entanto, esses custos de transação são de difícil mensuração em casos concretos. Segundo Williamson (1985), os custos de transação não devem ser determinados em termos absolutos, mas deve-se proceder a uma análise comparativa entre os arranjos contratuais possíveis a fim de se coordenar as transações e de se obter o resultado mais eficiente, conforme mais bem detalhado no item 2.4 deste artigo.

Em geral, as pesquisas empíricas sobre os custos de transação não buscam mensurar diretamente esses custos, mas analisar se as relações organizacionais (como práticas

13 O conceito de racionalidade limitada foi mais bem detalhado no item 2.2.1 deste artigo.

14 O conceito de comportamento oportunista foi mais bem detalhado no item 2.2.2 deste artigo.

15 Segundo Williamson (1985, p. 20): "Transaction costs of *ex ante* and *ex post* types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement."

16 Segundo Williamson (1985, p. 21): "*Ex post* costs of contracting take several forms. These include (1) the maladaptation costs incurred when transactions drift out of alignment in relation to what Masahiko Aoki refers to as the 'shifting contract curve' (1983), (2) the haggling costs incurred if bilateral efforts are made to correct *ex post* misalignments, (3) the setup and running costs associated with the governance structures (often not the courts) to which disputes are referred, and (4) the bonding costs of effecting secure commitments."

17 Segundo Marcos Nóbrega (2009, p. 4): "Williamson 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 econômica."

contratuais e estruturas de governança, por exemplo) alinham-se com os atributos das transações¹⁸, conforme previsto na teoria dos custos de transação. Nesse sentido, diversos autores¹⁹ já apresentaram revisões de estudos empíricos sobre a teoria dos custos de transação, cujos resultados demonstram que a teoria está bem estabelecida e corroborada empiricamente.

2.2 Pressupostos comportamentais

Conforme exposto no tópico anterior, a teoria dos custos de transação proposta por Williamson (1985) envolve pressupostos comportamentais (racionalidade limitada e comportamento oportunista)²⁰.

Sem o pressuposto cognitivo da racionalidade limitada e sem o pressuposto motivacional do comportamento oportunista, segundo Williamson (1985), os principais problemas da organização econômica desapareceriam ou seriam transformados.

Na sequência, serão detalhados os conceitos de racionalidade limitada e de comportamento oportunista.

2.2.1 Racionalidade limitada

O conceito de racionalidade limitada²¹ foi desenvolvido inicialmente por Herbert Simon em contraposição²² ao modelo de racionalidade ilimitada comumente adotado pela economia neoclássica.

Em diversos estudos realizados sobre esse tema, Simon observou que a capacidade de processamento de informações pelos indivíduos para avaliar as alternativas e as consequências possíveis de uma decisão é limitada²³. Diante disso, a tomada de uma decisão busca apenas uma aproximação satisfatória dos resultados.

Após o modelo inicial proposto por Simon, novas abordagens foram desenvolvidas por outros autores²⁴. Neste artigo será analisada a abordagem de racionalidade limitada proposta por Oliver Williamson na economia dos custos de transação.

18 Os atributos das transações foram mais bem detalhados no item 2.3 deste artigo.

19 Cita-se, como exemplo: Boerner & Macher (2002), David & Han (2004), Geyskens *et al.* (2006), Joskow (1988), Lyons (1996), Masten & Saussier (2000), Rindfleisch & Heide (1997) e Shelanski & Klein (1995).

20 "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, 1985, p. 44).

21 "The alternative approach employed in these papers is based on what I shall call the principle of bounded rationality: The capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world – or even for a reasonable approximation to such objective rationality." (SIMON, 1957, p. 198).

22 "Broadly stated, the task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist." (SIMON, 1955, p. 99).

23 Essa limitação é tanto cognitiva do indivíduo (complexidade e incerteza informacional) quanto computacional (estado da tecnologia de processamento de informações).

24 Destaca-se, a título exemplificativo, as contribuições de Richard H. Thaler à economia comportamental. Thaler foi laureado com o prêmio Nobel de Economia em 2017. Para mais informações, conferir: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2017/thaler/facts/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

Williamson (1985) distingue três níveis de racionalidade: i) maximização (ou racionalidade forte); ii) racionalidade limitada (ou racionalidade semiforte); e iii) racionalidade orgânica (ou racionalidade fraca).

O primeiro nível presume que os indivíduos detêm racionalidade ilimitada²⁵ e atuam com o intuito de maximizar utilidade²⁶. O segundo nível presume que os indivíduos agem racionalmente, mas de modo limitado. O terceiro nível presume que a capacidade racional dos indivíduos não é suficiente para mitigar²⁷ controvérsias decorrentes de alterações contratuais *ex post* (os indivíduos têm limites cognitivos em sua capacidade de lidar com problemas complexos).

O segundo nível de racionalidade é o pressuposto cognitivo adotado pela economia dos custos de transação. Esse pressuposto cognitivo sustenta que os indivíduos possuem um comportamento intencionalmente racional, mas a capacidade para receber, armazenar, recuperar e processar informações encontra-se limitada pela própria condição cognitiva desses indivíduos.

Isso significa, por exemplo, que determinado agente se empenhará para obter os melhores resultados possíveis em uma determinada transação. Apesar disso, obter e processar as informações necessárias para se atingir esse objetivo, levando-se em consideração todas as contingências possíveis de materialização futura em uma determinada transação e suas respectivas consequências para as partes durante a execução contratual, tornam esse objetivo, se não impossível, excessivamente oneroso.

Em síntese, faltam aos indivíduos informações completas e habilidades computacionais perfeitas, características essas que comprometem o conhecimento prévio de eventos exógenos relevantes e suas respectivas consequências, em especial em ambientes de incerteza e de complexidade.

Essa limitação cognitiva dos indivíduos é uma das razões para a existência dos custos de transação (a obtenção de informação tem custos) e está diretamente relacionada à característica de incompletude²⁸ dos contratos, especialmente em contratos complexos e de longo prazo.

Segundo Fiani (2002), o pressuposto de racionalidade limitada não é condição suficiente para a existência dos custos de transação. Esse pressuposto não teria nenhuma

25 Esse conceito, segundo Williamson (1985), é adotado pela teoria econômica neoclássica. Caso a racionalidade dos indivíduos fosse ilimitada, seria possível especificar, antecipadamente, todos os desdobramentos futuros de cada circunstância possível de materialização durante a execução de qualquer contrato. Esse pressuposto, no entanto, não encontra amparo na realidade.

26 Segundo Simon (1959, p. 255), o conceito de maximização refere-se a um comportamento de equilíbrio praticado por um indivíduo cuja capacidade presuma adaptação perfeita e dependa exclusivamente de seus objetivos. No entanto, caso esse indivíduo seja afligido por conflitos internos ou caso o ambiente no qual ele se encontre apresente alterações e objetivos múltiplos, o conceito de maximização não se apresenta como solução promissora.

27 Segundo Williamson (1985), esse nível de racionalidade fraca presume que os indivíduos são incapazes de antecipar contingências e, conseqüentemente, incapazes de estabelecer estruturas de governança adequadas para mitigar eventuais conflitos e controvérsias passíveis de materialização durante a execução dos contratos.

28 O conceito de incompletude contratual foi exposto mais detalhadamente no item 3 deste artigo.

relevância analítica caso o ambiente econômico no qual se processam as transações fosse absolutamente simples e previsível. Isto é, esse conceito é relevante para a análise das transações processadas em condições de complexidade e de incerteza²⁹, ambiente esse no qual se torna excessivamente oneroso, se não impossível, especificar antecipadamente todos os desdobramentos em cada circunstância possível de materialização.

Sobre isso, importante distinguir racionalidade limitada de incerteza. Segundo Azevedo (1997), a racionalidade limitada é uma característica do indivíduo, enquanto a incerteza é uma característica do ambiente no qual se processa a transação. Assim, a incerteza do ambiente impõe limites à racionalidade dos indivíduos.

Nesse sentido, ainda que de forma limitada, os indivíduos são racionais e estão cientes dessa característica e da necessidade de adaptações e renegociações contratuais *ex post*, razão pela qual se busca incluir, *ex ante*, salvaguardas contratuais³⁰. Essas salvaguardas servem tanto para contornar lacunas decorrentes da racionalidade limitada (características dos contratos incompletos) quanto para mitigar comportamentos oportunistas entre as partes contratuais.

Em face dessa característica incompleta dos contratos, em especial dos contratos complexos e de longo prazo, estruturas de governança são requeridas para integrar lacunas inevitavelmente presentes nesses pactos e solucionar supervenientemente eventuais controvérsias que surjam ao longo da execução contratual.

2.2.2 Comportamento oportunista

Williamson (1985) distingue três níveis de comportamento auto-interessado: i) oportunismo ou autointeresse forte (*self-interest seeking with guile*); ii) autointeresse simples ou sem oportunismo (*simple self-interest seeking*)³¹; e iii) obediência ou ausência de autointeresse (*obedience*)³².

O primeiro nível é o pressuposto comportamental adotado pela Economia dos Custos de Transação. Esse pressuposto sustenta que os indivíduos estrategicamente manipulam informações ou falseiam intenções com o intuito de maximizar seus ganhos, gerando incerteza comportamental em transações vulneráveis a esse tipo de conduta.

Nesse nível, não há restrição ao comportamento oportunista e aético dos indivíduos,

29 O conceito de incerteza adotado pela economia dos custos de transação foi exposto mais detalhadamente no item 2.3.2 deste artigo.

30 Segundo Cabral (2002, p. 34): “Os agentes, cientes das limitações *ex-ante*, incluem salvaguardas contratuais para lidar com eventuais desvios *ex-post*. Muitas destas cláusulas, oriundas da incapacidade de obtenção e do processamento das informações, podem se constituir em fatores alavancadores de custos de transação, tanto *ex-ante* em termos de esforços adicionais para redação do contrato, quanto *ex-post* no que se refere às tensões geradas pelo entendimento de uma das partes sobre o não cumprimento do prescrito contratualmente.”

31 O segundo nível é o pressuposto comumente adotado pela economia neoclássica, no qual se presume que os acordos serão cumpridos conforme inicialmente pactuados. De forma implícita, presume-se que os indivíduos agem eticamente na definição das transações e que inexistem custos para assegurar o cumprimento dos acordos.

32 O terceiro nível é comumente utilizado em formulações de engenharia social, nas quais se presume que as ações individuais (individualismo metodológico) têm pouca ou nenhuma relevância.

os quais se utilizam, por exemplo, desde formas mais sutis como fingir ou disfarçar até formas mais explícitas como mentir ou trapacear para atingir seus objetivos³³. Esses comportamentos podem ocorrer *ex ante* ou *ex post* à efetivação da transação, resultando no que a Economia da Informação³⁴ distingue como seleção adversa (*adverse selection*) e risco moral (*moral hazard*), respectivamente.

No caso de condutas oportunistas *ex ante*, cita-se, por exemplo, compromissos “auto-desacreditados” (*self-desbelieved*) sobre obrigações futuras que a parte sabe antecipadamente que não irá cumprir³⁵. Diante da dificuldade de se distinguir esse tipo de comportamento *ex ante*, torna-se provável o surgimento de controvérsias ao longo da execução contratual.

No caso de condutas oportunistas *ex post*, cita-se, por exemplo, o fornecimento de insumo de qualidade inferior às especificações do contrato, cuja constatação seja de difícil controle ou monitoramento, com o intuito de reduzir custos do fornecedor.

Fiani (2002) esclarece que o conceito de oportunismo adotado pela teoria dos custos de transação possui significado distinto daquele comumente utilizado na linguagem corrente, na qual uma conduta oportunista caracteriza a habilidade de se identificar e de se explorar oportunidades oferecidas pelo ambiente. Para a teoria dos custos de transação, uma conduta oportunista se relaciona à manipulação estratégica³⁶ de assimetrias de informações com a finalidade de se auferir lucros que alterem o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato.

Caso inexistisse condutas oportunistas, todo comportamento humano poderia ser regulado simplesmente por meio de regras. Assim, conforme apresentado por Williamson (1985), comportamentos oportunistas poderiam ser evitados por meio da inclusão de

33 Segundo Fiani (2016, p. 15): “O problema é justamente que a combinação de racionalidade limitada, ambiente complexo e incerteza cria as condições adequadas para que os indivíduos adotem comportamentos oportunistas. Comportamento oportunista envolve a transmissão de informações seletiva (isto é, a transmissão apenas das informações que melhoram a posição do agente na barganha presente ou em barganhas futuras, com a omissão de informações com impacto negativo), distorcida (informações falsas), e a realização de falsas promessas (self-disbelieved) com relação ao comportamento futuro do próprio agente, isto é, promessas em que o agente em questão estabelece compromissos que ele mesmo sabe, a priori, que não irá cumprir.”

34 Segundo Marcos Nóbrega (2009, pp. 6-7): “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, uma série de problemas podem surgir durante a execução contratual que demonstram comportamentos oportunistas (hold-up) como moral hazard e seleção adversa.”

35 No caso dos contratos administrativos, pode-se constatar esses comportamentos oportunistas em práticas como o “jogo de planilha” e a elaboração de propostas inexequíveis com a finalidade de solicitar renegociação posteriormente à celebração do contrato. No primeiro caso, o “jogo de planilha”, comumente adotado em licitações com projetos básicos deficientes, consiste na prática de ofertar preços unitários mais altos para itens de serviço cujo quantitativo a licitante julga serem necessários acréscimos e de ofertar preços unitários mais baixos para itens de serviço cujo quantitativo a licitante julga superior ao efetivamente necessário para cumprimento do objeto licitado. No segundo caso, conforme apresenta Fiuza (2009), a licitante elabora proposta agressiva, comumente com valor global inexequível, consciente que, no caso de não conseguir renegociação posteriormente à celebração do contrato, suas perdas serão limitadas no caso de falência. Importante destacar que a própria legislação, assim como a jurisprudência e a doutrina, fornece instrumentos jurídicos adequados para mitigar esses comportamentos oportunistas. Nos exemplos citados, o edital pode prever critérios para a admissibilidade dos preços unitários e para a análise de exequibilidade das propostas apresentadas pelos licitantes, por exemplo. Faz-se necessário, portanto, a compreensão adequada dessas práticas para a correta utilização dos mecanismos disponíveis à Administração Pública, a fim de se assegurar a seleção da proposta mais vantajosa e de se desestimular condutas oportunistas.

36 Sobre o tema de manipulação estratégica de informações, cita-se também as contribuições relevantes apresentadas pela Teoria dos Jogos, em especial sobre a abordagem de problemas de cooperação e de decisões em situações de interação estratégica que alterem os retornos dos jogadores. Esses temas não serão abordados de forma mais detalhada em razão do escopo deste artigo. Para mais detalhes e dicas de bibliografia sobre o tema, consultar: GIBBONS, R. (1997). An introduction to applicable game theory: relational contracts. *Journal of Economics Perspectives* 11: 127-149.

cláusula geral na qual as partes aquiescessem previamente em compartilhar todas as informações relevantes e em cooperar ao longo da execução contratual com a finalidade de maximizar o lucro conjunto.

No entanto, a existência da ética³⁷ e de códigos de conduta, por exemplo, demonstram a validade³⁸ do pressuposto de comportamento oportunista. Segundo Douglass North³⁹ (1991)⁴⁰, as instituições ou “regras do jogo”⁴¹ são restrições elaboradas pelos indivíduos para estruturar interações políticas, econômicas e sociais. Os códigos de condutas (restrições informais) e as normas jurídicas (restrições formais), por exemplo, estabelecem mecanismos que incentivam a conduta ética entre os indivíduos e a cooperação entre as partes nas relações contratuais, com a finalidade, entre outras, de restringir comportamentos oportunistas.

Segundo Azevedo *et al.* (1997), a importância desse pressuposto comportamental decorre da necessidade potencial de adaptação *ex post* dos acordos em razão da incompletude⁴² dos contratos. Uma vez que os indivíduos são racionais, mesmo que de forma limitada, eles buscam, no presente, incluir salvaguardas contratuais e adotar estruturas de governança⁴³ adequadas com a finalidade de resguardar as transações envolvidas, de mitigar as incertezas comportamentais e de minimizar os custos de transação⁴⁴.

37 Segundo Azevedo *et al.* (1997, pp. 80-1): “A possibilidade de problemas de adaptação leva os indivíduos a desenhar instituições que tenham a função de amenizar esses problemas e, assim, viabilizar as transações. Uma dessas instituições – relevantes economicamente (apesar de não se restringir a isso) – é a ética. Trata-se de uma restrição informal que disciplina o comportamento daqueles que exercem o jogo social. Ética não é, portanto, dada a priori, mas sim um conjunto de regras construído pelo ser humano para balizar as interações entre os indivíduos. Dessa forma, assumir o comportamento oportunista não significa negar o comportamento ético, pois a ética deve ser entendida como uma construção humana que tem como uma de suas finalidades a restrição ao comportamento oportunista. Ao contrário de incompatíveis, a ética existe por causa do oportunismo e não apesar dele. A ausência a priori de um comportamento oportunista eliminaria a razão de existência da ética.”

38 Begnis, Estivalet e Pedrozo (2007), a partir de estudo sobre a cadeia produtiva de fumo no sul do Brasil, destacam o comportamento oportunista como um dos fatores responsáveis por influenciar as transações e por ensejar quebras de contratos. Na mesma linha, Resende e Zylbersztajn (2011), a partir de estudo sobre a quebra de contratos de compra e venda antecipada de soja em decorrência da oscilação de preços favorável aos produtores, constatou decisões judiciais favoráveis à quebra dos contratos por parte dos produtores, favorecendo comportamentos oportunistas e aumentando as incertezas (ausência de clareza das “regras do jogo”) e os custos de transação, cujos efeitos secundários resultaram em maior exigência de garantias para crédito e custeio (crédito concedido apenas àqueles empresários com reputação no mercado), maior dificuldade para negociar com as empresas, maior monitoramento da produção e redução do volume de contratos de venda antecipada. Em síntese, os produtores optaram por ganhos de curto prazo em detrimento aos ganhos de longo prazo resultantes da manutenção da relação contratual. Por fim, Mesquita *et al.* (2013), a partir de estudo sobre o surgimento da tecnologia flex-fuel, constataram que as transações envolvendo essa tecnologia foram realizadas hibridamente, mesclando relações de mercado (pela montadora na aquisição da tecnologia) e de hierarquia (elaboração da tecnologia), a fim de resguardar a montadora de condutas oportunistas.

39 Laureado com o prêmio Nobel de Economia em 1993. Para mais informações, conferir: <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/facts/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

40 Segundo Douglass North (1991, p. 3): “Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity.”

41 Segundo Douglass North (1990, p. 3): “Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change.”

42 O conceito de incompletude contratual foi exposto mais detalhadamente no item 3 deste artigo.

43 O conceito de contratos como estrutura de governança foi exposto mais detalhadamente no item 2.4 deste artigo.

44 “[...] I merely assume that some individuals are opportunistic some of the time and that differential trustworthiness is rarely transparent *ex ante*. As a consequence, *ex ante* screening efforts are made and *ex post* safeguards are created. Otherwise, those who are least principled (most opportunistic) will be able to exploit egregiously those who are more principled.” (WILLIAMSON, 1985, p. 64).

Segundo Williamson (1985), as partes e os terceiros (como tribunais e árbitros) enfrentam dificuldades na integração de lacunas ou omissões⁴⁵ contratuais ao longo da execução⁴⁶ contratual em virtude de condutas oportunistas. A existência de assimetria de informações⁴⁷ entre as partes em um determinado contrato pode, ainda, estimular esse tipo de comportamento. Cabe destacar que esse pressuposto não requer que todas as partes se comportem de forma oportunista em graus idênticos.

Ainda, segundo Fiani (2002), mesmo diante de transações realizadas em ambientes complexos, com incertezas, racionalidade limitada e comportamentos oportunistas dos indivíduos, apesar de necessárias, essas condições ainda não seriam suficientes para ocasionar disfunções no funcionamento dos mercados. Nesse cenário, disfunções surgiriam caso se envolvesse transações com ativos específicos, nas quais apenas um número limitado de agentes estaria habilitado a participar, conforme exposto mais detalhadamente no item 2.3.1 deste artigo.

Nesse sentido, as salvaguardas contratuais e as estruturas de governança servem tanto para contornar lacunas decorrentes da racionalidade limitada (características dos contratos incompletos) quanto para mitigar comportamentos oportunistas entre as partes contratantes.

2.3 Atributos da transação

Segundo Williamson (1985), as estruturas de governança são dimensionadas com o objetivo de reduzir os custos de transação. A adequação do dimensionamento adotado depende, além dos pressupostos comportamentais expostos nos tópicos anteriores, da compreensão dos atributos das transações, cujos principais vetores são representados pela especificidade dos ativos, pela incerteza e pela frequência, conforme será analisado nos tópicos seguintes.

2.3.1 Especificidade dos ativos

A especificidade dos ativos define o grau de uso alternativo de determinado bem sem sacrifício do seu valor produtivo; isto é, consiste na possibilidade de se reutilizar um ativo

45 Lacunas e omissões contratuais são características intrínsecas aos contratos incompletos, cuja existência decorre da racionalidade limitada dos indivíduos em conseguir prever, antecipadamente, todas as contingências supervenientes, especialmente em ambientes complexos e incertos, conforme exposto mais detalhadamente no item 3 deste artigo.

46 Segundo Jicai Liu *et al.* (2016), durante a execução dos contratos de PPP's, os parceiros privados tendem a adotar comportamentos oportunistas para maximizar seus próprios interesses. Esses comportamentos têm o potencial de comprometer significativamente o interesse público e as taxas de sucesso desses projetos. Apesar disso, os autores apresentam uma séria de mecanismos passíveis de implementação para coibir ou mitigar comportamentos oportunistas nessas relações contratuais.

47 A teoria da assimetria informacional foi sistematizada a partir dos estudos e das contribuições apresentadas por George Akerlof, por Michael Spence e por Joseph Stiglitz ainda na década de 1970 e constitui o núcleo da economia da informação. Essa teoria fornece instrumental relevante para a análise de relações contratuais com informações assimétricas entre as partes. A existência de assimetria nessas relações desequilibra as transações e pode alterar o comportamento das partes, impactando na eficiência e na própria estrutura do negócio. A teoria da assimetria informacional não será objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. An introduction to the economics of information: incentives and contracts. Oxford University Press, 2001.

em uma atividade alternativa sem que ele perca seu valor⁴⁸. Ativos altamente específicos apresentam usos alternativos restritos⁴⁹. Nesse sentido, quanto maior a especificidade de um ativo, maiores serão os custos de transação envolvidos em razão da dependência desse ativo.

Há, portanto, uma relação direta de proporcionalidade entre o grau de especificidade de um ativo, a perda⁵⁰ associada a comportamentos oportunistas das partes e os custos de transação envolvidos. Isto é, quando maior o grau de especificidade de um ativo, maior será o grau de exposição a perdas das partes contratantes no caso de quebras oportunistas dos contratos.

Nesse sentido, quanto maior a especificidade de um ativo, maior o incentivo para que as partes desenvolvam estruturas de governança especializadas para assegurar a continuidade da relação⁵¹. A identidade das partes se torna relevante à medida que se aumenta o grau de especificidade do ativo⁵². Segundo Zylbersztajn (1995) e Farina (1999), a maior especificidade de um ativo requer um dimensionamento contratual mais adequado, contendo, em geral, um maior número de salvaguardas contratuais⁵³. Ativos de menor especificidade, ao contrário, dispensam arranjos contratuais personalizados, podendo, em geral, ser transacionados no próprio mercado, conforme exposto mais detalhadamente no item 2.4 deste artigo.

48 Segundo Fiani (2016, p. 15-16): “Ativos específicos são aqueles que sofrem uma desvalorização expressiva, além da sua depreciação normal, se forem aplicados em uma atividade diferente daquela para a qual foram planejados. Uma estrada de ferro entre duas cidades, por exemplo, sofre uma desvalorização expressiva se não for usada como meio de transporte ferroviário entre estas cidades. A questão não diz respeito, portanto, a um problema de classificação contábil, mas à amplitude de usos a que o ativo se destina. Quanto mais reduzida for a amplitude de aplicações de um determinado ativo, maior o seu grau de especificidade. Há, portanto, ativos com maior e menor grau de especificidade.”

49 Segundo Fiani (2002): “Uma última condição se faz necessária. Esta condição é designada como a de transações que envolvem ativos específicos, isto é, ativos cujas transações ocorrem em pequeno número (*small numbers*), por haver poucos vendedores e compradores para os ativos em questão. Neste tipo de transação apenas um número limitado de agentes está habilitado a participar: a especificidade dos ativos transacionados reduz, simultaneamente, os produtores capazes de ofertá-los e os demandantes interessados em adquiri-los.”

50 Segundo Williamson (1985, p. 54): “But such investments [special purpose investments] are also risky, in that specialized assets cannot be redeployed without sacrifice of productive value if contracts should be interrupted or prematurely terminated, General purpose investments do not pose the same difficulties.”

51 Segundo Zylbersztajn (2002, p. 132): “A proposta da Economia dos Custos de Transação é a de que o mundo real se enquadra na situação de racionalidade limitada e presença potencial de oportunismo, demandando o desenho de estruturas especializadas para governar as transações, a partir do tipo de especificidade de ativos. Estruturas de monitoramento e de controle precisam ser desenhadas para permitir que os agentes lidem com os riscos potenciais de ruptura contratual. Há custos envolvidos com a criação de mecanismos de desenho, monitoramento e controle nas organizações, os quais são denominados de custos de transação.”

52 Possas, Fagundes e Pondé (1997, p. 126): “A presença de ativos específicos faz com que a identidade dos participantes da transação, assim como a continuidade dos vínculos estabelecidos entre estes, ganhe uma dimensão econômica fundamental — as interações entre os agentes deixam de ser impessoais e instantâneas, o que acarreta custos para geri-las e conservá-las.”

53 Segundo Williamson (1985, p. 54): “Suffice it to observe here that (1) asset specificity refers to durable investments that are undertaken in support of particular transactions, the opportunity cost of which investments is much lower in best alternative uses or by alternative users should the original transaction be prematurely terminated, and (2) the specific identity of the parties to a transaction plainly matters in these circumstances, which is to say that continuity of the relationship is valued. whence (3) contractual and organizational safeguards arise in support of transactions of this kind, which safeguards are unneeded (would be the source of avoidable costs) for transactions of the more familiar neoclassical (nonspecific) variety.”

Williamson (1985, p. 54) identifica quatro⁵⁴ especificidades de ativos cuja relevância merece destaque: i) especificidade do local; ii) especificidade do ativo físico; iii) especificidade do ativo humano; e iv) ativos dedicados.

Relações que envolvam ativos específicos, em geral, geram interações especializadas entre as partes, exclusivas ou quase exclusiva a depender do grau de especificidade. Por exemplo, se há apenas um fornecedor de um determinado insumo necessário à produção de determinado comprador, haverá uma necessária aproximação entre ambos.

Desse vínculo estabelecido entre as partes pode surgir uma situação denominada de “problema do refém” ou *hold-up*. Essa situação ocorre quando uma das partes se torna vulnerável a ameaças da outra parte em face de disputas internas à relação para extração de quase-rendas⁵⁵. Por exemplo, uma parte ameaça encerrar oportunisticamente o contrato com o intuito de obter da outra parte condições mais vantajosas que as pactuadas inicialmente. Neste caso, a parte que comprometeu recursos significativos no ativo específico, cuja utilização alternativa em outra atividade provocaria uma desvalorização significativa dele, encontra-se sem credibilidade para retaliar a ameaça sofrida.

Nesse sentido, segundo Fiani (2016, pp. 19-20):

Pode-se afirmar, assim, do ponto de vista da infraestrutura, que desenvolvimento é sinônimo de investimento em ativos específicos. Uma infraestrutura desenvolvida é uma infraestrutura especializada, com elevada produtividade, mas também com elevado potencial de conflitos pelas quase-rendas que envolve e, portanto, de custos de transação. Neste sentido, os arranjos institucionais desempenham um papel fundamental para viabilizar esta infraestrutura especializada, restringindo os conflitos potenciais provocados pelas disputas de quase-rendas e, por conseguinte, reduzindo também os custos de transação.

54 Azevedo (2000, pp. 38-9) destaca o acréscimo de mais duas distinções apresentadas por Williamson em obra posterior: “WILLIAMSON (1991: 281) distingue seis tipos de especificidade de ativos: a) especificidade locacional – a localização próxima de firmas de uma mesma cadeia produtiva economiza os custos de transporte e armazenagem e significa retornos específicos a essas unidades produtivas; b) especificidade de ativos físicos; c) especificidades de ativos humanos, ou seja, toda a forma de capital humano específico a uma determinada firma; d) ativos dedicados – relativos a um montante de investimento cujo retorno depende da transação com um agente particular e, portanto, relevante individualmente; e) especificidade de marca, que se refere ao capital - nem físico nem humano – que se materializa na marca de uma empresa, sendo particularmente relevante no mundo das franquias; e f) especificidade temporal, em que o valor de uma transação depende sobretudo do tempo em que ela se processa, sendo especialmente relevante no caso da negociação de produtos perecíveis.”

55 Fiani (2016, p. 16) apresenta a conceito de quase-rendas a partir de um exemplo didático: “Quase-rendas (q) são o resultado da presença de ativos específicos, e podem ser descritas para um ativo específico i (q_i) pela equação (1) (Klein, Crawford e Alchian, 1978, p. 298): [q_i = v_i - c_i - t_i] [...] considere um ativo com um grau significativo de especificidade que gere ao seu proprietário uma receita mensal de R\$ 5.500 e cujo custo operacional mensal seja de R\$ 1.500. Suponha que em uma aplicação alternativa àquela para a qual foi originalmente concebido, este ativo gere uma receita mensal de R\$ 1 mil. Sua quase-renda q_i é de R\$ 5.500 - R\$ 1.500 - R\$ 1.000 = R\$ 3.000. Este valor indica o quanto é possível subtrair da receita do proprietário do ativo específico i sem que ele se retire da atividade em questão para uma atividade alternativa. Dito de outra forma, se a receita do proprietário do ativo específico for de apenas R\$ 5.500 - R\$ 3.000 = R\$ 2.500, este proprietário hipotético estaria, ainda assim, cobrindo seus custos operacionais e seu custo de oportunidade, e não teria motivos para abandonar a transação. Desta maneira, por exemplo, por meio da ameaça de suspender a relação (*hold-up*), o agente que fornece os recursos necessários à operação do ativo, os quais compõem seu custo operacional, poderia aumentar estes custos de R\$ 1.500 para R\$ 4.500, buscando apropriar-se da quase-renda do ativo em questão; ou o demandante do serviço do ativo (por meio da mesma ameaça de *hold-up*) poderia reduzir o seu pagamento pelos serviços do ativo específico de R\$ 5.500 para R\$ 2.500, também de forma a se apropriar da quase-renda de R\$ 3 mil; ou ainda o fornecedor de recursos para a operação do ativo específico e o demandante de seus serviços poderiam repartir entre si a quase-renda, ambos ameaçando com o *hold-up* da transação, caso seus pleitos não sejam atendidos.”

Apesar da possibilidade de surgir situações de *hold-up* em relações que envolvam ativos específicos, deve-se buscar alternativas⁵⁶ disponíveis para se mitigar esses riscos⁵⁷, uma vez que, para determinadas relações contratuais, torna-se indispensável⁵⁸ a existência de ativos específicos, como ocorre no caso de contratos de concessão ou de parcerias público-privadas⁵⁹, por exemplo.

Nesse sentido, a definição prévia de mecanismos contratuais que incentivem a cooperação entre as partes nessas relações contratuais com ativos específicos é determinante para a mitigação de comportamentos oportunistas⁶⁰, como, por exemplo, situações de *hold-up* em que uma das partes se torna vulnerável a ameaças da outra parte em face de disputas internas à relação para extração de quase-rendas, conforme exposto mais detalhadamente no item 3 deste artigo.

- 56 Segunda Paula Forgioni (2019, p. 68): “Alguns contratos têm a situação de dependência econômica como apanágio típico, sendo impossível à parte ignorá-la no momento da vinculação. Supõe-se que as empresas aderem voluntariamente a esses esquemas contratuais, ponderando previamente as consequências da diminuição de sua liberdade. [...] o novo Código Civil determinou que a denúncia dos contratos de longa duração não produzirá efeitos antes de recuperados os investimentos realizados [art. 473 do Código Civil de 2002]. Com isso, evita que o término abrupto do negócio traga prejuízos indevidos à parte que investiu no empreendimento. Ao contrário do que pretendem muitos, esse dispositivo não atua contra a lógica de mercado. Incentiva o tráfico ao coibir a exploração oportunista da dependência gerada pelo negócio, reduzindo o risco moral [*moral hazard*].”
- 57 Segundo Fernando Guimarães (2015, pp. 240-1): “[...] numa contratação de longo prazo, como é a concessão e a PPP, há custos diversos incidentes para a evasão de uma das partes da relação contratual. Isso se passa especialmente com o poder concedente, que tem prejuízos de diversas ordens num cenário de extinção precoce do contrato (descontinuidade na prestação do serviço público, desenvolvimento do processo de extinção da concessão, custos com a reinauguração do processo de licitação-contratação, prejuízos políticos ao governo etc.). Essa suscetibilidade de uma parte em relação à outra pode gerar aquilo que se denomina de efeito de *lock-in*, pondo-a como refém da extinção da relação jurídico-contratual. Lacunas contratuais podem favorecer, neste contexto, a adoção de práticas oportunistas pelo concessionário, gerando impasses (*holdup*) que desaguam na oportunidade de renovações e revisões contratuais em contratos ainda jovens, com riscos para a estabilidade e continuidade do vínculo. Minimizar a incompletude dos contratos em matéria de alocação e riscos pode concorrer para evitar práticas desta natureza.”
- 58 Segundo Marcos Nóbrega (2009, p. 6): “Em termos de contratos de infraestrutura, além da frequência com que os custos de transação se repetem, um fator de extrema importância seria a especificidade dos ativos consubstanciados na ideia de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), ou seja, a possibilidade de reempregar esses ativos em outras atividades. Em alguns tipos de investimentos, por óbvio, esses custos são extremamente elevados, como, por exemplo, ativos fixos para uma siderúrgica ou mesmo para uma usina termoeletrica.” Na mesma linha, Gustavo Gasiola (2014, p. 245): “No setor de infraestrutura a situação é agravada pela característica dos investimentos exigidos, de tipo irrecuperável (*sunk costs*). Havendo esses investimentos, o agente não pode transferir o que foi investido para outra atividade sem grandes prejuízos e, como alerta Lobo (2009, p. 51), isso gera um duplo efeito. Além de incentivar uma conduta mais agressiva do agente incumbente, pois frente a custos irrecuperáveis a perda de mercado implica diretamente em prejuízos, aquele que ingressa no mercado exigirá estabilidade de preço para realizar os investimentos específicos.” Por fim, cabe destacar explicação didática sobre a expressão *sunk costs* apresentada pela Paula Forgioni (2019, p. 68): “Nos contratos de colaboração, não é incomum exigir-se de uma ou de ambas as partes que realizem investimentos específicos voltados à celebração ou ao desenrolar do contrato. Esses dispêndios são chamados de custos ou investimentos idiossincráticos. Muitas vezes, mostra-se impossível ou muito difícil a recuperação desses recursos ao término da relação. São os investimentos/custos irrecuperáveis ou *sunk costs*. Nada impede que os *sunk costs* sejam ao mesmo tempo idiossincráticos, quando destinados especificamente a determinado negócio [i.e., custos irrecuperáveis incorridos para a execução de certo ajuste]. Custos idiossincráticos podem trazer o estado de dependência unilateral ou recíproca porque, regra geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes do aborto da operação. E ainda: quanto menor sua probabilidade de recuperação, maior o grau de dependência.”
- 59 Segundo Ping Ho *et al.* (2015, p. 10): “The authors argue that principal-principal opportunism, firm hold-up opportunism, and government-led opportunism embedded in infrastructure PPPs may lead to substantial transaction costs, as stated in Propositions 1, 2, and 3, respectively. The major transaction inefficiencies/costs may include opportunistic bidding, aggressive investment, excessive monitoring, high equity premium, renegotiation, and financial distress.”
- 60 A Resolução nº 5.950/2021, editada pela ANTT para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência, prevê sanções a eventuais comportamentos oportunistas em seu artigo 7º: “Art. 7º Configura exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé, sem prejuízo da aplicação de sanção mais gravosa pela tipificação de outra conduta relacionada: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos ou apresentar documento falso; III - usar do processo administrativo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo administrativo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; e VII - manejar pedido ou recurso administrativo com intuito manifestamente protelatório. § 1º As condutas de que trata o caput são puníveis com multa em valor de até 0,2% (dois décimos por cento) do faturamento anual da concessionária no exercício fiscal anterior à prática do ato. 2º A penalidade de que trata o § 1º será aplicada pela mesma autoridade que analisou a matéria principal, sendo aplicável subsidiariamente o disposto na Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016. § 3º Antes de ser imposta a sanção por exercício abusivo de direito de petição ou litigância de má-fé, a Superintendência competente poderá advertir a concessionária para que cesse o ato reputado lesivo.” Resolução disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.950-de-20-de-julho-de-2021-333288662>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

2.3.2 Incerteza

Segundo Williamson (1985), a incerteza pode ser descrita como a condição na qual os agentes econômicos desconhecem os resultados futuros de uma determinada transação⁶¹. Nesse sentido, quanto maior o grau de incerteza no ambiente em que se processa a transação, maiores serão os custos de transação.

Os impactos da incerteza, nesse sentido, são duplos. Pode ocorrer em termos de incerteza ambiental, quando envolve contingências relacionadas à transação, e em termos de incerteza comportamental, quando envolve comportamentos oportunistas entre as partes da transação⁶².

A incerteza também pode ser compreendida a partir de duas acepções⁶³: i) incerteza mensurável, na qual se analisa a probabilidade de determinado evento vir a se materializar no futuro a partir da análise de dados históricos (sentido mais convencional de risco); e ii) incerteza imensurável, a qual consiste na impossibilidade de se quantificar previamente determinadas contingências futuras e suas respectivas consequências em razão da inexistência de uma prévia distribuição de probabilidade adequada a essa finalidade (incerteza no Knightiana)⁶⁴.

Uma das consequências de se considerar o atributo da incerteza nas transações, em especial nas transações complexas e com prazos mais longos de duração⁶⁵, consiste na

61 Segundo Williamson (1985, p. 60): “Whenever assets are specific in nontrivial degree, increasing the degree of uncertainty makes it more imperative that the parties devise a machinery to ‘work things out’ – since contractual gaps will be larger and the occasions for sequential adaptations will increase in number and importance as the degree of uncertainty increases. Also, and relatedly, concerns over the behavioral uncertainties referred to above now intrude.”

62 Segundo Ping Ho *et al.* (2015, p. 2): “The impacts of uncertainty are twofold. In terms of environmental uncertainty, when the relevant contingencies concerning a transaction, such as product demand, are too unpredictable to be addressed *ex ante*, it is difficult to have an efficient contract that eliminates or safeguards against potential renegotiation and the resulting hold-up. In terms of behavioral uncertainty, the shirking problem, which is the second major opportunism problem in TCE, occurs when it is difficult to ascertain contractual (i.e., behavioral) compliance *ex post*.”

63 Segundo Fiani (2002, p. 173): “Outro fator a pressionar a racionalidade limitada dos agentes é a existência de incerteza. Há incerteza quando eventos futuros não podem ser previstos com exatidão. Assim, há incerteza quando se trata de um fenômeno aleatório ao qual se atribui uma dada probabilidade (incerteza no sentido convencional de risco), e também quando sequer é possível atribuir uma probabilidade ao fenômeno (por exemplo, é impossível atribuir com exatidão uma probabilidade a uma guerra futura em uma região). A presença de incerteza, mesmo que seja no sentido convencional de risco, combinada com racionalidade limitada, dificulta definir e distinguir as probabilidades associadas às diferentes circunstâncias que podem afetar a transação. Dito de outra forma, mesmo que seja possível, em princípio, calcular as probabilidades dos eventos, isso pode ser muito difícil, dada a racionalidade limitada dos agentes que participam da transação.”

64 A partir da obra seminal *Risk, uncertainty and profit* publicada em 1921, na qual apresenta uma teoria do lucro, Frank Knight sistematiza a distinção conceitual entre risco e incerteza. Para Frank Knight (1921), o risco é passível de mensuração por meio de uma distribuição de probabilidades elaborada a partir de dados históricos (“incerteza mensurável” ou probabilidade mensurável), enquanto a incerteza não é passível de mensuração a partir de uma distribuição de probabilidades (“incerteza imensurável” ou probabilidade numericamente imensurável). A incerteza Knightiana não será objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação.

65 Segundo Azevedo *et al.* (1997, p. 83): “Contribuições recentes à ETC (Milgrom & Roberts, 1992: 34) permitem o acréscimo de outros elementos ao arcabouço primeiramente apresentado de modo sistemático por Williamson (1985). Complementarmente ao atributo ‘frequência’, os autores propõem o atributo ‘duração’ da transação, a fim de captar não somente a repetição, mas também a intensidade com que a transação se manifesta no tempo. Ao atributo ‘incerteza’ os autores adicionam os atributos ‘complexidade’ – cuja importância é revelada pela presença de limites à racionalidade – e ‘dificuldade de mensuração do desempenho’ – ressaltando o problema informacional pós-contratual. Finalmente, os autores adicionam um último atributo ‘grau de inter-relacionamento com outras transações’, que pretende inserir a análise da transação em um contexto de transações, do qual ela faz parte, trazendo à tona a eventual dificuldade – e seus custos – da coordenação de diferentes transações.”

inevitável ampliação de lacunas⁶⁶ contratuais em razão da inviabilidade⁶⁷ ou mesmo da impossibilidade de se antever todas as contingências futuras cuja materialização perturbe a relação inicialmente estabelecida entre as partes, conforme exposto mais detalhadamente no item 2.3.2 deste artigo.

2.3.3 Frequência

A frequência se relaciona com o número de vezes com que as partes de uma determinada relação realizam transações⁶⁸. Essas transações podem ser ocasionais, quando não se estabelece um vínculo entre as partes, ou recorrentes, quando as partes estabelecem um vínculo de dependência.

Quanto maior a recorrência de transações, menores serão os custos de transação. Essa economia decorre da redução de custos com redação de contrato, coleta de informações, monitoramento de transações e adaptação da relação às mudanças no ambiente⁶⁹.

Ainda, a maior frequência de transações possibilita a construção de reputação⁷⁰ pelas partes envolvidas na relação, reduzindo os incentivos⁷¹ para práticas oportunistas entre as partes.

Por fim, a partir de uma análise instrumental de jogos repetidos, constata-se que, em cenários de informações imperfeitas, a repetição possibilita a aprendizagem dos jogadores, cuja consequência seria a redução das assimetrias informacionais presentes no início da

66 Segundo Farina (1999, p. 156): “A incerteza tem como principal papel a ampliação das lacunas que um contrato não pode cobrir. Em um ambiente de incerteza, os agentes não conseguem prever os acontecimentos futuros e, assim, o espaço para renegociação é maior. Sendo maior esse espaço, maiores serão as possibilidades de perdas derivadas do comportamento oportunista das partes, ou mesmo do desentendimento entre elas.” No mesmo sentido, Rocha Junior *et al.* (2008, p. 461): “Há incerteza quanto ao reconhecimento das informações relevantes ao contrato ou, mais precisamente, essas informações são incompletas e assimétricas. Dessa forma, as incertezas provenientes do mercado não permitem que os agentes criem cláusulas contratuais que associem os resultados futuros do contrato com a realidade futura do mercado.”

67 Segundo Azevedo *et al.* (1997, p. 51), se há incertezas quanto ao comportamento futuro dos preços ou a expectativa de crescimento futuro da demanda, por exemplo, não é factível presumir a possibilidade de se elaborar um sistema completo para contratos cujas transações são contingentes. Nesse mesmo sentido, segundo Arrow (1974, p. 35): “Drawing up such contracts [contratos contingentes] would be expensive, and understanding them would be equally so. The courts of law, on the basis of long experience, have shown little faith in the ability of the average individual to understand complicated contracts.”

68 Segundo Farina (1999, p. 156): “A frequência é uma medida da recorrência com que uma transação se efetiva. Seu papel é duplo. Primeiro, quanto maior a frequência, menores serão os custos fixos médios associados à coleta de informações e à elaboração de um contrato complexo que imponha restrições ao comportamento oportunista. Segundo, se a frequência for muito elevada, os agentes terão motivos para não impor perdas aos seus parceiros, na medida em que uma atitude oportunista poderia implicar a interrupção da transação e a conseqüente perda dos ganhos futuros derivados da troca. Em outras palavras, em transações recorrentes as partes podem desenvolver reputação, o que limita seu interesse em agir de modo oportunista para obter ganhos de curto prazo.”

69 Segundo Paula Forgioni (2019, p. 49): “Maior o grau de vinculação entre as partes, maior a *integração* entre as empresas e maior o grau de previsibilidade da operação econômica. Dizemos com apoio aos economistas institucionais que, em certas situações, a celebração de contratos que geram integração leva à redução dos *custos de transação*, na medida em que permite à empresa economizar os recursos que despenderia se houvesse de barganhar amplo espectro de variáveis a cada operação de compra e venda.”

70 Segundo Azevedo *et al.* (1997, p. 89): “A repetição de uma transação possibilita também 1) que as partes adquiram conhecimento umas das outras – o que reduz a incerteza; 2) que se construa uma reputação em torno de uma marca – o que cria um ativo específico; e, ainda, mais importante, 3) que se crie, em alguns casos, um compromisso confiável (*Credible Commitment*) entre as partes em torno do objetivo comum de continuidade da relação.”

71 Segundo Azevedo *et al.* (1997, p. 91): “Quanto maior a frequência de uma transação, *ceteris paribus*, maior o valor presente dos ganhos futuros e, portanto, maior o custo associado à atitude oportunista. Quando o custo da ação oportunista for maior que os benefícios advindos de tal comportamento – ou seja, o ganho de curto prazo de uma atitude aética – as promessas contratuais tornam-se plenamente confiáveis, uma vez que não há incentivos ao rompimento do contrato. Nesse caso, não é necessário um esforço especial no sentido de governar uma transação. O compromisso confiável é suficiente para garantir o comportamento cooperativo das partes participantes do contrato. As condições para que se verifique esse compromisso confiável, no entanto, são bastante restritas, incluindo a observabilidade das ações e que os custos da ação oportunista superem seus benefícios.”

interação e o aumento da previsibilidade nas transações futuras.

Na perspectiva dos contratos incompletos⁷², a negociação *ex post* entre as partes, necessária para se colmatar a incompletude desses contratos, contribui para a construção de reputação⁷³, para a previsibilidade nas transações futuras, para a aprendizagem contínua das partes e para a redução de assimetrias informacionais presentes no início da interação⁷⁴. Isto é, a hipótese de que novas renegociações serão necessárias durante a execução do contrato contribui para que as partes busquem cooperação recíproca com a finalidade de maximizar seus retornos. Constitui, portanto, estratégia deliberada de ação entre as partes que assume a forma de um “jogo repetido”⁷⁵.

2.4 Contratos como estruturas de governança

Segundo Williamson (1985), os agentes econômicos criam mecanismos de coordenação das transações denominados de estruturas de governança com a finalidade de reduzir os custos de transação. Há, basicamente, três estruturas de governança: mercado, hierárquica e híbrida.

Segundo Ursula Peres (2007), essas estruturas de governança não apresentam, a priori, uma ordem preferencial de eficiência. O conceito de eficiência nesse caso se relaciona à adequação de uma estrutura de governança às características e às especificidades da transação coordenada.

Nesse sentido, Williamson (1979; 1985), com base nos estudos elaborados por Ian Macneil (1974; 1978), apresenta três classificações contratuais básicas: contratos clássicos, contratos neoclássicos e contratos relacionais.

Nos contratos clássicos⁷⁶ as transações são padronizadas e a natureza do acordo é cuidadosamente delimitada, assim como as consequências decorrentes de eventual inadimplemento dos termos pactuados, as quais são previstas *ex ante*. Nesse tipo de contrato a

72 O conceito de incompletude contratual foi exposto mais detalhadamente no item 3 deste artigo.

73 A título exemplificativo, cita-se a divulgação de dados e de informações, no seu sítio eletrônico da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), acerca do desempenho das concessionárias no cumprimento das obrigações contratuais, conforme previsto nos artigos 10 e 11 da Resolução nº 5.950/21.

74 Segundo Egon Moreira (2010, p. 411): “Ao se falar em capacidade de aprendizagem dos contratos e – por que não dizer? – da própria relação jurídico-concessionária está-se a cogitar também da sistematização do conhecimento que aperfeiçoe a eficiência de determinados contratos públicos. O processo de execução do contrato é significativa fonte de informações e respectiva percepção intelectual, o que surgir a constatação de novas vantagens por parte de concedente e concessionário – bem como sua instalação e partilha com usuários (e terceiros).”

75 A Teoria dos Jogos apresenta contribuições relevantes para o estudo de “jogos repetidos”. No entanto, essa teoria não será objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação. Para mais detalhes sobre “jogos repetidos” e para dicas de bibliografia sobre o tema, consultar: GIBBONS, R. (1997). An introduction to applicable game theory: relational contracts. *Journal of Economics Perspectives* 11: 127-149. AXELROD, Robert. The evolution of cooperation. New York: Basic Books, 1984.

76 Segundo Williamson (1985, p. 69): “Classical contract law endeavors to implement discreteness and presentation in several ways. For one thing, the identity of the parties to a transaction is treated as irrelevant. In that respect it corresponds exactly with the ‘ideal’ market transaction in economics. Second the nature of the agreement is carefully delimited, and the more formal features govern when formal (for example, written) and informal (for example, oral) terms are contested. Third, remedies are narrowly prescribed so that, ‘should the initial presentation fail to materialize because of nonperformance, the consequences are relatively predictable from the beginning and are not open-ended’ (Macneil, 1978, p. 864). Additionally, third-party participation is discouraged (p. 864). The emphasis is thus on legal rules, formal documents, and self-liquidating transactions.”

identidade das partes é irrelevante. O mercado ou alguma instituição organizada seria responsável por assegurar a realização desse tipo de transação sem a necessidade de identificação das partes. Há, nesse tipo de contrato, um desincentivo à participação de terceiros na resolução de eventuais conflitos, predominando regras legais, documentos formais e transações autoliquidáveis. Em síntese, esse tipo de contrato é característico das relações de mercado.

Os contratos neoclássicos⁷⁷ são caracterizados pelo longo prazo de execução sob condições de incerteza. Essas características tornam a previsão de contingências supervenientes excessivamente onerosa, senão impossível, suscitando formas de estruturação mais flexíveis que contemplem desde a inclusão prévia de salvaguardas⁷⁸ contra comportamentos oportunistas até a previsão de lacunas, cujo preenchimento se dará no decorrer da execução contratual (contratos incompletos⁷⁹). Neles, a identidade das partes é relevante para o negócio uma vez que a continuidade desses contratos depende da relação de confiança estabelecida entre as partes, havendo incentivos para substituição de litígios pela arbitragem.

Os contratos relacionais⁸⁰ apresentam estruturas organizacionais com maior nível de integração por meio da qual as partes preservam sua autonomia, bem como privilegiam a cooperação e o ajuste contínuo em face do aumento progressivo da duração, da complexidade e da especificidade envolvida nessas relações.

A partir dessa classificação dos contratos elaborada por Macneil, Williamson (1985), em função dos atributos das transações⁸¹, especialmente em relação à especificidade de ativos (baixa, média e alta especificidade) e à frequência (recorrente e ocasional)⁸², apresenta uma

77 Segundo Williamson (1985, pp. 70-5): "Not every transaction fits comfortably into the classical contracting scheme. In particular, for long-term contracts executed under conditions of uncertainty complete presentation is apt to be prohibitively costly if not impossible. Problems of several kinds arise. First, not all future contingencies for which adaptations are required can be anticipated at the outset. Second, the appropriate adaptations will not be evident for many contingencies until the circumstances materialize. Third, except as changes in states of the world are unambiguous, hard contracting between autonomous parties may well give rise to veridical disputes when state-contingent claims are made. [...] A recognition that the world is complex, that agreements are incomplete, and that some contracts will never be reached unless both parties have confidence in the settlement machinery thus characterizes neoclassical contract law [...] Thus rather than resorting immediately to court-ordered litigation -with its transaction-rupturing features - third-party assistance (arbitration) in resolving disputes and evaluating performance is employed instead."

78 Segundo Paula Forgioni (2019, p. 60): "Regra geral, quanto mais complexos os contratos, maior o grau de atenção e de recursos que os agentes econômicos estão dispostos a investir em sua concreção e monitoramento. Para o Direito, o grau de complexidade do negócio pode interessar na medida em que influencia a aferição do padrão esperado de comportamento do comerciante ativo e probo, além de desenhar o molde da expectativa digna de tutela jurídica."

79 A teoria dos contratos incompletos foi mais bem detalhada no item 3 deste artigo.

80 Segundo Williamson (1985, pp. 71-2): "Progressively increasing the 'duration and complexity' of contract has thus resulted in the displacement of even neoclassical adjustment processes by adjustment processes of a more thoroughly transaction-specific, ongoing administrative kind. The fiction of discreteness is fully displaced as the relation takes on the properties of a 'minisociety with a vast array of norms beyond those centered on the exchange and its immediate processes' (Macneil, 1978, p. 901). By contrast with the neoclassical system, where the reference point for effecting adaptations remains the original agreement, the reference point under a truly relational approach is the 'entire relation as it has developed [through] time. This may or may not include an 'original agreement'; and if it does, may or may not result in great deference being given it' (Macneil, 1978, p. 890)." Ressalta-se que a teoria dos contratos relacionais não será objeto de análise mais detalhada neste artigo em razão da extensão limitada desse tipo de publicação.

81 Esses atributos da transação foram apresentados mais detalhadamente no item 2.3 deste artigo.

82 Segundo Williamson (1985), a combinação das estruturas de governança com os atributos das transações apresentada considera apenas as dimensões de especificidade dos ativos e a frequência das transações. A dimensão da incerteza é admitida na análise com grau suficiente para representar problemas decorrentes da necessidade de se realizar adaptações supervenientes e sequenciais.

combinação⁸³ eficiente das estruturas de governança⁸⁴ com os atributos das transações⁸⁵.

Sinteticamente: i) a contratação clássica aproxima-se da governança de mercado⁸⁶ e envolve todas as transações padronizadas (baixa especificidade dos ativos), independentemente da frequência dessas transações; ii) a contratação neoclássica aproxima-se da governança trilateral e envolve transações ocasionais e não padronizadas (média ou alta especificidade dos ativos); e iii) a contratação relacional aproxima-se da governança bilateral ou hierárquica⁸⁷ e envolve transações recorrentes e não padronizadas (média ou alta especificidade dos ativos).

São pertinentes e relevantes para escopo deste artigo as características intrínsecas dos contratos neoclássicos (especialmente em relação à teoria dos contratos incompletos), as quais serão mais bem detalhadas no item 3 a seguir.

3 Contratos incompletos

A Teoria dos Contratos Incompletos⁸⁸ (*Incomplete Contract Theory*) foi desenvolvida

83 Segundo Azevedo (2000, p. 41): “Uma instituição eficiente, por definição, reduz os custos de transação, gerando, desse modo, uma quase-renda a ser compartilhada pelas partes que a estabeleceram. Cria-se, portanto, um problema de barganha entre as partes. Em síntese, um contrato, mesmo sendo um instrumento de indução do comportamento cooperativo entre as partes, é marcado pelo conflito pela apropriação dos ganhos. O modo como esse conflito se resolve pode ser relevante ao próprio processo de escolha da forma organizacional.”

84 Segundo Paula Forgioni (2019, p. 48): “Os negócios condicionam o comportamento futuro dos agentes econômicos, restringindo, com maior ou menor intensidade, sua liberdade de atuação pós-celebração. O contrato pode projetar quase ou nenhum efeito para o futuro, quando a ligação econômica produzida for pouco intensa, desfazendo-se tão logo adimplida a prestação. Da mesma forma, pode levar à forte vinculação das partes, atando-as à relação econômica e diminuindo a possibilidade de, no futuro, abraçarem estratégias conflitantes com a palavra empenhada.”

85 Para mais detalhes sobre a disposição gráfica desta combinação, consultar: (WILLIAMSON, 1985, p. 79). Paula Forgioni (2019) também apresenta disposição gráfica das formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, na qual se perpassa pelos contratos de intercâmbio (contratos clássicos), pelos contratos híbridos (contratos neoclássicos) e pelos contratos societários (contratos relacionais). Para mais detalhes, consultar: (FORGIONI, 2019, p. 50).

86 Segundo Fiani (2016, p. 21): “O arranjo institucional mais conhecido é o mercado. A característica que imediatamente se destaca para a análise é o fato de o mercado ser o arranjo institucional menos especializado, uma vez que abarca um grande número de transações, sem que qualquer uma delas particularmente receba tratamento diferente das demais. Ou seja, uma transação é tratada pelas regras do seu mercado da mesma forma que qualquer outra transação. Uma bolsa de commodities negociando cereais segue as mesmas regras, quer sejam sacas de milho ou de soja. Isso torna o mercado o arranjo institucional com menor custo por transação realizada, pois um grande número de transações se desenvolve neste arranjo, diluindo o custo. Outro aspecto que caracteriza o mercado é o fato de as partes poderem substituir livremente quaisquer das contrapartes na transação a qualquer instante. Isso é possível porque o ativo, que é objeto da transação, é de caráter relativamente geral, não apresentando especificidade significativa e, desta forma, não produzindo nenhum vínculo entre as partes da transação (Williamson, 1985, p. 69). A consequência desta liberdade para substituir qualquer contraparte na transação é o papel fundamental dos incentivos na operação do mercado: a participação dos agentes em um arranjo de mercado, bem como suas decisões no desenvolvimento da transação são determinadas apenas pelos ganhos e perdas monetárias individuais. Como resultado disso, o mercado promove uma forma particular de adaptação a qualquer alteração na transação, denominada adaptação autônoma (Williamson, 1996, p. 103), significando que cada agente busca individualmente e de forma unilateral a melhor decisão frente a mudanças no ambiente da transação, sem se importar com os efeitos sobre os demais. O mercado é, portanto, o lugar por excelência da adaptação autônoma: as partes decidem por si mesmas como agir ante a qualquer situação.

87 Segundo Williamson (1985, pp. 75-6): “Two types of transaction-specific governance structures for intermediate product market transactions can be distinguished: bilateral structures, where the autonomy of the parties is maintained, and unified structures, where the transaction is removed from the market and organized within the firm subject to an authority relation (vertical integration).” A probabilidade de se optar pela governança hierárquica aumenta à medida que as transações se tornem mais específicas. Sobre a estrutura unificada ou hierárquica, segundo Fiani (2016, p. 21): “A hierarquia pressupõe uma estrutura verticalmente integrada, no interior da qual a transação se desenvolve, passando de uma etapa a outra sempre sob o controle de uma burocracia. Em uma hierarquia, os agentes responsáveis por cada etapa da transação não possuem autonomia, estão submetidos a um controle centralizado; ao contrário do mercado, em que os agentes envolvidos dispõem de autonomia de decisão com relação à transação.”

88 Não se buscará nesse tópico exaurir todos os aspectos da Teoria dos Contratos Incompletos. O objetivo deste tópico é apresentar, de forma sintética, as principais características dessa teoria aplicáveis à regulação e à modelagem de contratos complexos e de longo prazo.

especialmente a partir das contribuições de Oliver Hart⁸⁹, entre outros autores. Ela surge em contraponto ao modelo contratual clássico⁹⁰ no qual se presume racionalidade ilimitada, simetria informacional e comportamentos éticos entre as partes da relação contratual, conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo. Segundo essa hipótese, as transações entre as partes do negócio jurídico ocorreriam sem custos de transação em razão do pressuposto de completa cognoscibilidade⁹¹ das contingências futuras pelos indivíduos⁹².

Em contratos complexos e de longo prazo⁹³, no entanto, os custos de transação⁹⁴ necessários para se definir previamente todas as contingências passíveis de materialização e suas respectivas consequências para as partes contratuais, bem como os custos para se controlar o cumprimento do contrato e para se solucionar eventuais controvérsias, seriam proibitivos⁹⁵ e tornariam inviáveis⁹⁶ a celebração de negócios jurídicos.

89 Laureado com o prêmio Nobel de Economia em 2016. Para mais informações, conferir: <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/hart/facts/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

90 Segundo Marcos Nóbrega (2009, p. 2): “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 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 vantagens de informações privilegiadas. Por fim, na síntese clássica, as trocas são feitas a custo zero, o que impõe uma estrutura racionalidade na elaboração contratual.” Na mesma linha, segundo Paula Forgioni (2019, p. 60): “Contratos simples, destinados a se exaurir no momento da prestação principal, nascem e morrem quase que de imediato. Por exemplo, no modelo clássico de compra e venda, o vínculo esvai-se com o intercâmbio. As obrigações surgem quase todas no momento da celebração do negócio, ainda que se destinem ao cumprimento posterior. Nos contratos complexos, tende-se à produção de obrigações posteriores à ligação inicial, até mesmo porque o negócio, para continuar a existir, exige adaptações e complementações.” Para mais detalhes sobre as especificidades dos contratos clássicos ver o item 2.4 deste artigo.

91 Segundo Fernando Araújo (2007, p. 155): “A ideia de contrato completo ficaria assim remetida para o plano de um conceito regulador, uma abstração susceptível de servir de padrão aferidos conquanto se reconheça a sua impraticabilidade – algo de similar à função desempenhada por variados pontos de referência que balizam o desenvolvimento das ciências sem fazerem parte do respectivo acervo empírico.” No mesmo sentido, Alexandre Cateb e José Gallo (2007, p. 2): “[...] contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro. Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.”

92 Para mais detalhes, ver: MILGROM, P.; ROBERTS, J. Economics, Organization and Management. New York: Pilgrim Books, 1992.

93 Segundo Junqueira de Azevedo (2005, p. 124): “Nas duas últimas hipóteses, contratos de trato sucessivo e de execução continuada, o tempo corresponde ao interesse das partes na satisfação de uma necessidade duradoura; ele faz parte da causa final do contrato. Tem-se adimplemento continuado ou protraído no tempo. Ao passo que, na primeira hipótese [execução diferida], o tempo é suportado por uma, ambas ou todas partes, em virtude da impossibilidade de obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pensa-se novamente na empreitada), nas duas últimas, o tempo é desejado pelas partes.”

94 Segundo Luis Guasch (2004, p. 73): “Transaction costs are most often argued to be the main reason for contract incompleteness. Three basic issues are involved here. First, contracting parties cannot define *ex ante* the contingencies that may occur after the signing of a contract. Thus the contracting parties may face unforeseen contingencies. Second, even if one could foresee all contingencies, they might be so numerous that describing them in a contract would be too costly, and the cost of writing contracts may lead to incompleteness. Finally, courts must perfectly understand the terms of a contract and be able to verify all actions under all contingencies to enforce it. If they do not satisfy some of these criteria, enforcing a contract will generate a cost.”

95 Segundo Alexandre Cateb e José Gallo (2007, p. 2): “[...] sob condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato completo (e complexo) seria proibitivo. Nestas circunstâncias, também seriam elevados os custos de policiamento e de solução de disputas com obrigatoriedade por força de lei em cortes jurídicas, quando da detecção de violações.”

96 Segundo Decio Zylbersztajn (2002, p. 130): “Os contratos definidos entre os agentes econômicos são incompletos, uma vez que não existe a capacidade de antecipar todas as contingências futuras. Se fosse possível desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento aético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda.” No mesmo sentido, segundo Marcos Nóbrega (2009, p. 3): “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 também pode ser devida a fatores estruturais com assimetria de informação, deficiência 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.”

Ainda que se objetivasse definir previamente todas as contingências passíveis de materialização durante a execução de contratos de longo prazo, não seria possível quantificar os impactos decorrentes da materialização de eventos incertos⁹⁷, por exemplo, conforme exposto mais detalhadamente no item 2.3.2 deste artigo.

Constata-se, assim, que contratos complexos e de longo prazo são estruturas normativas incompletas por natureza⁹⁸, cujas lacunas⁹⁹ não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e da racionalidade dos agentes ser limitada¹⁰⁰.

A partir disso, segundo a teoria dos contratos incompletos, em contratos de longa duração ou de execução diferida, não se pode prever, *ex ante*, todas as contingências possíveis de materialização e suas respectivas consequências para as partes contratuais de forma exaustiva sob pena de se inviabilizar a contratação ou de se obter um resultado ineficiente¹⁰¹. Assim, nenhum

97 Douglass North (1990, p. 52): “The contract specified by economic theory is simple, complete, and straightforward. It involves an exchange of a unidimensional product at an instant of time. The contract in modern complex economies both is multidimensional and extends over time. Because there are multiple dimensions, with respect both to the physical characteristics and to the property rights characteristics of the exchange, of necessity the result is that one must spell out many of the provisions. Moreover, the contract will typically be incomplete, in the sense that there are so many unknowns over the life of contracts extending over time that the parties will (deliberately) leave to the courts or to some third party the settlement of disputes that arise over the life of the contract.”

98 Segundo Tatiana Natal (2014, p. 9): “Acreditar ser possível conceber um contrato que garanta *ex ante* seu equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de vigência implica em supor que os preços refletem toda a informação relevante (o que é verdadeiro somente no modelo ideal da competição perfeita) e as mudanças no ambiente externo relevante (o que não é verdadeiro para nenhum modelo de organização de mercados) ou que as imperfeições deste sinalizador (notadamente, os riscos derivados de comportamentos não-antecipados dos preços relativos) possam ser objeto de repartição justa e/ou eficiente entre as partes no âmbito das disposições contratuais. [...] Por essa razão, no mundo real, todo contrato que guarda algum grau de intertemporalidade – como no caso dos contratos de concessão – é refém de sua incompletude implícita: é custoso, se não impossível, antever todas as situações e combinações cambiantes a que estão sujeitos os atributos do contrato.”

99 Segundo Paula Forgioni (2019, p. 61-62): “Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de que os contratos são incompletos força a reflexão sobre: [i] existência de inúmeras lacunas que permeiam a avença entre empresas. As lacunas não são necessariamente um ‘defeito’ dos contratos, como prega a dogmática tradicional, mas uma característica própria dos contratos complexos; [ii] regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes [normas dispositivas ou *default rules* para os norte-americanos]; e [iii] tratamento que o direito deve dispensar a essas lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais de funcionamento do sistema, como o *pacta sunt servanda* e a *liberdade de contratar*.”

100 Além da racionalidade limitada, Tatiana Natal (2014, pp. 13-5) destaca ainda a existência de assimetrias informacionais e de externalidades como elementos determinantes para a incompletude nos contratos de concessão: “No caso dos contratos de concessão de serviços públicos, a assimetria de informação entre o poder concedente e o concessionário talvez seja a principal fonte de incompletude contratual, sendo certamente uma determinante na escolha da política tarifária (regulação por incentivo, em vez de regulação por custo). Assim, por exemplo, informações sobre o fluxo de caixa futuro a ser obtido pelo concessionário na exploração do serviço de distribuição de energia elétrica de modo a recuperar o valor da outorga paga pela concessão, o custo dos investimentos necessários à operação dos serviços e o lucro pretendido são informações importantíssimas, sobre as quais o Poder Público não tem certeza, havendo assim uma importante assimetria informacional. [...] Por fim, uma quarta fonte de incompletude dos contratos diz respeito a elementos externos à relação contratual e alheios ao controle (todavia, afetos às preferências) dos agentes interessados na transação, as chamadas ‘externalidades’. Externalidades são eventos gerados pela conduta de agentes terceiros que impactam a relação contratual em tela, em favor ou em desfavor da(s) parte(s). Uma definição mais ampla do termo permitiria, ainda, incorporar eventos contingentes, fortuitos e naturais, tais como alterações anômalas no regime de chuvas relevantes para o setor elétrico ou a descoberta de uma nova material, técnica ou processo que, em função de sua transversalidade, possa produzir alteração do padrão tecnológico em setores diversos daquele para qual foi inicialmente concebida.”

101 Segundo Marcos Nóbrega (2009, pp. 5-6): “Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. Assim, haverá sempre um *trade off* completude versus custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude e apostar 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.”

contrato complexo e de longa duração está isento¹⁰² de custos de transação *ex ante* e *ex post*¹⁰³.

A compreensão da incompletude contratual não afasta a necessidade de elaboração prévia de matriz de riscos¹⁰⁴ e da previsão no instrumento contratual de mecanismos de integração de lacunas *ex post*. Pelo contrário, a partilha prévia dos riscos constitui elemento de estabilidade e de previsibilidade da relação negocial, enquanto mecanismos de integração *ex post* de lacunas¹⁰⁵ asseguram a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente às contingências possíveis de materialização durante a execução contratual.

A alocação de riscos em contratos incompletos pode fazer uso, portanto, dessas duas técnicas de regulação e gestão de riscos: alocação prévia (matriz de riscos) e alocação superveniente (diferimento de determinados riscos ou obrigações para futura integração).

Relações contratuais que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente. Diante disso, deve-se prever

102 Segundo Justen Filho (2003, p. 76): “Outorgam-se concessões tendo por objeto setores extremamente complexos, em que há perspectivas de modificações e evoluções constantes e insuscetíveis de antecipação. É muito frequente a impossibilidade de definir, de modo exaustivo, a extensão dos deveres do concessionário e a forma de execução de tarefas abrangidas na concessão. Somente é possível enfrentar essas dificuldades por meio da concepção associativa da concessão. Estado e particular têm interesse comum na mais adequada prestação do serviço. Na impossibilidade de antecipação prévia e completa de todos os encargos e do modo de sua execução, esses pontos deverão ser objeto de negociação e ajuste no curso da própria concessão.”

103 Segundo Jean Tirole (1999, pp. 743-4): “In the literature, incomplete contract models are usually preceded by an invocation of transaction costs, namely one or several of the following three ingredients: Unforeseen contingencies: ‘Parties cannot define *ex ante* the contingencies that may occur (or actions that may be feasible) later on. So, they must content themselves with signing a contract such as an authority or ownership relationship that does not explicitly mention those contingencies, or with signing no contract at all.’ Cost of writing contracts: ‘Even if one could foresee all contingencies, they might be so numerous that it would be too costly to describe them in a contract.’ Cost of enforcing contracts: ‘Courts must understand the terms of the contract and verify the contracted upon contingencies and actions in order to enforce the contract.’” Na mesma linha, Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 7): “[...] os contratos são, em geral, incompletos, seja porque as partes podem, inadvertidamente, esquecer de incluir alguma contingência, seja porque, propositalmente, se decide não especificar todas as possibilidades futuras no contrato. Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto. O nível ótimo de lacunas contratuais dependerá dos riscos e do custo de tornar o contrato mais completo. A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato. Assim, a segurança jurídica permite que as partes reduzam os custos de transação envolvidos na negociação e elaboração de contratos. A segurança jurídica também reduz os custos de transação *ex-post*, no caso de alguns dos riscos não explicitados no contrato se materializarem. Sobressai, nesse caso, a importância de uma jurisprudência estável e previsível que, de um lado, ajude as partes a remediarem o contrato — em vez de rompê-lo — e, de outro, facilite a obtenção de uma solução para o conflito sem a necessidade de recurso ao Judiciário.”

104 A previsão de matriz de riscos nos contratos administrativos, apesar de não constituir novidade no ordenamento jurídico, vem se consolidando no direito administrativo a partir da edição de legislações mais recentes. Essa tendência, entre outros objetivos, busca conferir maior racionalidade econômica, previsibilidade e segurança jurídica às contratações públicas. Cita-se, a título exemplificativo, a previsão da repartição objetiva de riscos entre as partes como diretriz das contratações de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04) e as inovações trazidas pela nova legislação geral de licitações e contratos administrativos (Lei Federal nº 14.133/21) sobre a previsão de matriz de riscos nos contratos comutativos simples celebrados pelos entes públicos, conforme disposto nos artigos 22, 92, IX, e 103 da Lei Federal nº 14.133/21. Essa última legislação também positivou o conceito de matriz de riscos em seu artigo 6º, XXVII.

105 Unie Caminha e Juliana Lima (2014, p. 167) distinguem lacunas deliberadas de lacunas não deliberadas pelas partes contratuais, conforme se segue: “Resta evidenciada a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada, já que nesta última os contraentes são conscientes de que, no ato de conclusão do contrato, uma parcela do seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e que a lacuna será preenchida, alternativamente, por um outro acordo, pela determinação de apenas uma das partes, ou pela decisão de um terceiro. Situação diversa da incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o contrato incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação).”

antecipadamente nos instrumentos contratuais mecanismos adaptativos¹⁰⁶ e estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

Em razão da constante mutabilidade¹⁰⁷ das condições sociais, econômicas, políticas, tecnológicas, técnicas, ambientais, regulatórias, entre outras, os contratos incompletos devem prever procedimentos e mecanismos endocontratuais que incentivem comportamentos amparados na boa-fé, na cooperação e na confiança entre as partes contratantes com a finalidade de assegurar a continuidade da relação e de solucionar consensualmente futuras contingências que eventualmente se materializem durante a execução contratual¹⁰⁸. A previsão desses mecanismos possibilita que os contratos incorporem mutabilidades exógenas por meio da sua própria estrutura regulatória. A regulação contratual não deve se escusar de disciplinar os aspectos substanciais e procedimentais decorrente de alterações de circunstâncias¹⁰⁹ e de integração de lacunas contratuais.

A teoria dos contratos incompletos, nesse sentido, fornece um instrumental adequado para a análise de contratos públicos de longa duração, em especial, os contratos de

106 A expressão “contrato evolutivo” é comumente utilizada no direito comercial para indicar a relação de determinados contratos com o tempo, em especial contratos com obrigações duradouras. Esses contratos preveem mecanismos destinados a garantir a execução destas obrigações e a assegurar a constante adequação desses pactos às circunstâncias fáticas supervenientes. Nesse sentido, confira-se: COSTA, Judith Martins. A cláusula hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 15, abr.-jun. 2010. COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais. In: Revista de Direito Mercantil, nº 97. São Paulo: RT, jan.-mar. 1995.

107 Segundo Tatiana Natal (2014, p. 3): “De toda sorte, podemos observar uma inevitável incompletude do contrato de concessão visto que, durante seu termo, alteram-se os elementos do mercado, o padrão tecnológico evolui e, da mesma forma, deverá mudar a política tarifária eleita inicialmente, com reflexos necessários ao equilíbrio econômico-financeiro original. Nesse passo, ao longo de um período de trinta anos, as mudanças tecnológicas tendem a ser gigantescas o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos. A tecnologia pode gerar, por exemplo, competição econômica onde existia um monopólio natural, o que, certamente, frustraria as previsões por demanda de serviço feitas, por vezes, pela própria administração pública, ao realizar os estudos de viabilidade de uma concessão de serviços.” Na mesma linha, Fernando Guimarães (2016, p. 95): “É certo, por outro lado, que o desenho de contratos de longo prazo deve comportar abertura necessária para não inibir eficiências que possam ser alcançadas com um detalhamento futuro acerca de expansões de infraestrutura e atualizações no serviço. Ou seja: a incompletude contratual, no mundo prático, deriva não apenas das razões indicadas acima, mas também pode ser estrategicamente desejada em função da otimização dos efeitos da regulação contratual nas relações contratuais de longo prazo. Assim se passa principalmente em relação à atualização tecnológica e ao desenho das expansões demandadas para a prestação do serviço. Essas expansões e atualizações demandam investimentos que não são plenamente quantificáveis no momento da delegação. Sequer é possível precisar os marcos temporais para que essas obrigações de investimento sejam implementadas ou mesmo delimitar a sua extensão. E comum que obrigações de investimento estejam, por exemplo, atreladas a gatilhos de demanda e que possam ser remuneradas por meio de reequilíbrio do contrato. Esse déficit de detalhamento *ex ante* é estratégico para não inibir eficiências que só poderão ser alcançadas a partir do conhecimento da realidade futura. Ademais, num horizonte de 20, 30 ou 50 anos é provável que as tecnologias envolvidas com a execução do contrato sofram alterações, exigindo mudança nas metodologias de execução, podendo, inclusive, chegar à revisão (consensual) da própria matriz de riscos ou dos critérios de avaliação da performance.”

108 Conforme exposto mais detalhadamente no item 2 deste artigo, Williamson (1985) destaca a necessidade de se incluir, *ex ante*, salvaguardas contratuais para desincentivar comportamentos oportunistas entre as partes com a finalidade de reduzir os custos de transação supervenientes. Na mesma linha, Douglass North (1991) destaca a importância das instituições em definir “regras do jogo” claras com o intuito de salvaguardar as partes contratantes de comportamentos oportunistas, bem como em assegurar o cumprimento dessas regras.

109 Segundo Justen Filho (2005, p. 25): “O contrato de concessão envolve, de genérico, longos prazos de vigência, o que propicia inevitável possibilidade de modificação de circunstâncias. Ao longo do tempo, podem cambiar as necessidades públicas, ser introduzidas novas exigências, produzirem-se novas soluções técnicas. Não é possível impor que, ao longo de vinte anos, sejam mantidas as mesmas condições contratuais originalmente previstas.”

concessão e os contratos de parcerias público-privadas¹¹⁰. Deve-se, no entanto, manejar esse instrumental com prudência, uma vez que essa teoria foi elaborada a partir de contratos privados celebrados em um sistema jurídico específico, enquanto os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas são regidos pelo direito público¹¹¹.

Apesar disso, entende-se que a racionalidade econômica e jurídica dessa teoria é aplicável¹¹² à análise de contratos de concessão e de contratos de parcerias público-privadas, apesar desses contratos serem objeto de licitação e de determinado grau de restrição¹¹³ de negociabilidade entre as partes contratantes quando comparado com a maior liberdade negocial prevista nos contratos de direito privado¹¹⁴.

4 Considerações finais

A partir de instrumentais analíticos fornecidos pela análise econômica do direito, foi possível compreender de forma mais adequada que a prévia alocação de riscos em contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos

110 Segundo Leonardo Ribeiro (2016, pp. 243-4): “[...] sem abandonar a lógica jurídica tradicional, muitas vezes reduzida apenas a uma avaliação de legalidade/ilegalidade das questões concretas que se põem, assimilar o direito administrativo como caixa de ferramentas importa também em perceber seu papel-chave na consistência dos arranjos jurídicos para instrumentalizar os objetivos esperados, à luz dos incentivos que são capazes de produzir. [...] Por meio de tudo isso, a abordagem do direito administrativo como caixa de ferramentas confirma sua instrumentalidade e compromisso com a realidade, se mantém aberta a inovações e aproxima teoria e prática no manejo do direito administrativo.”. Para mais detalhes, ver: NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr.-jun. 2009; NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão, 2014. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2021; NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010; GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004.

111 Apesar disso, destaca-se a tese defendida por Fernando de Almeida (2001) segundo a qual firmou-se uma concepção equivocada do contrato administrativo como aquele que assegura cláusulas exorbitantes à Administração Pública (prerrogativas de atuação unilateral e autoexecutoriedade, por exemplo). Segundo o autor, essas cláusulas exorbitantes (regime especial de direito público) referem-se ao objeto contratual e não ao contrato em si mesmo. Assim, não é a presença da Administração Pública como parte na relação que justifica uma maior ou uma menor incidência desse regime especial, mas a natureza do objeto contratual. Cita-se, também, pertinente observação de Fernando Guimarães (2019, pp. 99-100) sobre esse tema: “A teoria da contratação administrativa vem se aproximando cada vez mais da teoria do contrato privado, sob um contexto em que interferências estatais são cada vez menos desejadas e cada vez menos compatíveis com o modelo de contrato administrativo eficiente. Os contratos administrativos do século XXI, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela eficiência, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contraentes, seu controle e fiscalização e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes.”

112 Segundo Bockmann Moreira (2010, p. 409): “Os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos – seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta do seu longo prazo, seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. São pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos dos contratos de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos.”

113 Segundo Justen Filho (2016, p. 1158): “A mera participação da Administração como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público. Isso pode, inclusive, provocar a desnaturação do contrato de direito privado. Assim se passa com alguns contratos, tais como o depósito ou o comodato, em que se assegure a uma das partes faculdades de exigir a restituição do bem sob pena de determinadas sanções. Não se pode cogitar da incidência de tais regras contra a Administração Pública.”

114 Segundo Di Pietro (2020, p. 314): “Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.”

de parcerias público-privadas, ainda que bem executada, não é suficiente para abarcar todos os eventos possíveis de materialização e, conseqüentemente, proteger esses contratos contra a incerteza do futuro¹¹⁵. Alterações tecnológicas, técnicas, sociais, econômicas, políticas, ambientais, regulatórias, entre outras, são intrínsecas à dinâmica desses contratos. Assim, a própria racionalidade econômica e jurídica desses contratos impossibilita uma atribuição prévia e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na execução desses contratos¹¹⁶.

A partir desses referenciais teóricos, pode-se concluir que contratos complexos e de longa duração, como são os contratos de concessão e os contratos de parcerias público-privadas, são estruturas normativas incompletas, cujas lacunas não podem ser previamente integradas em razão dos custos de transação necessários para se realizar essa tarefa serem proibitivos e das incertezas ambientais e comportamentais envolvidas nessas relações.

Relações contratuais complexas que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente. Diante disso, deve-se prever antecipadamente nos instrumentos contratuais mecanismos adaptativos e estruturas de governança que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas e necessárias a esse tipo de relação.

Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2001.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARROW, k. J. **The limits of organization**. New York: Norton & Company, 1974.
- AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

115A título exemplificativo, cita-se as conseqüências causadas nas relações contratuais pelas medidas adotadas para enfrentamento da pandemia de covid-19 (evento qualificado como força maior por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, exarado em 15.04.2020 pela Advocacia-Geral da União). Especificamente em relação a contratos de concessão e a contratos de parcerias público-privadas, a redução na atividade econômica e na circulação de pessoas impactou diretamente diversos setores da economia, como o setor elétrico, o setor aeroviário e o setor rodoviário, os quais são estruturados por meio de regulação específica e por meio de contratos de concessão.

116Ao contrário dos riscos que podem ser mensurados previamente, as incertezas são imensuráveis em razão da inexistência de uma prévia distribuição de probabilidades adequada a essa finalidade. Nesse sentido, compreender o futuro como um processo não-ergódico (processo econômico se atualiza no tempo histórico – processo não estacionário) implicaria em reconhecer que o futuro não se encontra em um estado de controle estatístico. As incertezas decorrem, portanto, da natureza não-ergódica do mundo, característica essa que torna o futuro incerto. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar: DAVIDSON, Paul. *Inflation, Open Economies and Resources: The Collected Writings of Paul Davidson*. DAVIDSON, Louise (Ed.) Springer, 1991. DAVIDSON, Paul. *Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post Keynesian Perspective*. *Journal of Economic Perspectives*, 5(1), 129–143, 1991b. DAVIDSON, Paul. *Uncertainty, International Money, Employment and Theory: Volume 3: The Collected Writings of Paul Davidson*. DAVIDSON, Louise (Ed.) Springer, 1999. NÓBREGA, Marcos; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica*. 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, n. 832, fev. 2005, pp3. 115-137.

AZEVEDO, P. F. Nova economia institucional: referências gerais e aplicação para a agricultura. **Agric**, São Paulo, v.47, n.1, pp. 33-52, 2000.

BEGNIS, H. S. M.; ESTIVALETE, V. F. B.; PEDROZO, E. A. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. **Gestão e Produção**, v. 14, n. 2, pp. 311-22, 2007.

BOERNER, C. S.; MACHER, J. T. **Transaction cost economics**: An assessment of empirical research in the social sciences. Working paper, Haas School of Business, University of California, Berkeley, 2002.

CABRAL, Sandro. **Terceirização de processos industriais sob a ótica da economia dos custos de transação**. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, pp. 155-200, jan.-jun. 2014.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics. Association (ALACDE) Annual Papers** (University of California, Berkeley). Paper 050107-4, 2007.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, pp. 1-44, out. 1960.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, New Jersey, v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 97, jan.-mar. 1995.

COSTA, Judith Martins. A cláusula hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista dos Tribunais**, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, p. 15, abr.-jun. 2010.

DAVID, R. J.; HAN, S.-K. A systematic assessment of the empirical support for transaction cost economics. **Strategic Management Journal**, n. 25, pp. 39-58, 2004.

DAVIDSON, Paul. **Inflation, Open Economies and Resources**: The Collected Writings of Paul Davidson. DAVIDSON, Louise (Ed.) [*S. I.*]: Springer, 1991.

DAVIDSON, Paul. Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post Keynesian Perspective. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, pp. 129-43, 1991b.

DAVIDSON, Paul. **Uncertainty, International Money, Employment and Theory**: Volume 3: The Collected Writings of Paul Davidson. DAVIDSON, Louise (Ed.) [*S. L.*]: Springer, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

DIAS PERES, Ursula. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 9, n. 24, pp. 15-30, 2007.

FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. F.; SAES, M. S. M. **Competitividade**: mercado, Estado e organizações. São Paulo: Editora Singular, 1997.

FARINA, E.M.Q. Competitividade e coordenação de sistemas agroindustriais: um ensaio conceitual. **Gestão & Produção**, v. 6, n. 3, pp. 147-61, dez. 1999.

FIANI, Ronaldo. Custos de transação. *In*: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia industrial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

FIANI, Ronaldo. **O problema dos custos de transação em parcerias público-privadas em infraestrutura**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

FIUZA, E. P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. *In*: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: Ipea, 2009, pp. 239-74.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GASIOLA, G. G. Regulação de infraestrutura por contrato. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, pp. 238-56, 2014.

GEYSKENS, I.; STEENKAMP, J. E. M.; KUMAR, N. Make, buy, or ally: A transaction cost theory meta-analysis. **Acad. Manage. J.**, v. 49, n. 3, pp. 519-43, 2006.

GIBBONS, R. An introduction to applicable game theory: relational contracts. **Journal of Economics Perspectives** n. 11, pp. 127-49, 1997.

GUASCH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions**: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004.

GUIMARÃES, Fernando V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado de equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 99-117.

JOSKOW, P. L. Asset specificity and the structure of vertical relationships: Empirical evidence. **Journal of Law, Economics, & Organization**, n. 4, pp. 95-117, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 1º maio 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Hart, Schaffner and Marx, 1921.

LIU, J.; GAO, R.; CHEAH, C. Y. J.; LUO, J. Evolutionary game of investors' opportunistic behaviour during the operational period in PPP projects. **Construction Management and Economics**, v. 35, n. 3, pp. 137-53, 2016.

LYONS, B. R. Empirical relevance of efficient contract theory: Inter-firm contracts. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 12, n. 4, pp. 27-52, 1996.

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. **An introduction to the economics of information**: incentives and contracts. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MACNEIL, I. R. The many futures of contracts. **Southern California Law Review**, n. 47, pp. 691-816, May, 1974.

MACNEIL, I.R. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical and Neoclassical, and Relational Contract Law. **Northwestern University Law Review**, n. 72, pp. 854-905, 1978.

MASTEN, S. E.; SAUSSIÉ, S. Econometrics of contracts: An assessment of developments in the empirical literature on contracting. **Revue d'Economie Industrielle**, n. 92, pp. 215-36, 2000.

MESQUITA, D. L.; BORGES, A. F.; SUGANO, J. Y.; SANTOS, A. C. dos. O desenvolvimento de processos de inovação sob a ótica da teoria dos custos de transação: o caso da tecnologia flex-fuel. **INMR - Innovation & Management Review**, v. 10, n. 1, pp. 119-40, 2013.

MILGROM, P.; ROBERTS, J. **Economics, Organization and Management**. New York: Pilgrim Books, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**, 2014. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

NOBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr.-jun. 2009.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan.-mar. 2010.

NÓBREGA, Marcos; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. *In*: BLOG da professora Tatiana Camarão. Belo Horizonte, 9 nov. 2020.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

PING HO, S.; LEVITT, R.; TSUI, C.-W.; HSU, Y. Opportunism-Focused Transaction Cost Analysis of Public-Private Partnerships. **Journal of Management in Engineering**, v. 31, n. 6, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

POSSAS, M.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. Custos de transação e políticas de defesa da concorrência. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 2, 1997.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, pp. 155-76, jan.-jun. 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, pp. 209-49, maio-ago. 2016.

RINDFLEISCH, A.; HEIDE, J. B. Transaction cost analysis: Past, present, and future applications. **J. Marketing**, v. 61, n. 4, pp. 30-54, 1997.

ROCHA JUNIOR, W.F. *et al.* Avaliação de Contratos: uma abordagem utilizando a análise fatorial de correspondência, **RER**, Piracicaba, v. 46, n. 2, pp. 455-80, abr.-jun. 2008.

SHELANSKI, H. A.; KLEIN, P. G. Empirical research in transaction cost economics: A review and assessment. **Journal of Law, Economics, and Organization**, n. 11, pp. 335-61, 1995.

SIMON, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, pp. 99-118, 1955.

SIMON, H. A. **Models of Man: Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting**. New York: John Wiley and Sons, 1957.

SIMON, H. A. Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science. **American Economic Review**, n. 49, pp. 253-83, 1959.

TIROLE, Jean. Incomplete contracts: where do we stand?. **Econometrica**, v. 67, n. 4, pp. 741-81, jul. 1999.

WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institution of Capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

WILLIAMSON, O. E. Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspective. **Journal of Law, Economics and Organizations**, v. 15, n. 1, pp. 306-42, 1999.

WILLIAMSON, O. E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 87, pp. 548-77, 1981.

WILLIAMSON, O. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 22, n. 2, pp. 233-61, Oct. 1979.

ZYLBERSZTAJN, D. **A estrutura de governança e coordenação do agribusiness: uma aplicação da nova economia das instituições**. 1995. 238 f. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZYLBERSZTAJN, D. Organização ética: um ensaio sobre comportamento e estrutura das organizações. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 6, n. 2, pp. 123-43, 2002.