

# Economic Analysis of Law Review

## Sistema de Contratações Públicas e Negócios Econômicos nas Cláusulas Contratuais Incompletas

*Public Contracting System And Economic Business In Incomplete Contractual Clauses*

Maria Marconiete Fernandes Pereira<sup>1</sup>  
Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

Aislan Fernandes Pereira<sup>2</sup>  
Universidade Federal da Paraíba

Valéria Fernandes de Medeiros<sup>3</sup>  
Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

### RESUMO

Este artigo discute a possibilidade de eficácia na figura jurídica que se denomina “cláusulas contratuais incompletas”. A abordagem será feita a partir de duas perspectivas: análise econômica do direito (AED); o sistema de contratações públicas. Ambas sustentam-se na teoria dos contratos incompletos. Como se sabe, os contratos administrativos se baseiam em interesse público e cláusulas fixas, completas e exorbitantes. Assim, a exemplo da iniciativa privada, procuram oportunidades propícias, algumas vezes, dotadas de comportamentos oportunistas, demonstrando que são tão negociáveis quanto os contratos firmados pelas empresas privadas. Sabe-se também que as concessões comuns e os contratos de parceria público-privada exigem um tempo de longo prazo. Dessa forma, torna-se contraproducente uma racionalidade estrutural das normas administrativas, econômicas e sociais. A consequência imediata dessa situação, no âmbito da intervenção do Estado pelo legislador de tais normas, é a limitação no uso dos negócios. Esse fato gera externalidades negativas em todo o percurso do prazo de execução da contratação pública.

**Palavras-chave:** Sistema de contratações públicas; negócios econômicos; análise econômica do direito.

**JEL:** K12, D73, D86

### ABSTRACT

This article discusses the possibility of effectiveness on the legal concept termed “incomplete contractual clauses”. The approach will be taken from two perspectives: economic analysis of law (EAL); the public procurement system.

Both are based on the incomplete contract theory. As it is known, administrative contracts are based on public interest and on fixed, complete and exorbitant clauses. Thus, following the example of the private initiative system, they seek favorable opportunities, sometimes with opportunistic behavior, showing that they are as negotiable as the contracts signed by private companies. It is also known that common concessions and public-private partnership contracts require a long-term period. Therefore, a structural rationality of administrative, economic, and social norms become counterproductive. The immediate consequence of this situation, in the context of State intervention by the legislature of such rules, is the limitation on the use of business. This fact generates negative externalities throughout the execution period of the public procurement.

**Keywords:** Public procurement system; economic affairs; economic analysis of law.

**R:** 06/11/19 **A:** 15/04/20 **P:** 30/04/20

<sup>1</sup> E-mail: mmarconiete@gmail.com

<sup>2</sup> E-mail: aislanfp@gmail.com

<sup>3</sup> E-mail: valeriafernandes.adv@gmail.com

## 1. Introdução

A ordem econômica e financeira, insculpida na Constituição Federal de 1988, garante a participação da iniciativa privada para executar atividades econômicas de prestação de serviços públicos por meio de delegação ou concessão, por processo de licitação. Exige-se, para tanto, a abertura de concorrência pública, como forma de garantir a igualdade de condições entre os postulantes. A viabilização desses serviços públicos requer um instrumento contratual, com o objetivo de promover a eficiência e buscar a execução de negócios de interesse da sociedade, sejam públicos ou privados. Pressupõe, além disso, a cooperação nas decisões políticas e econômicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, os normativos das contratações públicas têm evoluído gradualmente, apesar da manutenção do formalismo dos procedimentos licitatórios peculiares do regime público. O sistema contratual administrativo confere uma integração entre a iniciativa privada e o poder público, sob a ótica administrativo-econômica. Com essa medida, procura minimizar os comportamentos oportunistas. Serão abordados neste artigo os dois tipos de contratos de concessão de serviços públicos: os de concessão comum (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) e os de parceria público-privada (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004). Esses contratos pressupõem um tempo de longo prazo, projetando, dessa forma, uma racionalidade estrutural quanto ao estabelecimento dos sistemas das normas administrativas, econômicas e sociais.

A literatura tem mostrado que os sistemas de contratualização de concessões revelam uma aproximação entre o direito e a economia, deixando de ser visto apenas como interesse público no contrato administrativo. A problemática surge quando dizem respeito aos negócios econômicos nos contratos administrativos, na medida em que são válidos e, portanto, eficazes no atual ordenamento jurídico brasileiro. O enfoque econômico será abordado por meio da análise econômica do direito (EAD). Isto porque a imposição legislativa em adotar cláusulas contratuais fixas pressupõe a intervenção do Estado. Essa medida limita o uso dos negócios no contrato administrativo, gerando externalidades negativas (CARVALHO, 2013).

Por outro lado, a volatilidade econômica mundial permite uma menor proximidade, como resultado do fenômeno da globalização ou mundialização, não se podendo isolar os fatos da sua historicidade. A globalização gera uma dificuldade imediata de absorção da evolução das relações negociais. Dificulta também a sistematização do direito público, especificamente do direito administrativo-econômico (PEREIRA, 2015). As concepções jurídicas e econômicas impulsionam o disciplinamento contratual para uma abordagem de incentivos com fundamentos típicos de negócio privado. Essa conjuntura vem sendo pacificada no sistema jurídico-administrativo brasileiro, como também nos contratos europeus, segundo anota Estorninho (2006, p. 28-29):

O regime jurídico da contratação pública passa inexoravelmente pela questão da europeização impulsionando para o fenômeno de internacionalização do Direito dos Contratos Públicos, em que a influência das regras internacionais estão sendo determinadas nos aspectos do regime jurídico substantivo, mas também afectam as concepções doutrinárias acerca dos referidos contratos. Uma das justificativas tem lugar nas próprias relações contratuais públicas que são cada vez frequentemente internacionalizadas, na busca de parceiros a nível internacional.

Os preceitos constitucionais, adotados sob o prisma da ordem econômica, asseguram direitos e deveres à iniciativa privada e à livre concorrência, uma das exigências é a promoção ao desenvolvimento. Nesse contexto, o Estado contratante faz parte do processo negocial pela via das concessões. A contratação desses negócios se faz obrigatória como princípio valorativo na eficiência da prestação de serviços públicos. Para tanto, o Estado define as exigências de

incentivos e promoção do desenvolvimento por meio do contrato. De modo geral, a aplicação do direito administrativo, em suas relações com a iniciativa privada, acentua os sistemas de contratações públicas. Em sua execução, adota um modelo de funcionalidade, reconhecidamente, compatível com o ambiente da economia jurídica e dos normativos contratuais. Desse contexto resulta uma vertente qualificadora de benefícios e de identificação de custos de transação.

A sistemática da microeconomia corroborada pela análise econômica do direito permite o surgimento do componente de valor prático, encadeando-se um raciocínio normativo lógico, assegurado por métodos funcionais. A esse respeito, afirma Araújo (2007, p. 37): “A análise econômica se interessa pelo contrato numa vertente de espécie de microcosmo do mercado”. Portanto, ela define o espírito da vontade do Estado, considerando-se que o contrato é a unidade básica de trocas econômicas públicas com a iniciativa privada.

O presente artigo está assim estruturado: o tópico 1 apresenta os princípios econômicos aplicados às contratações públicas. O tópico 2 aborda as relações entre o poder público e a iniciativa privada, com base na análise econômica do direito. O tópico 3 discorre sobre a economia do contrato administrativo. O tópico 4 apresenta uma visão do sistema de contratações públicas.

## 2. Princípios Econômicos Aplicados às Contratações Públicas

As abordagens feitas sobre as contratações públicas tanto pelo direito como pela economia proporcionam uma visão geral do contrato, visto que a normatização administrativa remete a uma lógica de completude. Portanto, a constitucionalização do direito administrativo conduz a uma leitura da ordem econômica compatível com os negócios públicos resultantes desses contratos. A proposta de abordagem do presente artigo se fundamenta em uma perspectiva da ciência econômica, na medida em que busca analisar o sistema de contratações públicas, tendo em vista a posição normativa do direito contratual administrativo.

A construção histórica do direito contratual público revela um comportamento de aproximação entre o público e o privado. Ela é feita na visão do direito público que não se encerra somente na lei, mas inclui a necessidade do direito interdisciplinar. O primeiro passo é dado na racionalidade das partes contratantes: Estado e particulares. A escolha da contratação por parte da administração pública se baseia em uma proposta legal. Tem o objetivo de promover o atendimento às políticas públicas, seja para investir em melhorias sociais, seja para operacionalizar a máquina estatal. Já na perspectiva da escolha racional pelo particular, uma contratação se fundamenta em negócios com lucratividade, já que a iniciativa privada se submete aos normativos pré-contratuais estabelecidos. Dessa forma, todas as escolhas, sejam as previstas nas normas, sejam as resultantes da própria vontade de realização de negócios, pressupõem em de custos e benefícios, resultando em uma escolha racional (YEUNG, 2017). Nesse sentido, enfatiza Salama (2017, p. 27): “Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem”.

As contratações públicas estão inseridas no mercado, entendido como “conceito abstrato que se refere aos arranjos feitos pelas pessoas para trocar bens e serviços umas com as outras em todos os aspectos da vida econômica” (MITCHELL; SIMMONS, 2003, p. 35). Esse mercado, quando se faz necessário, sofre a intervenção de normativos estatais para corrigir as possíveis falhas. Ocorrendo essa hipótese, a premissa fundamental é de que a norma é aplicada para corrigir essas falhas. Nessa perspectiva, o sistema contratual público somente pode funcionar dentro de uma estrutura definida de direitos, obrigações, responsabilidades, sanções, riscos,

ganhos e prerrogativas. No entanto, tal estrutura deve estar expressamente prevista nas cláusulas definidoras do contrato. Esse objetivo se perfaz com a segurança jurídica dos contratantes, uma vez que há a expectativa por parte dos envolvidos (Estado e particular) de que o contrato seja cumprido. Apesar disso, podem ocorrer falhas nos contratos, destacando-se a externalidades e a assimetria de informação.

Uma adequada execução do contrato depende de sua formulação estrutural e do seu nível de informação, sendo este um elemento crucial. Se uma das partes detiver mais informações, esse fato ocasionará desequilíbrios, afetando a operacionalização do contrato. Ocorre, por exemplo, quando na previsão do projeto básico ou planilha de formação de preços, não são definidos os valores reais dos insumos que dependem da aplicação de tecnologias. Quando existe a necessidade de atualização das tecnologias, o contratado solicita, antecipadamente, o reequilíbrio da avença por meio da geração de aditivos, tornando, assim, o contrato mais oneroso do que o anteriormente orçado. Nesse ponto, cabe esclarecer que a falha de informação por parte da administração pública não deve ser confundida com vulnerabilidade ou abusividade na revisão dos contratos. Conforme assinala Ribeiro (2011, p. 66), a assimetria de informações pode desencadear comportamentos oportunistas, esclarecendo:

Também as assimetrias informacionais dos agentes impactam na formação da vontade negocial. A quantidade de dados disponíveis em relação ao objeto negociado, assim como o custo para obtenção de informações adicionais, formam o contexto psicológico dos contratantes. Quando a ciência econômica passa a considerar as falhas de racionalidade, o pressuposto da eficiência absoluta, a partir da liberdade contratual, aponta para desvios como aqueles decorrentes de comportamentos oportunistas por parte dos contratantes. Aquele que titula uma informação que não chega a ser acessível à outra pode se aproveitar dessa informação para lucrar de forma injustificada.

Outra fonte de falhas de mercado é a presença de externalidades. Em 1960, Ronald Coase desenvolveu o estudo intitulado “O problema do custo social”. Esse trabalho o levou à indicação do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1991. Em sua abordagem sobre externalidades, destaca:

Os agentes privados podem solucionar o problema das externalidades entre si, desde que os custos de transação não sejam excessivos. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo pelo qual todos ficam em uma situação melhor. (COASE, 1960, p. 4)

Para que se possam equalizar essas falhas de mercado, faz-se necessária a intervenção do Estado por meio de normativos próprios. Um dos eixos basilares de equilíbrio entre a fronteira econômica e jurídica é o princípio da eficiência. Sendo uma norma jurídica aplicável às contratações, tal princípio expressa-se como uma das formas de intervenção do Estado na iniciativa privada, com o objetivo de corrigir falhas de mercado. Sob a perspectiva econômica, a eficiência pode ser considerada como “a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 181). Pode também ser entendida no sentido de “maximização de determinados bens sociais eleitos como sendo de significativa importância” (CALIENDO, 2008, p. 71).

Na formalização contratual, a eficiência funciona como parâmetro de aplicabilidade de normas jurídicas. Estas podem promover resultados eficientes ou revelar as ineficiências do instrumento, quando usado em desconformidade com os normativos aplicáveis. Portanto, a opção pelo sistema de contratação e a estipulação de cláusulas específicas do objeto a ser executado podem conduzir à otimização da execução. Com isso, é possível obter vários fatores que venham a produzir resultados de maximização desse valor (PORTO, 2014). Nessa busca da eficiência econômica com fundamentos jurídicos, podem-se identificar elementos instrumentais

aplicáveis à contratação pública, tais como: qualidade, economicidade, eficácia e efetividade (RODRIGUES, 2014). Os serviços públicos, como resultado da execução do objeto contratual, devem ser prestados com a máxima qualidade, para que se materialize o interesse público. A qualidade deve ser percebível nos aspectos interno e externo. Internamente, minimiza o custo e aumenta a produtividade, garantindo a satisfação dos usuários. Já no plano externo, o objetivo principal da qualidade é proporcionar vantagens sociais, mesmo que o serviço público seja limitado por dotações orçamentárias (DEWHIRST; MARTINEZ-LORENTE; DALE (1999); NOVAES; LASSO; MAINARDES, (2015).

O princípio da economicidade desencadeia uma série de reflexões de natureza pluridisciplinar. Em primeiro lugar, a ciência econômica é considerada como valor de desempenho qualitativo. Seu objetivo é a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. Essas reflexões podem também envolver critérios de avaliação das decisões públicas, sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a comunidade beneficiada (BUGARIN, 1998, p.42-44).

Em síntese, a eficácia contratual se perfaz a partir da seleção e da execução das cláusulas contratuais, para fins de obter resultados com ganhos compartilhados entre as partes contratantes. Já no campo da efetividade, pode-se falar desses resultados na perspectiva em que a sociedade é a beneficiária direta. O objetivo final é assegurar o interesse público, por meio de serviços compatíveis com as necessidades da coletividade.

### 3. Distinção entre Público e Privado ante Análise Econômica do Direito

Os juristas romanos foram os primeiros a fazer a distinção entre direito público e direito privado, mas ela só veio a despertar interesse depois do advento do Estado moderno. Nesse sentido, explica Aragão (2007, p. 1): “A ideia de Estado de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do direito público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes, tão somente, a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição”. Moraes (1993, p.29) acrescenta que a nova visão da dicotomia público e privado destaca-se a partir de sua forma relacional, justificando:

A separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

A doutrina tem sugerido algumas distinções no que diz respeito à dicotomia público e privado. Uma delas é que o direito privado visa a assegurar a satisfação dos interesses individuais, enquanto o direito público pretende proteger os interesses sociais. Outra entende que o direito público disciplina a atividade do Estado, enquanto o direito privado cuida dos interesses dos particulares. Por fim, as relações privadas são disciplinadas com base na igualdade jurídica e liberdade assegurada pelo direito privado, enquanto as relações do Estado estão configuradas pela desigualdade jurídica de fundamentos baseados no direito público.

No âmbito da doutrina nacional, Freitas (1995, p. 9) assume a seguinte posição: “Há a necessidade dessa superação da dicotomia em comento, visto que as relações privatistas e as publicistas devem se pautar pelo mesmo fim: o interesse público.” Essa dicotomia envolve a relação entre direito e economia, tendo como elemento basilar o conhecimento econômico, ao

longo da história, desses campos de interesse. Tais aspecto, decorrem, historicamente, da implantação de mecanismos de decisões públicas, como as licitações e os contratos, que afetam diretamente a seara econômica.

Um modelo instrumental que possibilitou entender essas inserções adveio com a análise econômica do direito. Ela tem se desenvolvido em diversas áreas do conhecimento, permitindo o entendimento da teoria econômica condizente com a nova realidade do sistema jurídico. Esse ramo do conhecimento procura explicar quais são os efeitos das leis, a partir dessas explicações. Procura também identificar que as leis alcançam determinados resultados e se são os desejáveis.

Na sua sistemática, a análise econômica do direito recorre ao utilitarismo como critério de valoração das situações. Dessa forma, permite que aquelas leis alcancem alguma medida de utilidade social (RUBIO, 2007). Por outro ângulo interpretativo, na concepção de Posner (2011, p 99), “o significado prático da utilidade na ciência econômica moderna restringe-se principalmente às atitudes perante o risco, o que pode causar uma ruptura entre a riqueza e o valor em um sentido mais amplo, que os economistas chamam de “utilidade”. Já na perspectiva de Gico Júnior (2010, p.11), a análise econômica do direito pode ser assim conceituada:

A aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, tenta compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia.

Esse novo olhar direcionado ao direito público administrativo, sob o enfoque da análise econômica do direito, evidencia um significativo campo de pesquisa. Essa análise permite reconhecer os seguintes aspectos: existência de custos de transação, assimetria de informação, racionalidade e incompletude contratual. E o faz sem aquela visão patrimonialista imbricada nos negócios com o poder público em relação ao campo privado, superando um arraigado formalismo jurídico nos contratos públicos. Como resultado, o desenvolvimento da economia, desde que esteja sob o império da lei, impulsiona a pensar o direito não mais como uma disciplina autônoma. Ao contrário, deve ser pensado como um conjunto normativo, lógico e sistemático. Seu campo de atuação vincula-se a uma ordem econômica, em processos discursivos de validação pelos detentores do conhecimento jurídico (KIRAT; VIDAL, 2005). Nesse contexto, as fontes legais que permitem esse discurso da economia com o direito, hodiernamente, presente nos sistemas de contratos públicos, exercem uma influência mútua. Essa possibilidade advém da aplicação das ferramentas da análise econômica do direito, em que se configura uma escolha racional e de mercado para além das habituais áreas de aplicação.

O campo econômico caracteriza-se por uma clara ação racional, na medida em que o mercado não tem a possibilidade de satisfazer todas as necessidades, devendo a sociedade fazer uma escolha racional (VON MISES, 2011). Essa escolha parte da leitura das abordagens econômicas do direito com as interações de seus fundamentos. Tais abordagens se valem de “uma ciência jurídica, para formular modelos que representem adequadamente o papel do direito na vida social” (MACKAAY, 2010).

A análise sobre o aspecto institucional da economia, além dos aportes da compreensão do desenho dos distintos sistemas jurídicos, pontua fatores determinantes de como se organiza o direito (GONZÁLEZ, 2006). Inicia-se pela centralidade da teoria de Ronald Coase (custos de

transação), quando se reconhece o custo de um contrato. Também nos contratos administrativos, principalmente os decorrentes de procedimentos licitatórios, há um custo em sua formatação. Assim, quando o Estado precisa realizar investimentos, faz, previamente, um levantamento dos custos operacionais. Avalia, além disso, o custo social e o valor agregado, com o objetivo de atender as necessidades da sociedade.

Em seguida, faz uma avaliação entre a compatibilidade legislativa e o plano plurianual, quando se tratar de despesas de duração continuada, como, por exemplo, obras de infraestrutura. Faz também num cotejo entre a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Posteriormente, confere um valor correspondente de custos na passagem da fase interna do procedimento para a fase externa. Essa etapa caracteriza-se pela publicidade ampla, levantamento de custos do pessoal envolvido e pesquisas de preços. Objetiva, por fim, o atendimento às normas adjetivas inerentes aos contratos administrativos. Discorrendo sobre essa matéria, anota Zymler (2002, p. 1.590):

O procedimento surge então como mecanismo que permitirá, em cada caso concreto, a obtenção de um resultado jurídico cujos lindes serão definidos no transcorrer do procedimento, e não mais de forma apriorística. É por meio deste método que será possível trazer o administrado para o processo decisório de definição do conceito impreciso utilizado.

O procedimento passa a existir como uma ação oposta à impossibilidade de se conferir um grau de suficiência do direito substantivo a todos os pormenores que envolvem a administração pública. Como consequência, segundo acrescenta Zymler (2002, p.1.591), “aumenta-se o detalhamento das normas adjetivas e diminui-se o das substantivas”. Nesse ponto, afirma Posner (2009, p.61): “O direito é uma arte, mas também um mistério”. Ao enfatizar-se o procedimento assegurado pelo direito, há uma teleologia do interesse público consubstanciada no formalismo. Essa visão de Posner também pode ser atribuída à atuação dos operadores da administração pública. Eles conseguem extrair vantagens de normativos fechados para aplicar consideráveis dispêndios públicos de maneira impessoal. É uma arte projetar a estrutura de contratos públicos no longo prazo.

O sistema do direito público atua no campo da realidade operacional da administração pública. Esta apresenta uma dimensão de racionalidade instrumental conferida pela procedimentalização, no que diz respeito aos custos de transação e de assimetria de informação, mesmo que seja para alcançar uma viabilidade contratual de incompletude. Nóbrega (2011) considera que o contrato capta a dimensão intertemporal da transação, de modo que os custos de transação passam a ser, em boa medida, os mesmos referentes à realização dos contratos na economia. Em certo sentido, o regular cumprimento normativo não atinge a eficiência em sua plenitude. Isto porque os custos de informação na fase pré-contratual estão embutidos em um valor que precisa ser socialmente capaz de propiciar o bem-estar social. Mas esse valor somente será conhecido após a contratação. Dessa forma, investimentos específicos podem se transformar em investimentos perdidos, em razão do comportamento oportunista posterior de uma das partes (SCHÄFER, 2005).

A assimetria de informação pode gerar custos. Consequentemente, os mecanismos jurídicos contratuais, a partir da teoria da imprevisão, repercutem no sistema contratual em relação a essa assimetria. Caso o Estado assim não procedesse, as consequências se revelariam na incapacidade normativa de conferir uma negociação consensual entre administração e administrados. Nesse sentido, cabe reconhecer o papel relevante do regime das contratações públicas, que se impõe como modo de aplicação dos recursos públicos.

É nesse contexto que se verifica a importância da instrumentalidade da análise econômica do direito. A EAD procura captar a engenharia das contratações públicas no cenário jurídico brasileiro, mediante propostas diferenciadas nos normativos pertinentes. Em tal abordagem, é necessário observar os mecanismos conferidos pelos fundamentos principiológicos do direito público, diante da significativa interface de mercado e do Estado.

#### **4. Economia do Contrato Administrativo**

Uma das contribuições resultantes da análise do papel do contrato administrativo, no âmbito do mercado econômico, está no vínculo entre direito e economia, tendo vista a formalidade jurídica do contrato e a eficiência econômica. Vale ressaltar que a formalização contratual advém de imperativos legislativos que permitem os seguintes negócios: compras, bens, serviços, obras, alienações, publicidade, concessões e permissões de serviços públicos.

Nessa perspectiva, o contrato pode ser entendido como mediador ou, segundo Araújo (2007, p. 18), como “facilitador” de interesses das partes. De um lado, está a empresa privada, com seus interesses de lucratividade; do outro, situa-se a administração pública, com interesses para suprir necessidades coletivas. Além disso, há o âmbito administrativo que estabelece obrigações e deveres para o adequado cumprimento contratual pelas partes. Porém, nesse campo, o Estado tem o poder-dever de supremacia por meio das cláusulas exorbitantes presentes no instrumento contratual administrativo.

Toda a formatação estrutural dos negócios nasce a partir do planejamento do setor de licitações e contratos. Pode também originar-se no próprio setor jurídico que assume um papel relevante nesse processo. Assim, deixou de ser visto apenas como um contrato administrativo formatado com as possibilidades de todas as previsões futuras, sob a perspectiva operacional, para se tornar um contrato passível de incompletude, sob a ótica de uma atividade estratégica. A gradual relevância desse papel exercido pelo setor jurídico deve ser assegurada pelo ambiente institucional. A ele cabe conciliar as mudanças legislativas e econômicas com a necessária segurança jurídica, evitando quebra de compromissos. Obtém, como resultado, uma cooperação contratual eficiente para assegurar a eficácia dos negócios públicos.

A eficiência da atividade administrativa deve ser um dos objetivos do Estado. Nesse ponto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 13.455, de 25 de abril de 2018) prescreve que as autoridades públicas devem atuar buscando aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Uma das críticas feitas pelo mercado internacional recai, justamente, na insegurança jurídica do Estado brasileiro em manter as regras contratuais, principalmente nos contratos de longo prazo. Não se pode mais admitir um contrato submetido aos modelos oitocentistas, época em que as fontes normativas se restringiam exclusivamente à lei codificada, desconsiderando as transformações empresariais. A esse respeito, assinalam Marques Neto; Moreira (2015, p.9):

De há muito tempo, o direito público deixou de ser mera subsunção de fato à lei. A complexidade das relações econômicas e sociais, a amplitude da atuação do Estado e a abertura e ductibilidade das leis deram cada vez maior margem para interpretações divergentes. Princípios hoje são aplicados, não apenas quando a lei é omissa, mas muitas vezes para afastar a aplicação da lei.

Os serviços públicos resultantes dos contratos de concessão afetam diretamente a vida do cidadão, nas seguintes áreas: transportes coletivos, portos, estradas, saúde, medicamentos e hospitais, telecomunicações, aeroportos e ensino. Como se observa, é inegável a importância do



instrumento contratual no regime público de concessões. O contrato é a base da operacionalização estatal. Por essa razão, é considerado essencial para investimentos em obras estruturantes do desenvolvimento e de manutenção da própria administração pública, tendo como veículo instrumental o setor privado. O sistema de contratualização está previsto na lei de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, que institui a delegação de serviços e execução de obras. Já a lei de parcerias público-privadas caracteriza-se como um instrumento jurídico de concessões, patrocinada e administrativa. Para tanto, prevê inovações procedimentais abrangendo obras e serviços. Uma delas está no fato de que o próprio poder público se torna parte da ação de investimentos, permitindo uma maior abertura para compartilhamentos de ganhos e perdas com o setor privado.

Nessas inovações, foram adotados mecanismos próprios do setor privado com a mudança de visão do setor público em relação ao privado. Os vultosos investimentos previstos para contratos de longo prazo produzem um campo de incertezas e riscos com impactos nos custos de transação e um elevado mecanismo de assimetria. Nesse sentido, transcreve-se o entendimento de Pereira (2009, p.63):

A concepção das incertezas está ligada à condução do negócio. Noutras palavras, a visão empresarial compreendida em todos os seus envolvimento de mercado. No caso da concessão de PPP, seria o empresário, ao negociar com o Estado, a avaliar o negócio com suas variantes em relação à segurança contratual, investimentos e riscos e, por fim, o usuário, e ainda, assim, buscar o lucro.

A opção da administração pública pelas formas de concessão se insere em um conjunto de regras específicas, máximo ganho e racionalidade na elaboração desses procedimentos. Entre outras modalidades, está a discutida no presente escrito denominada “cláusulas contratuais incompletas”. São cláusulas originalmente estáticas, instituídas pelo legislador das normas administrativas. Todavia, passam a ser dinâmicas em seu processo executório, em razão da interdisciplinaridade da economia dos mercados. Busca-se com elas evitar externalidades negativas, próprias da imposição codificada tradicional.

Trata-se, aparentemente, de um paradoxo administrativo nas contratações públicas. O intérprete das normas administrativas imagina o contrato como estando perfeito, acabado e completo, apesar de ser fixado no longo prazo. Por sua vez, o executor dessas normas percebe que o contrato é imperfeito, inacabado e incompleto, prevendo seus custos de transação com base nas escolhas do mercado e na tomada de decisão do gestor público. Como se percebe, esse tipo de contrato não se ajusta a um ambiente de regras específicas possuidores de diversas implicações constitucionais engessantes. É que o contrato envolve vultosos investimentos de longo prazo, gerando assimetrias de informações. Em consequência, o desenvolvimento dos serviços públicos, na atual conjuntura interdisciplinar da análise econômica, permite, em sua dinâmica, a abertura para compartilhamentos de ganhos e perdas com o setor privado.

Nesse cenário, os agentes econômicos não coordenam suas ações exclusivamente pelos preços, ante a real necessidade de trocar informações sobre eles. Na perspectiva de Coase (1960), há custos de transação para modificar o que compensa, em cada caso, quando o poder público faz opção por determinado mercado. Essas escolhas contribuem para orientar os custos de decisão, resultando em uma concorrência restrita de mercado, além de seu custo social.

## 5. Sistema de Contratações Públicas

Do ponto de vista da ideia original da palavra “sistema”, a nova concepção de contrato, no modelo público-privado, pode também ser pensada como um resgate ao que era próprio ou essencial no uso dessa palavra na Grécia antiga. O termo “sistema” tem origem no grego antigo *σύστημα*, o qual é formado do prefixo *σύν* (com, junto a) e do verbo *ἵστημι* (permaneço). Portanto, a partir de sua etimologia, o termo “sistema” significa uma composição que permanece ou se sustenta “pela virtude” de suas partes. Não se trata, entretanto, de mera composição, como pode dar a entender o léxico de Liddell et al: “um todo composto de várias partes ou membros”.

O termo “sistema” (do grego, *σύστημα*) evoca o conceito implícito de partes cuja qualidade (virtude) do relacionamento é essencial para identificar o todo, isto é, o todo sistemático ou o sistema em seu todo. Um grupo de trabalho, por exemplo, é identificado em função da atividade coletiva. No entanto, para Biehl (2004), o grupo só pode ser chamado de equipe quando são preenchidos os seguintes requisitos: dependência do esforço total, compromisso entre os integrantes, responsabilidade coletiva, apoio coletivo, metas em comum, comunicação aberta e cooperação. Assim, o grupo se torna equipe quando é, em seu todo, um sistema. Na obra “Ética a Nicômaco,” Aristóteles adota a expressão “todo sistemático” (*πᾶν σύστημα*) ao homem (*ἄνθρωπος*) “amante de si mesmo”. Este executa o melhor sentido da expressão, quando age nobremente, “beneficiando tanto a si mesmo como a seus semelhantes”. Preocupação semelhante encontra-se na obra “Política”, quando o filósofo peripatético discute o elemento que permite identificar o “todo sistemático” da cidade-Estado (*πόλις*). Esses exemplos ressaltam a essência da ideia de sistema: o todo em razão da virtude de suas partes.

A nova visão do modelo de contrato público-privado resgata, em grande medida, a essência do sentido primitivo de “sistema”. Com o avanço acelerado dos contratos administrativos, surgiram novas figuras jurídicas, como a parceria adotada no processo de contratualização. O termo é muito mais abrangente do que a tradicional expressão “contrato”, pois envolve um novo modo de relações entre as pessoas. Significa, de modo geral, a substituição das relações firmadas com base na subordinação por aquelas fundadas na discussão e na troca (PONTIER, 2014). A finalidade desse novo modelo é abranger os mais diversos ajustes caracterizadores da colaboração entre as entidades públicas ou entre os setores público e privado. Pode, ainda, abranger todas essas partes, resultantes, assim, em uma pluralidade de atores (MEDAUAR, 2003).

A contratualização deve ser compreendida como instrumento de aperfeiçoamento do processo de contratação, com vista à prestação de serviço de qualidade. Para que possa atingir o objetivo almejado, esse instrumento utiliza critérios de avaliação objetivamente definidos. Nele são firmados compromissos mútuos e eficazes, definindo as metas e as cláusulas de responsabilidade, de comum acordo entre as partes. Portanto, a contratualização é mais abrangente do que o contrato tradicional, pois permite um conjunto de atividades ou um novo modo de relações entre as pessoas. Significa, em síntese, a substituição das relações comandadas pela subordinação por outras, consubstanciadas nas relações fundadas na discussão e na troca.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos, a contratualização tem progressivamente avançado. Esse novo processo de contratação foi iniciado com a privatização das estatais na década de 1990. Na época, algumas atividades exercidas pelo setor público foram transferidas à iniciativa privada. De início, foram adotadas formas flexibilizadoras, mas susceptíveis de suscitar dúvidas acerca de questões envolvendo legitimação e responsabilização política (ARAÚJO, 2007). Conforme já referido, o legislador constituinte atribuiu aos serviços públicos de concessão a forma contratual, como veículo de relação entre terceiros, com vista à prestação de serviços para segmentos específicos ou para a própria administração pública.

Aproveitando-se o arcabouço dos modelos de contratação já existentes, houve um processo de aperfeiçoamento do instituto, com previsões de qualidade e desempenho dos serviços. Desse modo, assegurou-se a vontade das partes no campo dos direitos e das obrigações, prevendo-se o cumprimento de atividades para cada parte individualmente. Essa nova modalidade de contrato partiu da ideia de negociação do instrumento contratual, no próprio âmbito do direito público, assegurando-se a necessária regulamentação. Passou-se a avaliar a execução dos contratos por metas de resultados, previamente estipuladas e discutidas, aliando-se a tradicional forma que se limitava a demonstrar, tão somente, a aplicação dos recursos. Nesse tipo de concessão, fatores como custos de transação e assimetria de informação foram previstos em razão do longo tempo contratual. Essa medida é justificada, tendo em vista a real necessidade de amortizar o investimento realizado inicialmente. Além disso, é preciso considerar, no montante desses custos, a depreciação e a remuneração pela exploração dos serviços.

O contrato administrativo constitui-se em um ajuste jurídico de operacionalização das atividades da administração pública com a instituição de parcerias público-privadas. Esse novo modelo expressa nitidamente a evolução contratual no âmbito do direito público, como instrumento de uniformização e de integração econômica. Com efeito, o contrato de parcerias público-privadas desempenha um papel fundamental no contexto jurídico, econômico e social. Trata-se de uma ferramenta de colaboração entre os parceiros, na busca da efetivação do interesse público, envolvendo, também, a responsabilidade social. A parceria entre os setores público e privado encontrou na concessão um significativo avanço administrativo, quando foi implantado o instituto da prestação de serviços públicos por delegação. Caracteriza-se como atividade de gestão pública de forma instrumental, haja vista a sua função de atender às necessidades sociais com qualidade. Portanto, revela-se como nova concepção da gestão pública.

Esse novo sistema de parceria é também caracterizado pela conscientização de compartilhamento, seja no caso de resultado positivo ou negativo. Para tanto, deve estabelecer o equilíbrio dos riscos do negócio entre os parceiros, para que não haja a onerosidade de apenas uma das partes. O instituto da parceria compreende as dimensões econômica, jurídica e social no âmbito de serviços públicos. Por via de consequência, não se trata de um simples negócio, na medida em que envolve o interesse público, visando a beneficiar determinada coletividade, com base nas responsabilidades assumidas pelas partes contratantes. O contrato de parceria público-privada por concessão, seja patrocinada ou administrativa, tem a função basilar de equalizar os direitos e obrigações dos parceiros. Por isso, deve ser dinâmico no processo negocial. Em sua formatação, estabelece as obrigações de cada parte, sem, contudo, ignorar a possibilidade de ocorrerem situações imprevisíveis. Isto porque as externalidades contratuais são voláteis, repercutindo na pactuação firmada entre as partes.

Trata-se de um vínculo jurídico ajustado entre as partes, como contrato de longo prazo, com previsão legislativa de repartição objetiva dos riscos entre os parceiros. Essa forma de contrato prevê todas as possibilidades de riscos que poderão criar impactos, apesar dos detalhes metodológicos do projeto. Nele se elaboram as matrizes de ocorrências e contingências, resultando em um contrato incompleto e imperfeito. Em consequência, esse tipo de pactuação é suscetível de alteração, seja pelos eventos imprevisíveis, seja pelas intempéries da natureza. Outros fatores também podem justificar alterações, na sua execução, pelos agentes contratantes (PINHEIRO, 2005).

Ao contrário do que ocorre com os contratos tradicionais, na interpretação dessa nova modalidade contratual, vê-se uma espécie de “âncora doutrinária”. As hipóteses de cláusulas rigorosas devem ser flexibilizadas em um ambiente econômico complexo (NÓBREGA, 2011). Essa concepção surge das externalidades provocadas pela necessidade de investimentos em serviços estruturantes, com a finalidade de propiciar desenvolvimento. Nessa nova concepção

administrativa, não se pode admitir aquele tipo de negócio jurídico criado no século XIX. Os contratos modernos devem refletir “a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real” (ROPPO, 2009, p. 296). Esse modelo de contratação pública tem recepcionado o avanço da teoria econômica do contrato, no que diz respeito à concessão de parcerias público-privadas. Para tanto, tem como base a dimensão interdisciplinar, buscando integrar o conhecimento e os métodos da microeconomia para apreender o contexto da necessidade pública.

Os conceitos da microeconomia são imprescindíveis para dar sustentáculo ao sistema contratual de parcerias público-privadas. Expressam-se, tomando por fundamento a análise econômica do direito. Partem da ideia de equivalência entre serviços prestados com eficiência e de modo adequado. Essa prestação exige remuneração tarifária, de acordo com a demanda, de modo a atender as expectativas do investidor. Nesse sentido, enfatiza Araújo (2007, p. 42):

Um dos entraves ao desenvolvimento mais célere da teoria econômica do contrato veio do lado do direito. Está associada à necessidade de simplificação da própria análise jurídica, a qual gerou a presunção legalista de que o contrato seria um mecanismo neutro e plenamente eficiente – completo, perfeitamente supervisionado pelas partes e pelos tribunais, sem restrições informativas e sem desvios da perfeita racionalidade.

Empiricamente, a teoria econômica do contrato identifica as modulações da incompletude. Para tanto, utiliza-se da microeconomia, buscando explicitar tal fenômeno. Todavia, no âmbito jurídico das contratações, verifica-se a necessidade de compatibilizar a legislação com as situações reais.

## 6. Considerações Finais

É inquestionável a evolução do regime de contratações públicas no sistema brasileiro, no âmbito da atividade econômica, em que se configura uma transformação no campo normativo administrativista. A administração pública vem assumindo uma postura de mudanças intensas nos modelos de contratação, levando a uma melhor ponderação de custos e benefícios em torno desse procedimento licitatório. Porém, no campo da gestão pública, a autonomia contratual não caminha no mesmo compasso de legalidade administrativa. O amadurecimento do sistema de contratações públicas revela que é possível, dentro da legalidade restrita do direito administrativo, conceber-se um maior raio de liberdade, *micro-liberdades*. E o faz com base na autonomia privada do mercado, levando em consideração a influência do dinamismo e a rápida adaptação do mercado ao setor público.

Nesse novo contexto, o gestor público precisa ser mais dinâmico diante das externalidades do mercado provocadas pelas contratações públicas. Essa nova postura deve ser adotada tanto na execução das concessões comuns como nos contratos de parceria público-privada de longo prazo. Para tanto, necessita vencer duas etapas: a) compreender a incompletude do próprio sistema no qual está inserido; b) agir com um maior raio de discricionariedade estratégico-negocial dentro da legalidade estabelecida no direito administrativo. Impõe-se, também, que passe por um processo de adaptação à nova realidade, avaliando os custos de transação, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais, com os ditames legais e com os normativos do direito administrativo. Tudo isso sem perder de vista o objetivo mais importante: os pontos de negociação.

Durante a execução do contrato, à medida que as externalidades foram sendo observadas pelo gestor, novos fatores passam a ser pontos de negociação. Caso essas externalidades resultem em aumento nos custos de transação, esse desequilíbrio pode ser confirmado por aditivos ao

contrato. O aditivo serviria como instrumento de modificação contratual, sem desconsiderar o poder vinculado e discricionário de determinados dispositivos contratuais. As cláusulas negociadas que foram reformuladas por aditivo não gerariam qualquer descumprimento normativo. Pelo contrário, resultariam em ganho agregado ao contrato administrativo. Ainda que haja custo financeiro ocorre uma adaptação à realidade, garantindo a eficiência contratual preconizada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

## 7. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A ‘supremacia do interesse público’ no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARISTÓTELES. *Políticos*. Tradução C. D. C. Reeve. Hackett Publishing Company, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 3. ed. Edipro, 2009.
- BIEHL, Kátia Andrade. Grupos e equipes de trabalho: uma estratégia de gestão. In: BITENCOURT, Claudia (org.). *Gestão contemporânea de pessoas: novas práticas, conceitos tradicionais*. Porto Alegre: Bookman, 2004. p. 134-143.
- BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do TCU*. p. 41-45, n. 78, 1998.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito e economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: editora Virtual Gratuita – EVG, 2017.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. The University of Chicago. Vol. III, October, 1960.
- DEWHIRST, Frank; MARTINEZ-LORENTE, Angel R.; DALE, Barrie G. TQM in public organisations: an examination of the issues. *Managing Service Quality*, v. 9, n. 4, p. 265-274, 1999.
- ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010

- GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2nd ed. Lima: Palestra Editores, 2006.
- LIDDELL, Henry George et al. *The Online Liddell-Scott-Jones Greek-English Lexicon*. Universidade da California, Irvine, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KIRAT, Thierry; VIDAL, Laurent. *Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*. Les Annales de l'Institut André Tunc Université de Paris I, 2005.
- MACKAAY, Ejan. Le jurista at-il le droit d'ignorer l'économiste? *Revue de Droit Henri Capitant*. n. 01. Octobre, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de direito contemporâneo. In PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993.
- NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.
- NOVAES, Cristina; LASSO, Sarah; MAINARDES, Emerson Wagner. Percepções de qualidade do serviço público. *Revista Pensamento contemporâneo em Administração*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 107-123, jan./mar., 2015.
- PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Parceria público-privada: o risco no contrato administrativo quando da repartição e da responsabilidade fiscal*. 2009. 185. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.
- PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Parcerias público-privadas: além das fronteiras do direito administrativo*. 2015. 249. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan état-régions 2014-2020*. JCPA, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise econômica do direito (AED)*. FGV Direito Rio. 2014.
- POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A.. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RUBIO, Mauricio. *Economía jurídica*. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. Colaboração de Ana María Arjona, Universidade Externado de Colombia. 2007.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Economic analysis of civil law*. Translator Matthew Braham. Edward Elgar Pub, June 30, 2005.
- VON MISES, Ludwig, *Le socialisme: étude économique et sociologique*. Institut Coppet, ed. M. Th. Génin, Paris, 2011.
- ZYMLER, Benjamin. A ‘procedimentalização’ do direito administrativo. *Revista Fórum Administrativo*, v.2, n.22, p. 1589-1600, dez. 2002.