

OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DERIVADO DE LICITAÇÃO: UMA INCIDÊNCIA DA TEORIA DA IMPREVISÃO

TRANSACTION COSTS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS DERIVED FROM BIDDING: IMPLICATIONS OF THE THEORY OF UNPREDICTABILITY

Ronaldo Coelho Lamarão *

RESUMO: O presente artigo pretende investigar os custos de transação dos contratos administrativos derivados de licitação e entender as razões da Administração Pública, supostamente, pagar um valor mais elevado pelos produtos e serviços que contrata através de licitação. Para tanto, percorrer-se-á algumas características dos contratos administrativos, assim como serão abordados alguns conceitos basilares de economia, para buscar desenvolver uma visão global das causas desse verdadeiro desperdício.

Palavras-chave: Administração Pública, Custos de Transação, licitação, contratos administrativos, Nova Economia Institucional, Teoria da Imprevisão, Teoria do Contrato Incompleto e Instituições.

ABSTRACT: This article investigates the transaction costs of administrative contracts derived from bidding and understand the reasons why Public Administration supposedly pay a higher price for goods and services through competitive bidding. To this end, we will go along some characteristics of administrative contracts, as well discuss some basic concepts of Economics, trying to develop an overview of the real causes of this waste.

Keywords: Public Administration, Transaction Costs, Bidding, Administrative Contracts, New Institutional Economics, Theory of Unpredictability, Incomplete Contract Theory and Institutions.

* Advogado, sócio do escritório Lamarão e Associados Advogados. Especialista em Direito Público (licitações e contratos administrativos), Consumidor e Responsabilidade Civil. Palestrante e na área de licitações, professor Universitário e de cursos de pós-graduação; Mestrando em Direito, pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ, Especialista em Direito Processual Civil, Direito Público e Tributário, com complementação em docência superior, todos pela Universidade Cândido Mendes-AVM; MBA em Análise Internacional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Ex-membro da Comissão Permanente de Licitação da Academia Brasileira de Ciências.

INTRODUÇÃO

Após da realização da disputa entre as sociedades empresárias interessadas em prestar determinado serviço ou vender certo produto à Administração Pública, e depois de decididos eventuais recursos, cabe ao vencedor assinar contrato com o Poder Público. Mas nem sempre o ganhador assinará um contrato. Este instrumento poderá ser substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. O contrato apenas é essencial, segundo o art. 62 da lei n.º 8.666/93, em se tratando de concorrência, tomada de preços, dispensas e inexigibilidades, desde que os preços estejam compreendidos dentro dos limites destas duas modalidades de licitação.

Como o objetivo do presente trabalho é estudar os custos de transação dos contratos administrativos derivados de licitação, assim como suas renovações ou alterações, os demais instrumentos acima grifados não serão objeto do nosso trabalho. Desta forma, com a definição do foco, basta selecionar um modelo de contrato a ser estudado. Como o tema escolhido é a Teoria da Imprevisão e seus reflexos nos custos de transação, mister torna-se escolher uma espécie de contrato para ser analisado. Sendo assim, devido à sua característica contínua, de longo prazo, o melhor contrato a ser estudado é o de concessão de serviços públicos. Contudo, antes de adentrarmos no tema, será necessário desenvolver algumas noções basilares sobre os contratos administrativos na lei geral de licitações.

ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A lei de licitações determina que os contratos da Administração Pública devem ser regidos por cláusulas claras e precisas, as quais definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes envolvidas. Isto nada mais é do que o uma transmutação, para a seara contratual, do princípio do julgamento

objetivo¹. Esta característica (objetividade) determina que tudo na licitação, inclusive o contrato, deve ser claro e transparente, estabelecendo que não poderão existir critérios inteiramente subjetivos, ou seja, critérios que deixem o contratado à mercê do julgamento exclusivo e discricionário do agente público.

Outra característica dos contratos administrativos regidos pela lei de licitações é que devem ter a duração máxima de sessenta meses (cinco anos), podendo, em casos excepcionais, serem prorrogados por mais doze meses.² É justamente essa característica a diferença que se quer buscar entre um contrato de natureza continuada, *v. g.* vigilância, limpeza, informática etc., e um contrato de concessão de serviço público, por exemplo telefonia, transportes, iluminação pública, exploração de rodovias, portos, entre outros.³

O contrato de concessão, em geral, pressupõe um período mais longo de duração, como quinze ou vinte anos. A lei de concessões (lei n.º 8.987/95), ao contrário da lei n.º 8.666/93, não fixa um prazo máximo para as concessões públicas, deixando tal

¹ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

² Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

³ Na atualidade, principalmente os contratos de portos e rodovias, vêm sendo modelados mais como PPPs do que concessões de serviço público.

circunstância a critério do edital.⁴ Isto se dá por uma razão muito simples: somente o Poder Concedente tem a possibilidade de, no caso concreto, determinar a duração do contrato, de acordo com as suas necessidades. Se a lei, desde logo, estipulasse um prazo máximo de duração dos contratos, acabaria por engessar, muitas das vezes, o serviço público, podendo ter reflexos negativos na política tarifária.

Com a velocidade da informação, o dinamismo da economia e da sociedade, estabelecer um contrato com duração muito longa, como os de concessão, é uma tarefa tanto quanto complicada, que exige uma especialização, uma expertise muito grande do corpo técnico que o elabora. Esta qualificação costumava ser vista, com maior frequência, na esfera privada, enquanto que na pública, raríssimas eram as pessoas que detinham o conhecimento técnico necessário. Isso ocasionava, via de regra, um desequilíbrio muito grande a favor daquele mais preparado (o setor privado)⁵. Entretanto, esse quadro não é mais o mesmo, existindo, hoje, no setor público, profissionais e equipes altamente qualificadas, como são os casos dos corpos técnicos das Agências Reguladoras, fenômeno que teve início no Brasil no ano de 1996⁶.

⁴ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão.

⁵ Na nota de rodapé nº 15 o leitor terá a possibilidade de verificar esse desequilíbrio, pois reconhecidos, incidentalmente, pelo Tribunal de Contas de União.

⁶ As primeiras Agências Reguladoras, marco da especialização do setor público, surgiram, no Brasil, na década de 90. Em 1996 foi criada a Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), no ano de 1997 foi criada a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), em 1998 foi criada a ANP (Agência Nacional do Petróleo, hoje conhecida como Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível). Porém, no início do século XX, já existiam entidades com função reguladoras: Di Pietro (2011, p. 479) “no período de 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio”.

A elaboração de um contrato que se predispõe a vigor por tão longo período de tempo deve adotar uma série de medidas que permitam sua adequação à realidade daqui a um certo período de tempo, tais como cláusulas de escape.

Para que se possa entender melhor esses mecanismos e sua relação com os custos de transação decorrentes das incertezas futuras – v.g. o interesse público pode se alterar daqui a certo tempo e influenciar os custos - no momento da renovação ou na aplicação dos mecanismos que visam o equilíbrio contratual, indispensável enfrentarmos questões a respeito da Teoria Econômica do Contrato e sobre a Nova Economia Institucional. Assim, abordaremos questões como a *Moral Hazard*, custos de transação, Teoria do Contrato Incompleto e *hold up*.

A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

A chamada Nova Economia Institucional (NEI) começou a ganhar corpo nos anos de 1930, por meio dos pensamentos de Coase, Simon, Commons e Hayek. Como não é objetivo do presente trabalho esmiuçar a obra de cada um desses autores, apenas citaremos algumas contribuições mais relevantes.

Coase, sem sombra de dúvidas, foi o principal expoente da Nova Economia Institucional. Ele foi quem primeiro explicou a gênese da firma (atualmente denominada de sociedade empresária), que até então era vista somente como uma transformadora de matéria prima. Foi ele quem passou a mensurar aspectos, até então ignorados, como relacionamento com clientes e fornecedores, relacionando mercado e firma (Farina e Azevedo, 1997, p. 35).

Coase observou que as negociações não eram isentas de custos e isto não poderia ser ignorado, pois influenciavam o preço final do produto ou serviço. Então, questões como direito de propriedade, direitos autorais, deveriam ser levados em consideração no momento da celebração de um negócio. É o chamado custo de transação. Este, nas palavras de Ursula Dias Peres, é “a busca da maximização de resultados eficientes, a partir

do comportamento dos indivíduos dentro de uma organização e da forma como esses são coordenados” (PERES, 2007, p. 16).

Por sua vez, Coase subdividiu a teoria em duas: custo das coletas das informações e custo de negociação e estabelecimento de um contrato (Farina e Azevedo, 1997, p. 55). Assim, por exemplo, ao se colocar um imóvel à venda, antes da assinatura da escritura (transação), existirão outros custos com a coleta de informações sobre o bem; necessitar-se-á gastar valores com certidões estaduais, municipais e federais, cartórios de distribuição, entre outros. Será, também, necessário computar-se o custo com a negociação (pagamento de um advogado) e o custo do estabelecimento do contrato (da escritura).

Transportando o exemplo acima para o contrato de concessão, antes de declarado o vencedor, ambas as partes (Poder concedente e o cessionário) terão despesas com a transação. O Estado (*latu sensu*) gastará seus recursos com a divulgação do edital, a capacitação do seu corpo técnico que elaborará tanto o contrato como o edital etc.. Do outro lado, o licitante gastará, por exemplo, com a autenticação dos documentos (em certos casos), certidões, transporte, estadia (caso a disputa não ocorra próximo a sede de seu estabelecimento) e advogados.

Simon (Farina e Azevedo, 1997, p. 43) observou que, apesar de o homem ser racional, essa racionalidade é limitada, pois é impossível, por mais racional que seja uma determinada decisão, prever todos os acontecimentos que futuramente poderão advir. Se ao homem é impossível prever todos os acontecimentos, por certo, os contratos, em razão da mesma lógica, por mais completos que sejam, não serão capazes de antever todos os eventos.

Num contrato de concessão, em que o seu prazo de duração é bastante extenso (15, 20 anos ou mais), o exercício de se tentar elaborar um contrato completo torna-se, quase impossível, haja vista os inúmeros acontecimentos que poderão influir nas condições do contrato, como, *v. g.* mudanças no cenário econômico internacional ou nacional.

A racionalidade limitada está ligada ao homem. Já a incerteza – do que pode vir a acontecer – está vinculada ao ambiente em que se processa a transação. “Todavia, há uma relação entre esses dois conceitos, visto que quanto mais limitada for a racionalidade maior será a incerteza que se vigora em um ambiente” (Azevedo apud Santos, p. 08).

A racionalidade limitada do homem pode ocasionar uma série de complicações interligadas, como é o caso do *hold up* (oportunismo), da Moral Hazard⁷ (risco moral: pode ser dividida em *hidden information* e *hidden action* – informação oculta e ação oculta⁸). A *hidden information* ocorre quando determinada informação é monopolizada por uma das partes, o que impossibilita que o contrato seja equilibrado para todas as partes envolvidas, pois determinada parte ao dispor de uma informação privilegiada, pode usá-la (e com certeza o fará) para obter proveito, em regra financeiro, sobre os demais. Por sua vez, a *hidden action* ocorre quando um parte lança mão de uma ação escusa para se locupletar de algo, em detrimento dos demais. Essas características corroboram com a afirmação de que todo contrato é incompleto.

Este nada mais é do que o reconhecimento da racionalidade limitada. Sendo assim, se a razão é limitada, qualquer contrato jamais será totalmente completo, pois, como dito acima, não é possível prever-se todos os acontecimentos futuros. Todavia, as

⁷ “Se refere à possibilidade de que um agente econômico mude seu comportamento de acordo com os diferentes contextos nos quais ocorre uma transação econômica. O risco moral é relacionado à informação assimétrica, uma situação na qual uma parte na transação possui mais informações que a outra. Um caso especial de risco moral é chamado problema agente-principal, onde uma parte, chamado de agente, age no interesse da outra parte, chamada de principal. O agente pode ter um incentivo ou tendência de agir inapropriadamente do ponto de vista do principal, se os interesses do agente e do principal não estiverem alinhados. O agente normalmente tem mais informações sobre suas ações ou intenções do que o principal, porque o principal normalmente não pode monitorar perfeitamente o agente”: fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Risco_moral, acessado em 24/10/11, às 18:00.

⁸ Tradução do autor.

questões tratadas nesse parágrafo serão mais bem exploradas mais a frente.

INSTITUIÇÕES

As instituições são uns dos alicerces da Nova Economia Institucional. Não há que se confundir instituição, no contexto da NEI, como sinônimo de associação ou organização. Segundo North (Farina, apud North, 1997, p. 58): “Instituições são restrições (normas) constituídas pelos seres humanos, que estruturam a intenção social, econômica e política. Elas consistem em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis e direitos de propriedade)”.

Parafrazeando, mais uma vez, North, pode-se explicar Instituições com um conceito muito simples: são as “regras do jogo” (Farina, apud North, 1997, p. 59), independentemente do contexto que se encontram, seja ele político, econômico, jurídico, etc.. Essa regra do jogo (instituições) deve ser analisada sob dois prismas distintos, um macro e outro micro. Exemplificando, imagine-se que seja utilizada uma instituição jurídica, neste ponto ela pode abranger um nível macro, como uma lei de abrangência nacional ou de nível micro, uma portaria que apenas vincule um departamento da administração pública.

As instituições, por serem um conjunto de regras diminuem a incerteza do mercado, pois, seguindo-as, tende-se a chegar a um resultado esperado. Num contrato de concessão de serviço público, por força da lei nº 8.987/95, sabe-se que, no julgamento da proposta, o critério mais importante é o preço da tarifa ofertado pelo licitante. Isso (a regra) reduz a insegurança quanto ao processo de contratação, o que dá mais tranquilidade aos licitantes, pois podem antever, com maiores chances, a viabilidade ou não de um futuro contrato.

As instituições podem ser divididas em três sistemas distintos, o regulativo, o normativo e o cognitivo. O primeiro pode ser entendido como o sistema que (Santos, p. 3): “estabelece valores, normas e objetivos que assumem a forma de imposições que limitam o comportamento social, ao mesmo tempo em

que autorizam e habilitam a ação social. Conferem direitos, responsabilidades, privilégios, deveres, licenças e mandados. Nessa perspectiva, a base de legitimação organizacional é a conformidade às exigências legais”.

Por sua vez, o sistema normativo pode ser explicado como sendo uma base de valores morais (Santos, p. 3): “A concepção normativa ressalta a base moral para a configuração da legitimidade. Enfatiza as obrigações morais que podem conter ações que se distanciam das exigências legais (exemplo exigências de um departamento) (SCOTT, 1995). Nesta concepção, os valores e as normas são incorporados ao cotidiano tornando-se uma obrigação ou comportamentos moralmente governados devido ao seu uso cotidiano e repetitivo”.

Por fim, o sistema cognitivo pode ser caracterizado pelo (Santos, p. 3): “compartilhamento da realidade, no qual se utiliza aspectos simbólicos das ações, resultantes das interpretações e conseqüentes representações que os indivíduos fazem do ambiente (FONSECA, 2003)”.

Por meio das instituições, chega-se a mais dois desdobramentos da Nova Economia Institucional, a outras duas teorias: o Ambiente Institucional e Instituições de Governança. Aquele estabelece a relação entre as instituições e o desenvolvimento econômico, examinando o papel de alguns elementos institucionais sobre o resultado econômico global. Tem como ponto de partida o *Trade off* (equilíbrio) entre a especialização e os custos de transação. Os ganhos advindos de uma crescente especialização, gerados pelo aprimoramento do desempenho do trabalho, são reduzidos ou eliminados pelos custos de transação, que aumentam com a especialização. O papel das instituições seria conciliar esse movimento, impedindo o crescimento dos custos de transação à medida que cresce a especialização.

A teoria das Instituições de Governança, em breve síntese, estuda as transações com um enfoque microanalítico, tomando as regras gerais de uma sociedade e tem como objetivo, assim como a outra teoria,

reduzir os custos de transação. Melhor explicando, são mecanismos criados por determinados agentes (por agentes pode-se entender empresas, Estado, associações etc.) para melhor lidar com os custos de transação, ou seja, são estratégias voltadas a redução dos custos de transação e neste aspecto, cada agente elabora o seu mecanismo, não existindo um certo e outro errado.

A Fragilidade das Instituições Jurídicas

Agora que se sabe o que é uma instituição (conjunto de regras) iremos analisar a instituição jurídica da concessão. Por meio de uma busca na legislação pertinente observa-se se o regulamento das concessões pode ser considerado frágil.

Uma constatação básica salta aos olhos ao se observar a lei de concessões: a última alteração por ela sofrida fora no ano de 2005, ou seja, há mais de sete anos. Como as relações econômicas modernas são bastante dinâmicas, quase instantâneas, na sociedade globalizada contemporânea uma defasagem institucional deste nível pode acabar por esvaziar, aos poucos, o instituto, o que vai influir nos custos de transação, pois, lembremos, quanto maior a incerteza, maiores os gastos.

Nessa alteração fora introduzido o art. 23-A⁹, uma das poucas, se não a única, cláusula de escape, que permite a renegociação do contrato, utilizando, inclusive, a arbitragem, desde que previsto no ato convocatório e no contrato. Todavia, apesar da boa vontade e do intuito de desburocratizar e despolitizar as decisões, ela peca em outro ponto. O final deste artigo determina que a renegociação deverá ser feita no Brasil e em vernáculo português. Ocorre que dependendo da matéria, poderá existir um tribunal arbitral mais expert em determinado assunto no estrangeiro e que, provavelmente utilizará a língua inglesa (ou outra língua). Desta forma, a

⁹ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

lei ao restringir o local e o vernáculo, pode acabar restringindo, também, uma solução mais técnica sobre determinado assunto.

Aliado a essa fragilidade, encontra-se a desqualificação do corpo técnico do Estado. Esse despreparo era algo muito comum até há alguns anos mas que, felizmente, vem sendo revertido. Hoje, o corpo técnico das Agências Reguladoras é composto, em sua grande parte, por profissionais da mais elevada competência, mas, ainda, em números insuficiente em determinados setores.¹⁰ Entretanto, nem sempre foi assim, o que acabava por favorecer os concessionários, que dispunham de recursos e de um quadro técnico mais capaz, o que lhe garantia vantagem nas renegociações.

Será que a legislação pátria (instituições em sentido macro) garantem uma margem segura, por intermédio das cláusulas de escape, de (re)negociação? Será que os mecanismos institucionais são suficientes para diminuir os custos de transação? Não ousaremos responder tais quesitos, mas buscaremos deixar dados para que o próprio leitor chegue à sua conclusão.

Imagine-se a seguinte situação: o Poder Concedente, em uma renegociação contratual, utilizando-se das cláusulas de escape, repactua determinada condição que acabe se revelando desvantajosa para a sociedade. Entretanto, ao fundamentar a sua decisão o faz, exatamente, lançando mão, genericamente, do princípio da Supremacia do Interesse Público. Esta decisão gera um custo, custo este para a Administração Pública e para os administrados. A presente hipótese geral serve apenas para se refletir quanto à questão da fragilidade das instituições e como isto pode interferir nos custos de transação.

¹⁰ O Superintendente de Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética (SPE), informou ao Tribunal de Contas da União-TCU, em 2008, acórdão nº 2211/2008 – Plenário, que ainda não possuía um corpo técnico especializado no setor elétrico. No mesmo sentido, acórdão 112/2002 – Segunda Câmara; Acórdão 435/2004 - Segunda Câmara; Acórdão 489/2008 - Plenário. O mesmo tribunal, em 2009, evidencia a necessidade da Agência Reguladora possuir um corpo técnico especializado, com independência política, para que possam ser tomadas decisões imparciais e equilibradas (acórdão nº 1543/2009 – Plenário).

TEORIA DO CONTRATO INCOMPLETO

Na elaboração de um contrato, nem sempre são observados os níveis de previsão e explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, tais como: a explicitação mais exaustiva do objeto, as possíveis contingências capazes de interferir na onerosidade do contrato, a definição dos standards de cumprimento, descumprimento e cumprimento defeituoso (Araújo, 2007, p. 148). Um contrato mais completo seria aquele capaz de prever estas e outras contingências, que afetam a sua onerosidade. Contudo, a busca do contrato mais completo pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício, pois quanto mais completo for o contrato, menor a margem de negociação das partes.

A elaboração e a execução de um contrato tende a ser mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que se pretende cobrir. Um contrato mais incompleto aproximar-se-á do mercado, seja na flexibilidade seja na exposição dos riscos. Um contrato mais completo perderá essa flexibilidade, mas poderá ganhar a em erradicação ou cobertura dos riscos (Araújo, 2007, p. 149).

Percebe-se que no momento da elaboração de um contrato as partes estão diante de um dilema: ou fazem um contrato mais completo, prevendo os eventuais problemas futuros, que diminuirá seus riscos, mas perderá na flexibilidade de negociação ou optam por um contrato mais amplo, menos completo, mas que privilegiará as negociações vindouras.

Para resolver esse dilema, (Araújo, 2007, p. 150) propôs duas perguntas que servirão de base para se decidir se o que se busca é uma espécie ou outra de contrato. “- Valerá à pena começar a desenvolver esforços de estipulação contratual quando ainda é mais barato recorrer, sem essa estipulação ao mercado? - Valerá à pena continuar a desenvolver esforços de estipulação contratual quando passou a ser mais barato estipular uma solução integrada e passar a agir dentro dela?”

Ao responder “sim” para ambas questões, as partes estão dizendo que

desejam um contrato mais completo, pois estão dando preferência à segurança e não ao custo de transação. Por óbvio, ao se responder negativamente, está se optando por um contrato menos completo, mas que privilegiará a redução dos custos de transação, por meio de negociações futuras, quando e se as contendas surgirem.

A doutrina especializada aponta outros cinco fatores que podem tornar os contratos incompletos (Neves, 2002, p. 2). “O contrato pode ser vago ou ter ambigüidade em palavras. Algumas das partes inadvertidamente falham em algum aspecto. Os custos de produção e documento superam os custos de resolução de problemas futuros. Presença de informação assimétrica, ou seja, uma das partes detém, mais informação que a outra. Preferência de uma das empresas em sair do relacionamento”.

Ocorre que a questão de se optar por um contrato completo ou incompleto não deságua, tão somente, nos custos de transação. Outras questões são igualmente importantes nessa escolha. A eleição do modelo errado pode dar ensejo ao *holdup* (oportunismo), pois uma das partes, detendo informação privilegiada, pode utilizá-la em seu favor, prejudicando a outra parte. Merece destaque que o oportunismo pode ser praticado por ambas os lados, ou seja, tanto pelo particular quanto pelo Poder Concedente. O Tribunal de Contas da União, em algumas oportunidades, já identificou essa questão.¹¹

A solução para o *holdup* é a elaboração de contratos minimalistas, com um preço fixo e o menor número possível de

¹¹ Acórdãos 1756 e 1757, ambos de 2004 - Plenário “A proliferação de entidades reguladoras independentes ocorreu como resposta histórica à necessidade de proteção contra o excessivo arbítrio e oportunismo dos governos. A evolução dessas entidades traz consigo o controle, para restringir comportamentos arbitrários e caprichosos por parte do regulador, como este que se pretende corrigir”. Acórdão 2379/2008 – Plenário “j) o TCU não pode se furtar de fiscalizar o procedimento de revisão tarifária da Eletropaulo pelos seguintes motivos: os riscos aos quais estão submetidos os procedimentos regulatórios, haja vista que sempre existe a possibilidade de ocorrer assimetrias de informação, comportamentos oportunistas (“gaming”), capturas regulatórias e monitoramentos imperfeitos”.

estipulações, pois quanto maior a simplicidade, menos abundantes as armadilhas. Porém, esse inacabamento para ser eficiente requer um investimento vultoso em informação, que acaba por ser desproporcionado, mas que pode ser solucionado com a estipulação de cláusulas *ad hoc*, ou seja, cláusulas que possam ser flexíveis quando determinada situação ocorrer (Araújo, 2007, p. 153).

Ser um contrato incompleto não significa, necessariamente, uma falha em sua elaboração. Muito pelo contrário, pode ser uma tática para a redução dos custos de transação. Entretanto, para se optar por esse modelo contratual deve-se realizar uma ponderação de custos marginais: informação, negociação etc. e benefícios marginais tais como: redução de *holdup* (oportunismo) e redução da necessidade de renegociação (Araújo, 2007, p. 161).

A TEORIA DO CONTRATO INCOMPLETO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DERIVADOS DE LICITAÇÃO

Agora que já foram traçadas algumas linhas iniciais a respeito da Teoria do Contrato Incompleto, que é uma consequência do reconhecimento da racionalidade limitada do homem, a qual tem seus pontos positivos e negativos, partir-se-á para uma análise, com os fundamentos já apresentados, dos contratos administrativos derivados de licitação, elegendo-se o contrato de concessão.

Nas palavras de (Di Pietro, 2010, p. 293) concessão, em sentido amplo, pode ser definido como: “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”.

Num contrato de concessão¹² de dez, quinze ou vinte anos, por mais que se queira, obviamente torna-se impossível prever todas

incontinências futuras, não importando o seu objeto, se é uma concessão de serviço público (lei n° 8.987/95), se patrocinada (lei n° 11.079/04), se administrativa (lei n° 11.079/04), ou de obra pública (lei n° 8.987/95 c.c lei n° 11.079/04). Assim, surgem mecanismos de compensação, as chamadas “cláusulas de escape”, que têm a finalidade, precípua, de reequilibrar, financeira e economicamente o contrato. A lei de concessão, traz alguns dispositivos nesse sentido, como o art. 9°, § 2°¹³; o art. 23, IV¹⁴ e o art. 23-A¹⁵.

Partindo-se do pressuposto de que nenhum contrato é completo e existindo um período de tempo tão longo como inato aos contratos de concessão, surgem incertezas que se refletem nos custos de transação. Nesse desiderato, com tantas possibilidades e salvaguardas, renegociações, oportunismo, instituições desatualizadas, entre outras ocorrências, o custo de se negociar com o Poder Público se eleva, é o que se chama popularmente de “Custo da Administração”, ou seja, boa parte do que é vendido para ela, seja produto ou serviço é com um preço superior ao praticado no mercado¹⁶. Em se aumentado

¹³ A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato. § 2° Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁴ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.

¹⁵ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹⁶ “SP investiga superfaturamento em compras de presídios. Material para penitenciárias de Campinas e Sorocaba custou quatro vezes mais caro do que para outras regiões do estado. Gasto foi de 1,6 milhão de reais”. (<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/sp-investiga-superfaturamento-em-compras-de-presidios>). Acessado em 09/11/11, às 17:20h. No mesmo sentido “Os hospitais universitários, mantidos pelo Ministério da Educação (MEC), compraram, ao longo de 2010, insumos e medicamentos com valores superfaturados em quase 1.400%”. (<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/>

¹² A lei n° 9.074/95 chega a conceder prazo de, até, 35 (trinta e cinco) anos, prorrogáveis por mais 20 (vinte) anos, em se tratando de concessão para geração de energia elétrica.

esse custo, como não há outra alternativa: a conta acaba sendo paga por toda a sociedade.

CUSTO DE TRANSAÇÃO PARA O SETOR PÚBLICO

Ursula Peres, ao tratar sobre o tema, destaca vários fatores que interferem no custo de transação para o governo, tais como os relacionados à “criação, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas”. Segundo a autora, ainda deve ser levado em consideração as aspirações, muitas vezes egoísticas, dos agentes envolvidos, como por exemplo reeleição, permanência em seus cargos, poder, entre outros, que torna ainda mais incerta a negociação (Peres, 2007, p. 21).

Sem descer a minúcias e para esclarecer mais o leitor, citaremos mais alguns custos de transação relacionados ao setor público. A descontinuidade das políticas públicas é um outro custo que deve ser levado em consideração, “visto que não é possível garantir-se à sociedade civil a durabilidade dos benefícios de uma política pública” (Peres, 2007, p. 22), o custo de monitoramento da burocracia, a edição de leis imprecisas e demasiadamente vagas, entre outros.

Já foram ventiladas, algumas vezes, tantos nas mídias impressas quanto televisivas, que a Administração Pública deveria ter a eficiência e os métodos da iniciativa privada, pois isso aumentaria a eficiência do setor público. Concorda-se com essa assertiva, porém, por óbvio, as mudanças não são tão simples de se implementar quanto poderia ser

em uma empresa. Para começar, o setor público esbarra, de plano, no princípio constitucional da legalidade, ou seja, ao administrador só é possível fazer o que a lei determina. Apesar de, modernamente, não existir mais esse legalismo formal, pois à lei é impossível antever todas as situações, o administrador público ainda continua atrelado à lei, até mesmo por força da constituição, sendo pouco crível que implementará mudanças sem a devida autorização, que pode se dar por meio de lei, decreto e portaria.

Assim, a Administração Pública (Poder Executivo) torna-se dependente de si própria ou do Poder Legislativo, não havendo meios de um Poder compelir o outro a agir. Lógico que por intermédio do jogo político, essa questão poderia ser superada. Outro entrave é a falta ou escassez de uma fiscalização direta. Sabemos que existem os órgãos de controle, tais como os tribunais de contas, sejam eles da União, Estado e Municípios (onde existam). Porém, determinar que um único órgão fique responsável pelas contas dos demais pode gerar uma certa ineficiência, caso ele não seja dotado de uma estrutura adequada ao tamanho de sua responsabilidade.

Várias empresas adotam a figura do supervisor, que também existe no setor público, como, por exemplo o fiscal de um contrato. Entretanto, nas empresas privadas a função de supervisão costuma ser recompensada com um percentual da lucratividade. Isto é um estímulo para que o supervisor não permita que a produção caia, e, com isso, diminua-se os lucros. Se não houvesse essa retribuição pecuniária, qual o incentivo que determinado empregado teria, por exemplo, de supervisionar a produção de uma fábrica? No início, desenvolveria sua função corretamente, mas com o passar do tempo, seu ânimo e empenho diminuiriam, por falta de estímulo. Segundo algumas vozes, o mesmo acontece no setor público¹⁷.

2011/01/31/interna_politica,235098/superfaturamento-de-1-380-em-medicamentos-nos-hospitais-universitarios.shtml). Acessado em 09/11/11, às 17:23h. “Estado do Rio comprou medicamentos até 143% mais caros” A Secretaria estadual de Saúde, em 2009, dispensou licitação em compras de medicamentos e material médico-hospitalar que somam R\$ 81 milhões. O montante equivale a 13,7% do total (R\$ 591 milhões) destinado para a compra desses insumos no ano passado. No caso de alguns produtos, o governo pagou até 143% a mais por unidade, se os valores forem comparados com os preços pagos por outros estados”. (<http://extra.globo.com/noticias/rio/estado-do-rio-comprou-medicamentos-ate-143-mais-caros-369155.html>). Acessado em 09/11/11, às 17:23h.

¹⁷ Em artigo publicado no 30º encontro (2006) da ANPAD, “Mudança Organizacional no Setor Público: um estudo sobre o impacto das mudanças instituídas pelo Governo do estado de Minas. Gerais numa instituição pública estadual” tal referência é levantada (<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad20>

Determinado servidor empossado em cargo de supervisão, pode, no início de suas atividades, desempenhar seu papel de forma satisfatória, mas, possivelmente, com o passar dos anos, a mesmice de sua função tornará seu rendimento insatisfatório.

Alchian e Demsetz (Donei, p. 47/48) trouxeram grande contribuição ao problema do desempenho nas empresas, conhecimento esse que pode ser transmudado para o setor público. Eles, ao associarem a questão dos direitos de propriedade à gênese da firma estabeleceram quatro proposições: a) em uma firma é possível captar os ganhos gerados pela organização cooperativa. Assim, o produção cooperativa, o trabalho em equipe (*team production*) gera um aumento na produção; b) a *team production* pode ocasionar um desestímulo à produção, pois através dela não é possível mensurar, com precisão, a participação de cada membro da equipe; c) a terceira proposição é um desdobramento da anterior. Se a *team production* desagua em um desinteresse, imprescindível a figura de uma supervisão para que a produção não diminua e, por final, como não é possível a figura do supervisor do supervisor, é necessário garantir-lhe ganhos extras advindos da produção. Neste desiderato, quanto maior a produção, maior a sua comissão.

Tratando a Administração Pública como uma empresa, com as técnicas corretas de administração de empresas, acredita-se que é possível aumentar a produção do setor público, alcançando-se, desta maneira, o princípio constitucional da eficiência¹⁸, se não vejamos: estimulando-se o trabalho em equipe para se alcançar determinado resultado¹⁹, o

mesmo tende ser obtido mais rápido. Para que não haja o problema do sentimento de desvalorização, em razão de não ser possível comensurar qual servidor trabalhou mais, mister, além da figura do supervisor, incentivar-se esses agentes. Este incentivo, não necessariamente precisaria ser pecuniário, como uma gratificação; poderia ser concedido um dia de folga, uma promoção, a inscrição em um curso de aperfeiçoamento, entre outros.

A maior eficiência da Administração, atingida por meio do incentivo e treinamento de seus servidores, culminaria, por todo o estudo desenvolvido, uma diminuição dos custos de produção no setor público.

CONCLUSÃO

Anualmente o Brasil perde bilhões²⁰ de reais por conta de sua ineficiência estatal e todo esse cenário de incertezas a respeito das políticas públicas. A máquina estatal, em geral, é ineficiente se comparada à iniciativa privada

a implementação de medidas de segurança pública que diminuam efetivamente os índices de criminalidade, etc.

²⁰ Gastos levam contas públicas ao pior resultado em 18 anos: Mau desempenho do INSS foi o que mais pesou para o rombo em maio. A situação das contas públicas se deteriorou drasticamente em maio. O superávit primário - economia para pagar juros da dívida - de todo o setor público despencou de R\$ 19,7 bilhões em abril para R\$ 1,4 bilhão no mês passado. O pior desempenho foi da União, que teve déficit de R\$ 1,431 bilhão, o maior em 18 anos para o mês. O principal responsável pelo rombo foi a Previdência. Os números gerais só não foram piores porque os estados e as empresas estatais fizeram a sua parte e pouparam. Segundo especialistas, o crescimento da economia e a elevação da receita com impostos estão compensando boa parte dos aumentos de gastos e, só por isso, o quadro fiscal não aparenta ser tão grave. "A atual política fiscal estimula o crescimento a curto prazo, mas o inibirá a médio e longo. Mais gastos correntes e de pessoal induzem a mais juros e câmbio valorizado", alertou o economista Roberto Padovani. Jornal O Globo de 30/06/2010, p. 1 e 25. Folha de São Paulo, mesma data: Burocracia custa R\$ 46 bilhões anuais ao país, afirma a Fiesp. O custo anual da burocracia para as empresas brasileiras, calculado pela Fiesp (federação das indústrias paulistas), é de aproximadamente R\$ 46,3 bilhões, relata Fernando Canzian. Boa parte do gasto se destina a demandas tributárias dos governos federais, estaduais e municipais. Para a Fiesp, o PIB per capita do país poderia crescer 17% com simplificações. p.1 e B1. (http://www.brasilwiki.com.br/noticia.php?id_noticia=27770). Acessado em 24/08/11, às 15:50h.

06-apsa-0492.pdf) acesso 26/12/11, às 20:00h. Nelson Marconi também identifica o problema do desestímulo ao servidor público em artigo intitulado Uma Breve Comparação entre os mercados de trabalho no setor público e privado, Revista do Serviço Público, ano 48, nº 1, jan-mar de 1997, p. 139.

¹⁸ Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Alterado pela EC 19/98).

¹⁹ Este resultado pode ser a diminuição de processos na justiça, a construção de hospitais, a reforma de escolas,

e não possui meios técnicos, na sua grande parte, de incentivo e apoio aos seus agentes. Esse quadro gera para o particular, ao contratar com a Administração Pública, além de um quadro óbvio de desconfiança, um meio propício ao oportunismo, pois, muitas das vezes, está mais bem preparado que o próprio Estado.

Deve haver um diálogo técnico entre os Poderes da República, em suas três esferas, mas, em especial, entre o Executivo e o Legislativo, visando a melhoria da qualidade²¹ de nossas leis (instituições) e essas, criando mecanismos de fomento e incentivo ao funcionalismo, possibilitando, desta maneira, um aprimoramento do quadro funcional, visando à tão falada eficiência e, conseqüentemente, diminuindo os custos de transação, que, em última análise, favorecerá os administrados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
CHAVES, Rosan Costa; MARQUES, Antônio Luiz. *Mudança Organizacional no Setor Público: um estudo sobre o impacto das mudanças instituídas pelo Governo do estado*

de Minas Gerais numa instituição pública estadual. Salvador: ANPAD, 2006.

DI PITRO, Maria Sylvia Zenella. *Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARINA, Elizabeth M. Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia M. *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

MARCONI, Nelson. Uma Breve Comparação entre os mercados de trabalho no setor público e privado. *Revista do Serviço Público*, ano 48, n.1, jan./mar. 1997.

NEVES, M. F. Um Modelo Para Construir ou Revisar Contratos em Redes de Empresas (networks). *Revista de Economia e Administração*, São Paulo, v.1, n.2, 2002.

PERES, Ursula Dias. Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público. *RBGN*, São Paulo, v. 9 n. 24, maio/ago. 2007.

SIMÕES, Selma Regina. *A Nova Economia Institucional*. Disponível em: <<http://d.yimg.com/kq/groups/16643321/270946459/name/A+nova+economia+institucional.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2011.

Artigo recebido em: 06.01.2012.

Avaliado em: 22.11.2012.

Aceito para publicação em: 23.11.2012.

²¹ Entendemos por lei de qualidade aquela que é elaborada por um corpo técnico especializado e que se traduzam em resultados positivos, que alcem a sua finalidade. Por exemplo, a lei nº 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratação, estabelece em seu art. 1º, § 1º, que o RDC tem por objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas, promover a troca de experiência e tecnologia, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes. Para alcançar tais fins, criou, dentre outros mecanismos, o previsto no art. 6º, segundo qual o orçamento realizado pela Administração somente será tornado público após o encerramento da licitação. Assim, se os objetivos forem alcançados por esse ou outros mecanismos nela previstos, a lei será de qualidade. Sobre o assunto, ver Nota Técnica nº 08 de 2011 da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, disponível em (<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/estudos/2011/nt08.pdf>).