

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

MARISTELA MARTINS MIGUEL

**ESTUDO DE CASO – CONTRATO NOVA TAMOIOS - CONTRATOS
CONCESSIONAIS INCOMPLETOS**

DISTRITO FEDERAL

2019

MARISTELA MARTINS MIGUEL

CONTRATOS CONCESSIONAIS INCOMPLETOS
ESTUDO DE CASO – NOVA TAMOIOS

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito na área de concentração constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais

Orientador: João Paulo Bachur

Brasília

2019

MARISTELA MARTINS MIGUEL

**CONTRATOS CONCESSIONAIS INCOMPLETOS
ESTUDO DE CASO – NOVA TAMOIOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito na área de concentração constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais

Brasília-DF, 10 de dezembro de 2019

Nome do Profº Orientador e título

Nome do membro da banca e título

Nome do membro da banca e título

*“O objetivo da vida é sintonizar a batida do seu coração com a batida do Universo,
sintonizar sua natureza com a Natureza” Joseph Campbell*

Aos meus pais Arlei e Zulmira pelo exemplo de trabalho e amor, ao apoio incondicional de minhas irmãs + (o), a Mãe Natureza, meu refúgio e para onde meu coração sempre volta.

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar uma análise da teoria dos contratos incompletos a partir de estudos da doutrina e do estudo de caso, pretende-se trazer à órbita judicial a visão econômica dos ajustes de longa duração, ampliando, por conseguinte, a hipótese para um paralelo com os contratos concessionais. Na atualidade do assunto, em um cenário pouco explorado, pretende-se apresentar as principais características da teoria dos contratos incompletos. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia se efetiva por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária e, por fim, por meio de um estudo de caso de um contrato de concessão de serviços públicos. Serão apontadas a forma que esses ajustes tratam a incompletude, bem como as modelagens contratuais utilizadas para proceder mecanismos que permitam o contrato acompanhar a inovação, o dinamismo da economia com capacidade de adaptação e meios para fornecer segurança jurídica às partes.

Palavras Chave: Contratos concessionais. Teoria dos contratos incompletos, proceduralização.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the theory of incomplete contracts, based on the studies of the doctrine. It is intended to bring to the judicial orbit the economic view of long-term legal adjustments thereby expanding the hypothesis to a parallel with concessional contracts. At the present time, in a scenario yet to be explored, we intend to present the main characteristics of the theory of incomplete contracts. This is a qualitative study, whose methodology is effective through bibliographic and doctrinal research and finally by the analysis of a public service concession contract. The way in which these adjustments deal with incompleteness will be pointed out, as well as the contractual models used to provide mechanisms that allow the contract to follow innovation, the dynamism of the economy with the capacity to adapt and the means to provide legal certainty to the parties.

Key words: Concessional contracts, Theory of incomplete contracts, proceduralization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7 que a modelagem utilizada
1. OS CONTRATOS DE CONCESSIONAIS	15
2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO E MATRIZ DE RISCO	25
3. CONTRATOS INCOMPLETOS	33
3.1 PROCEDURALIZAÇÃO	41
4. ESTUDO DE CASO	44
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A carência por investimentos em infraestrutura¹ é um déficit histórico no país. Enquanto a média de investimento mundial foi de 4,22% Peru (2008 – 2011), Chile 5,1% (2008 – 2011), Índia 6% (2013 – 2017), Tailândia 15,6% (2009), Vietnã 10,3% (2009) e China 13,4% (2010), no Brasil a média de investimento registrou 1,26%² ao ano no mesmo período. Em 2017 o país investiu 1,69% do PIB em infraestrutura, conforme dados do IPEA³ - distante da trajetória seguida de investimentos por países de renda média.

Embora o total de investimentos em números impressione, em comparação com o Produto Interno Bruto - PIB, percentualmente investe-se pouco em infraestrutura no país. Em que pese nos últimos 10 anos se registrar uma queda da desigualdade da renda no Brasil⁴, há um déficit crescente de investimentos em infraestrutura no país. O Banco Mundial estima que o Brasil precisasse investir 4,7% do seu PIB para se igualar a média mundial⁵. Nota-se que o Brasil se movimenta a passos lentos, porém a necessidade de crescimento e desenvolvimento em infraestrutura gera desafios crescentes em magnitude.

¹ Para o Banco Mundial, infraestrutura econômica abrange os principais setores que subsidiam a produção e os domicílios em uma região, a saber: fornecimento de água, energia, saneamento, transporte e telecomunicações e, algumas vezes, os setores de habitação e hidrocarboneto. STRAUB, S. Infrastructure and growth in developing countries: recent advances and research challenges. World Bank, Jan. 2008 (Policy Research Working Paper, n. 4460). Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/349701468138569134/pdf/wps4460.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

² Dados da Carta da Infraestrutura, que anualmente publica o mapa geral dos investimentos na área de infraestrutura no país. Fonte: InterB e Frischtack e Mourão (Ipea) Disponível em <http://www.interb.com.br/content/carta-de-infraestrutura>. Acesso em 29 ago. 2019.

³ De acordo com trabalhos realizados pelo IPEA o país deveria investir 4,15% do PIB nacional, por aproximadamente duas décadas, para conseguir modernizar sua infraestrutura. Disponível em: <http://www.interb.com.br/content/carta-de-infraestrutura>.

⁴ O estudo “Vinte Anos de Economia Brasileira 1995-2016”, do Centro de Estudos Brasil Século XXI. Brasília, 2017. Apesar de o Coeficiente de GINI, medida de desigualdade da renda em um país, esteja diminuindo a cada ano, ainda assim falta muito para o Brasil se tornar um país menos desigual. Acesso disponível em: <http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/vinte-anos-de-economia-brasileira-1994-2016-abril-2017-compressed.pdf>

⁵ STRAUB, Stéphane. Infrastructure and growth in developing countries: recent advances and research challenges. World Bank, Jan. 2008 (Policy Research Working Paper, n. 4460). Acesso disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/349701468138569134/pdf/wps4460.pdf>

O desajuste das contas públicas, os limites dos gastos públicos (segundo dados da Confederação Nacional das Industrias – CNI⁶, 90% das receitas da União estão comprometidas com gastos obrigatórios, restando apenas 10% da receita para investimentos públicos), a politização dos órgãos reguladores, a ausência de planejamento de médio e de longo prazo do Estado brasileiro, a alternância de chefes do Poder Executivo com imposição de ideologias diversas que elevam os riscos, a insegurança ao mercado e a ameaça de não continuidade dos contratos firmados em governos anteriores prejudicam não só a capacidade de investimento do Poder Público⁷, como também gera instabilidade jurídica, econômica, regulatória e política.

O fracasso do Estado como prestador de serviços públicos⁸ e a necessidade de atender as demandas crescentes dos cidadãos, trouxeram como desafio para o poder público a necessidade de viabilizar novas formas de investimento para execução de utilidades públicas⁹. Na medida em que os recursos públicos são cada vez mais escassos¹⁰, fomentar parcerias com a iniciativa privada para delegar

⁶ Sobre a insuficiência de recursos para investimento em infraestrutura no Brasil, vide estudo da CNI: Por que o Brasil investe pouco em infraestrutura? Acesso disponível em: https://www.radarnacional.com.br/wp-content/uploads/2016/01/PORQUEOBRASILINVESTESPOUCOEMINFRAESTRUTURA_vfinal.pdf

⁷ Lie aponta, ainda, outros problemas que afetam a iniciativa privada e a estabilidade de investimentos em infraestrutura no Brasil, como a necessidade de aprimoramento normativo, o risco institucional e regulatório, a ausência de mecanismos redutores de prêmio e asseguratórios do retorno do investimento em concessões. CARMO, Lie Uema. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina. São Paulo. 2019. P. 36.

⁸ Sabel, ao analisar o estado holandês, aponta que entre os políticos e os autos escalões do serviço civil há um entendimento que o governo fracassa nas tarefas de fornecimento de bens e serviço públicos porque tenta resolver muitos problemas públicos diretamente - e muitas vezes com métodos rígidos e burocráticos. Como resposta a esse fato, ele analisa duas soluções: a primeira, mais ideal, seria o estabelecimento de metas concretas, reconfigurando a ideia de agente principal e empoderando a sociedade civil. A segunda análise é a proposta de uma nova classe de organização experimentalista em rede que assume a provisionalidade de seus objetivos. Sugere então que, na medida em que os defeitos na provisão de bens públicos estão no centro do déficit democrático da Holanda, as instituições experimentalistas estão no centro da solução. SABEL, Charles F. Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalism Organizations, Learning and Accountability. WWR. Acesso disponível em:

[HTTPS://VIEW.OFFICEAPPS.LIVE.COM/OP/VIEW.ASPX?SRC=HTTP%3A%2F%2FWWW2.LAW.COLUMBIA.EDU%2FSABEL%2FPAPERS%2FSABEL.DEFINITIEF.DOC..](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww2.law.columbia.edu%2FSABEL%2FPAPERS%2FSABEL.DEFINITIEF.DOC..)

⁹ Trata-se de fenômeno de recomposição e de requalificação do papel do estado, a partir de movimentos de reforma do aparelho do estado que ocorreu nas décadas de oitenta e noventa, em razão dos processos de desestatização e do desenvolvimento da função de regulação estatal. REQUI, Érica Miranda dos Santos. A contratação de concessões e parcerias público-privadas por consórcios públicos. Tratado de Parcerias Público-Privadas – Teoria e Prática. CARVALHO, Bruno Eustáquio Ferreira de Castro (coord). 2019. Ed CEEJ. Rio de Janeiro. p. 274

¹⁰ O Estado, ao decidir prestar um serviço diretamente e alocar recursos públicos ou delegar a um particular para prestar o serviço por meio de aportes de capital privado, coloca luz nas escolhas estatais excludentes.

atribuições públicas por meio das concessões de serviços públicos foi a maneira encontrada para manter o desenvolvimento em infraestrutura¹¹ no Brasil e fomentar a melhoria das condições socioeconômicas dos estados nacionais.

Os investimentos em infraestrutura são determinantes para o desenvolvimento socioeconômico de um país. Manter ou aumentar esses investimentos reflete não apenas o desenvolvimento de uma nação, mas também a capacidade do país de resiliência, sustentabilidade de suas ações e sua competitividade para o mercado internacional. Na acepção do Banco Mundial, infraestrutura é definida como um conjunto de estruturas de engenharia e instalações que fornecem sustentáculo para prestação de serviços estruturais para o desenvolvimento produtivo e social de uma nação¹².

Até o surgimento de parcerias entre governo e iniciativa privada, era o Estado que tradicionalmente se apresentava como o responsável pelo fornecimento, desenvolvimento e execução de projetos de infraestrutura no Brasil. Era de responsabilidade estatal a obrigação de prestar serviços públicos, arcar com elevados custos de investimentos financeiros e prestar contas. Com o surgimento das parcerias entre poder público e particulares, se transferiu a execução dos projetos de infraestrutura para a iniciativa privada, mais ainda, essas parcerias foram e são uma importante ferramenta para o Estado melhor gerir suas contas públicas e orçamentárias. Devido à importância desses contratos e da relação entre pessoas e

¹¹ Paiva aponta que o Estado tinha poucas condições de aumentar, pelas vias tradicionais, a quantidade de recurso disponível para ampliar o investimento em infraestrutura e em provisão de serviços públicos. Porém, a demanda dos cidadãos por mais serviços públicos e por mais qualidade desses serviços estava aumentando, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que proporcionou um aumento considerável por direitos sociais. Era necessário encontrar alternativas para o aumento de investimentos em infraestrutura e provisão de qualidade de serviços públicos, sendo uma das soluções a delegação de serviços públicos para particulares. PAIVA, Daniel Eustáquio Pimenta e. *Elaboração e cumprimento dos contratos de Parceria público-privada: comportamento oportunista e falhas na execução dos contratos*. PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. São Paulo: Ed Saraiva, 2013, p.302.

¹² RAISER *te al.*, 2017. *De Volta ao Planejamento: Como preencher a lacuna da infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade*. Relatório 117392-BR. Grupo Banco Mundial. Acesso disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/237341502458978189/pdf/117392-PORTUGUESE-PorBacktoPlanningFinal.pdf>

estado, o direito administrativo deixou de ser um ramo secundário e acessório para amadurecer e anunciar sua presença, parafraseando Entierria¹³.

Assim como o próprio direito administrativo sofreu mudanças, transformações e mutações os instrumentos firmados entre estado e particulares por meio dessas parcerias também sofreram mudanças. Dos contratos inicialmente firmados de concessão de serviço público na década de oitenta no Brasil para os contratos firmados nos dias atuais, houve progressivo avanço no entendimento do regime das concessões o que refletiu em novos instrumentos jurídicos que definem escolhas, custos, responsabilidades, riscos, investimentos, remuneração e procuram trazer novas formas de ajustes. Tais contratos administrativos relacionados a contratação de grandes obras e execução de serviços envolvem alta complexidade e longo tempo de maturação e de execução o que exige instrumentos capazes de preservar a segurança das relações jurídicas, minorar as externalidades negativas causadas por normas regulatórias *ex post*, busca definir um ponto ótimo e procura modelar o instrumento de forma a minorar os impactos de falhas de mercado.

Por se tratar de ajustes de longo prazo, os contratos dessas parcerias¹⁴ devem ser modulados pensando em investimentos presentes que geram retribuições futuras,

¹³ Conforme aponta Diogo Moreira, as mudanças, transformações ou mutações foram abordadas por diversos autores nacionais e internacionais e podem ser apontadas sob três aspectos que se inter-relacionam: o sociológico, o teórico e o metodológico.

Na abordagem sociológica, as transformações sofridas pelo direito administrativo são reflexos dos acontecimentos históricos que influem na vida em sociedade e nas instituições, demonstrando o novo contexto cultural das sociedades contemporâneas. A abordagem teórica demonstra a linha evolutiva da dogmática jurídica que abarca, cada vez mais, novos conceitos a nortear o direito administrativo - como a legitimidade, a licitude, a moralidade, a confiança - e que balizam a ação do estado. Por fim a abordagem metodológica, de maior relevância para o presente trabalho, se concentra nas mudanças ocorridas na forma de relacionamento entre estado e os administrados. Essa abordagem se caracteriza pelo estudo das aberturas formais como a processualidade administrativa. Aponta ainda que na linha da transparência, sobressai o avanço da processualidade administrativa, inclusive de admissão da processualidade aberta, em hipóteses de interesses difusos, interesses coletivos ou mesmo interesses individuais homogêneos, que possibilitam a abertura de processos administrativos mais amplos e céleres. Acesso disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=46>

¹⁴ Parcerias como conceito genérico de concessões de serviços públicos, bem como concessões qualificadas, parcerias público-privadas e outras formas. Menezes de Almeida ensina: "A criação de novos modelos de concessão, não necessariamente associados à prestação de serviços públicos, nem mesmo a exploração de bens públicos, mas a atividades caracterizadas como prestação de 'serviços ao Estado', demonstra esse caráter vanguardista que historicamente a concessão possui". ALMEIDA de, Fernando Dias Menezes. Contrato Administrativo. Ed. Quartier Latin do Brasil. 2012. São Paulo, p.264. Wald também menciona que, além de uma cultura da Administração em relação ao contrato de concessão, esse deve ser considerado como uma forma de parceria e colaboração entre o Estado e a iniciativa privada. Afirma não haver mais conflitos de interesse entre o concedente e o concessionário,

por uma determinada taxa projetada. Investimentos em infraestrutura demandam uma equação justa e clara sobre os riscos e o retorno do empreendimento, isso exige que os contratos suportem essa equação.

Os contratos concessionais não são uma relação jurídica bilateral feita no presente, mas sim um negócio jurídico bilateral e complexo com um universo de atores e relações multifacetadas presentes e futuras, assim é um grande desafio construir instrumentos que espelhem essas previsões¹⁵. Ressalta-se que o contrato concessional não coloca as partes em posições antagônicas, pois o interesse do poder concedente e do concessionário são convergentes, havendo sim uma relação de coordenação e cooperação entre ambos.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto -

O objeto da concessão apresenta, a um só tempo, um interesse público, correspondente à finalidade justificadora da delegação de uma atribuição sua, e um interesse privado. Embora movidos por finalidades distintas, concedente e concessionário convergem para atingir um objetivo comum: realizar um cometimento público¹⁶.

Se a taxa de juros é o preço pago por um capital por determinado período, a incerteza desse pagamento, as oscilações que refletem no negócio e a insegurança jurídica poderão aumentar exponencialmente a taxa para financiar tais investimentos e viabilizar esses projetos. Assim, contratos concessionais, na medida em que preveem relações complexas, devem conciliar as decisões, proteger os investimentos

mas um contrato de colaboração e parceria entre ambos, realizado de boa-fé para resolver dificuldades do mundo da incerteza e da descontinuidade, afim de restabelecer a eficiência. WALD, Arnold. Novos Aspectos da concessão de Obras e do seu financiamento. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Acesso disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:revista:1992;000472826>.

Hodiernamente, cada vez mais o Estado está realizando novas formas de parcerias para efetivar suas funções públicas. Podemos citar a Proposta de Manifestação de Interesse – PMI como o nascedouro de formas de parcerias inovadoras. Posteriormente, iremos citar as peculiaridades de um contrato de concessão que iniciou por meio de uma Proposta de Manifestação de Interesse da iniciativa privada, diminuindo para o Estado de São Paulo um custo anual de manutenção do imóvel em R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais), bem como o grupo vencedor da licitação ofereceu 200% de ágio de outorga. Além da outorga fixa, o valor de 1% de outorga variável. Acesso disponível em <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-de-sao-paulo-assina-contrato-de-concessao-do-complexo-pacaembu>.

¹⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 57

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. São Paulo, Ed. Fórum, 2016 1ª ed. p. 164

realizados pelos particulares e tutelar as expectativas patrimoniais das partes, com uma melhor alocação de riscos para a consecução da finalidade pública que justificou a contratação. Estes aspectos levam a algumas questões que precisam ser refletidas: Seria possível alocar os riscos e as obrigações de um contrato concessional de forma acabada e completa? É possível prever todas as circunstâncias que possam vir a impactar esse contrato? O custo para se apresentar um contrato completo e acabado com todas as condições de riscos descritas explicitamente e de forma exaustiva valeria a pena?

Por serem contratos atípicos, com longo tempo de maturação - aos quais sofrem interferências do mercado, de avanços tecnológicos, da demanda projetada, dos cidadãos-usuários¹⁷, política e regulatória - e por possuírem alta complexidade, pretende-se com esse ensaio realizar um estudo de caso em um contrato de concessão vigente à luz da teoria dos contratos incompletos. Para além das questões de base teórica, é intenção apresentar uma intercessão desses temas e apontar as saídas utilizadas pelos novos contratos concessionais para lidar com a incompletude contratual.¹⁸

O Brasil é um país continental e a integração nacional para transporte de pessoas e cargas é uma premissa básica para seu desenvolvimento, o que garante a competitividade do país¹⁹. O presente trabalho terá por foco a análise de um contrato

¹⁷ Nessa análise é necessário contextualizar o campo social desses contratos, não sendo possível afastar a sociedade que, em vários sentidos, existe previamente às escolhas contratuais. Ian Macneil aponta a importância da análise social dos contratos e demonstra que a finalidade primeira deles é exatamente o atendimento de sua função social. Para o autor, "seja pequena ou grande, toda a gama de normas sociais e políticas torna-se pertinente nas relações contratuais". MACNEIL, Ian. *Contracts: adjustment of long-term Economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, p. 888 (livre tradução). Em outro sentido, o fim maior de um contrato concessional é atender o interesse legítimo da sociedade. Para Fernando Araújo, o contrato é um instrumento maximizador de bem-estar. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Almedina, Coimbra, 2017. p. 45

¹⁸ Floriano afirma que a concessão como recurso do Poder Público para cumprir tarefas suas que não podem ser desempenhadas diretamente é instituto ancestral, utilizado desde há muito e talvez como instrumento jurídico anterior, mesmo ao surgimento do poder de polícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. São Paulo, Ed. Forum, 2016 1ª ed. p. 36

¹⁹ Apesar do Brasil ter avançado um degrau no ranking do Fórum Econômico Mundial que avalia a competitividade de 141 países, saímos da 72ª posição (2018) e pulamos para a 71ª colocação na lista de 2019. O país se mantém com baixa capacidade de sustentar e promover melhoria nas condições de vida da população, bem como baixa competitividade global. Quanto à competitividade enabling environment, quatro pilares são considerados: instituições, infraestrutura, adoção de TICs e estabilidade econômica. Quanto ao segundo pilar de infraestrutura o relatório aponta uma conectividade rodoviária de 76,1% (0 – 100 best) porém com uma qualidade das rodovias com nota 3 (1 – 7 best). Assim, comprova-se que a qualidade das rodovias no Brasil é inferior a 50% da média mundial. Dados disponível no Relatório The Global Competitiveness Report 2019, Word Economic

de concessão de infraestrutura de transportes. De outro ponto, o transporte de cargas possui cinco tipos de modais: aéreo, ferroviário, hidroviário, marítimo e rodoviário. Segundo dados da Confederação Nacional de Transportes - CNT²⁰ - o transporte rodoviário tem maior participação no transporte de cargas do país, ultrapassando 61% do total no contexto brasileiro por ano, logo a opção da análise recairá na apreciação de um contrato de concessão de rodovia.

A já citada pesquisa da CNT apontou que entre as 100 melhores rodovias do país, 21 foram concedidas e estão no Estado de São Paulo. Entre as melhores ligações rodoviárias do país, 10 delas passam pelo Estado e são rodovias concessionadas²¹, assim, a escolha do presente estudo recairá na análise de um contrato de concessão de rodovia no Estado de São Paulo.

Dessa forma, a escolha do contrato que se irá estudar recaiu sobre o Contrato de Concessão Qualificada da Rodovia Tamoios, para análise da tecnologia processual utilizada nesse instrumento a fim de resolver contingências durante sua execução. Com o escopo delimitado, sintetizou-se o presente trabalho em 4 capítulos.

No primeiro capítulo objetiva-se contextualizar a importância de uma concessão e as consequências econômicas, jurídicas e políticas. Se os recursos públicos são escassos, cabe ao governo efetuar as melhores escolhas para alocação eficiente deles, a partir da tomada de decisões reciprocamente excludentes. No segundo capítulo, aborda-se os custos de transação e a matriz de risco, passa-se por Coase que aponta duas premissas básicas do seu Teorema: a existência de custos de transação e a possibilidade de superação desses custos por meio de formas de organização contratual estipuladas pelas partes, o que hodiernamente se materializa na matriz de risco. No terceiro capítulo, parte-se para a teoria dos contratos incompletos, seus conceitos, a atualidade do tema e a adequação das características com os contratos concessionais. Se o grau de incompletude contratual pode derivar de diversas fontes, como: a assimetria de informação entre as partes contratantes, a

Forum. Committed to Improving the State of the World, p. 126 e ss. Acesso disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

²⁰ Anuário CNT do Transporte – Anuário Consolidado 2018. Acesso disponível em < <file:///C:/Users/Maristela/Downloads/PrincipaisDados.pdf>

²¹ Ibidem e Relatório Anual ABCR 2018. Acesso disponível em: <https://abcr.org.br/images/relatorio-anual-abcr-2018.pdf>

possibilidade de ocorrência de inobservância ou a inverificabilidade e a matriz de risco tratada no segundo capítulo não foi capaz de alocar todos os possíveis riscos em um contrato, a teoria dos contratos incompletos parte da premissa que a segurança contratual advém da certeza da mudança e assim o contrato incompleto traz a necessidade de prever regras para essa mudança. Apresenta-se, por fim a proceduralização como forma de suprimento da incompletude contratual. A proceduralização visa equalizar o poder de barganha das partes e projetar mecanismos para garantir a negociação de processos que gere externalidades positivas sem criar assimetrias, para que se possa dar segurança jurídica as partes do contrato. No quarto capítulo, é feito um estudo de caso por meio da análise do contrato da Rodovia Tamoios para verificar a aderência ou não das características desse contrato de concessão de serviço público as características dos contratos incompletos, bem como se houve previsão de cláusulas proceduralizando previamente procedimentos a serem tomados para solucionar a materialização de riscos não previstos no contrato. Por fim, chega-se a conclusão.

1. OS CONTRATOS CONCESSIONAIS

A concessão de serviços públicos traz a colaboração dos particulares para execução de tarefas para atender a finalidades de interesse público²². Egon Bockmann afirma que, em um momento de recursos escassos, somar a visão de direito administrativo com economia é necessário. Se a economia trata da administração de recursos (limitados) em vista das necessidades humanas (ilimitadas)²³ - e se tais recursos públicos estão cada vez mais escassos, cabe ao governo efetuar as melhores escolhas para alocação eficiente desses recursos, a partir da tomada de decisões reciprocamente excludentes²⁴. Nesse contexto, o poder estatal, ao firmar parcerias, estará efetuando a alocação dos recursos na forma que julgar mais prioritária.

Para o desenvolvimento de um país, não há dúvida que o déficit de infraestrutura é tão perigoso quanto a existência de déficit público na economia²⁵. Ambos exigem, por parte do governo, medidas rápidas a fim de se restabelecer a

²² Em um estado democrático de direito, a concessão da prestação de um serviço público envolve não apenas a decisão unilateral do Estado de delega-lo, mas exige a manifestação, a intervenção e a satisfação do interesse da comunidade. O total cumprimento do objetivo da concessão se perfaz no atendimento digno ao usuário do serviço, por isso a concessão está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para Justen Filho, o serviço público é uma atividade administrativa que produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como de interesses transindividuais (coletivos ou difusos), numa atuação comissiva como instrumento de satisfação direta e imediata de direitos fundamentais relacionados à dignidade humana. Assim, o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades públicas, não sendo o único modo de satisfazer os direitos fundamentais, mas apenas um dos modos de satisfazê-lo. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Revista dos Tribunais, 12^a ed. 2016, p. 550.

²³ “Na medida em que verbas públicas são escassas, a opção por captar recursos no setor empresarial deve ser levada a sério”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, p. 36. A total presença do Estado na sociedade, sem margem para iniciativa privada, produz a ausência de democracia e cria o totalitarismo. A completa ausência de Estado na sociedade produz a falta de democracia. Portanto, um Estado que deseja se manter democrático, se não dispor de todos os recursos humanos e materiais necessários para executar suas funções, precisa de um modelo político institucional que consagre princípios da propriedade privada e meios para que particulares colaborem com a satisfação das necessidades públicas e com o cumprimento das funções de governo.

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre Recursos Escassos – Raciocínio jurídico e economia. In: Direito Sociais: teoria e prática. São Paulo, Método, 2006, p. 265-303.

²⁵ WALD, Arnold. Novos Aspectos da concessão de Obras e do seu financiamento. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1992;000472826>. Acesso em: 25 ou. 2019.

eficiência, o desenvolvimento e o crescimento do país. A retomada do desenvolvimento deve ser acompanhada da retomada da infraestrutura de um país.

Pires e Piccinni afirmam:

A substituição do Estado pela iniciativa privada na operação dos setores de infra-estrutura vem exigindo o desenvolvimento de novos marcos regulatórios para garantir os investimentos necessários, promover o bem-estar dos consumidores e usuários e aumentar a eficiência econômica.²⁶

A visão de que novos ajustes exigem novas formas de contratos para que esses instrumentos promovam o bem estar dos cidadãos e aumentem a eficiência econômica foi, de forma primorosa, apontada por Jorge Caldeira. Ao analisar cinco séculos de pessoas, costumes e governos no país, o autor analisa 500 anos de história brasileira e vislumbra “A necessidade de adotar outro modo de análise quando se trata de explicar um novo problema [...]”²⁷. A partir dessa premissa - e com base em números econométricos – Caldeira demonstra uma nova versão para fatos históricos e reinterpreta a “História da Riqueza no Brasil”.

De forma fluídica, acrescenta a análise de resultados na produção da riqueza, o contexto social - em especial, os costumes e os governos nacionais. Dentre seus achados, demonstra que a Coroa portuguesa, preocupada em recolher tributos e manter privilégios, tem grande influência na Capitania Carioca e forte regulação, privilegiando os interesses do rei, o que por vezes levou ao descumprimento dos ajustes contratados entre governo e particulares. Ao passo que nas demais capitanias, onde o interesse do rei não alcançava, os ajustes foram conduzidos conforme seus costumes, suas próprias normatizações e seus ajustes comerciais, dentre essas, a Vila de São Vicente (futuro Estado de São Paulo).

Em que pese no século XVII os contratos serem ajustes não escritos²⁸, como havia pouco influência e quase nenhum interesse da Coroa portuguesa na Vila

²⁶ PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. Acesso em 05-07;2019 disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11578/3/A%20Economia%20Brasileira%20nos%20Anos%2090_A%20Regula%c3%a7%c3%a3o%20dos%20Setores%20de%20Infra-estrutura%20no%20Brasil_P.pdf

²⁷ CALDEIRA, Jorge. História da Riqueza no Brasil: Cinco séculos de pessoas, costumes e governos. 2017, Rio de Janeiro: Estação Brasil, p. 14

²⁸ A Coroa portuguesa proibiu por muito tempo não só a educação em terras brasileiras, como a imprensa. Ibidem nota 39

Paulista, esses ajustes eram cumpridos e respeitados, o que gerou alto grau de desenvolvimento para a região. Caldeira, com maestria, demonstra de forma transversal que o desenvolvimento e a distribuição da riqueza em São Paulo ocorreu, dentre outros fatores, pelo cumprimento dos ajustes feitos entre seus cidadãos e desses com o governo pouco representativo.

Hodiernamente, Ulrich Beck faz uma análise da sociedade para além da distribuição da riqueza. Segundo o autor, a história social começa a convergir para uma sociedade que distribui riscos e assim preconiza: “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos²⁹. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos”³⁰. A globalização, e a consequente sociedade do risco, parece ser um dos principais desafios da pós-modernidade. Ulrich Beck afirma que riscos, assim como riquezas, são objeto de distribuição³¹ ou ao menos deveriam ser.

Aborda-se tais autores pelo fato de o primeiro oferecer uma nova análise da colonização brasileira e, de modo transversal, demonstrar o impacto gerado pelo respeito aos contratos no desenvolvimento de uma região, no caso descrito o atual Estado de São Paulo. O segundo autor vai além da distribuição da riqueza e aponta para a distribuição de riscos entre pessoas e entidades públicas e privadas. Ao afirmar a necessidade de divisão dos riscos na complexidade da vida moderna exige do direito, da economia e das relações sociais uma nova abordagem, adequada à

²⁹ Com uma alusão a Colombo, o autor explica o conceito de risco no contexto em que escreve. “Quem – como Colombo- saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir, assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade, como a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear”. Porém, em análise a arquitetura social e a dinâmica política, argumenta cinco teses de riscos. BECK, Ulrich. Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. Ed. 34, 2011, Rio de Janeiro. p. 25 - 29.

³⁰ Ibidem nota 41, p. 23

³¹ Constatações de risco “Pressupõe uma colaboração para além das trincheiras de disciplinas, grupos comunais, empresas, administração, política, ou então – o que mais provável – acabam por explodir em meio a esses polos em definições contrapostas e lutas em tono de definições”. “A dimensionalidade do risco é, portanto, de saída reduzida à manuseabilidade técnica”. Beck tem por base uma análise globalizada de riscos civilizatórios – exemplificando por meios de externalidades a busca por lucro das empresas, a geração de poluição das indústrias, seguidos da consequente deteriorização da fauna e flora. P.35 O autor alerta para o chamado efeito bumerangue dos riscos, um efeito socialmente circular de ameaça de generalização dos riscos da modernização Ibidem nota 41, p. 27 – 34 e 44.

transversalidade das relações, que se retroalimenta de mecanismos de interação social³².

Não é possível imaginar sociedades e economias modernas sem a instituição de contratos. O contrato é um instituto que permeia todo o ordenamento jurídico, desde áreas tipicamente privadas – contratos de matrimônio, contratos de privacidade de dados - até áreas tipicamente públicas – contratos administrativos. Uma vez que a efetividade de um contrato está ligada a avaliação dos eventos que impactam sua execução - e por vezes esses eventos são imensuráveis, ou de mensuração complexa - verifica-se que a incompletude contratual está intrínseca nas contingências possíveis de ocorrência e nos riscos relevantes durante toda a vida do contrato.

Os contratos estáticos³³, onde ocorre a simples aquisição de um bem ou de um serviço pela Administração Pública, correspondem a um evento pontual e determinado³⁴. O ente estatal é o responsável por efetuar os aportes de recursos financeiros, por estipular as condições de execução, o objeto, os prazos, os insumos e a assumir todos os riscos do empreendimento³⁵. São contratos de simples

³² Para Macneil, o Novo Contrato Social estabelece três classes de normas contratuais: normas contratuais comuns, normas discretas e normas relacionais. E afirma "(...) se alguém acredita, como eu, que normas e valores não podem ser sensatamente discutidos em qualquer sentido final ou global fora de um determinado contexto histórico³²". Demonstra que não apenas a lei, mas o contrato deve ser analisado no contexto que foi firmado e, quando de sua execução, deverá ser analisado no tempo que está sendo aplicado. MACNEIL, Ian R., Values in Contract: Internal and External, 1983, V. 78, n 2, p. 347 tradução livre. Acesso disponível em: <http://alliancecontractingelectronjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Campbell-D.-2004-%E2%80%99lan-Macneil-and-the-Relational-Theory-of-Contract%E2%80%99.pdf>. O autor defende a análise das relações contratuais dentro do contexto histórico e constrói um novo elemento para o discurso contratual – a sociedade – que existe previamente às escolhas individuais ou constitucionais democráticas do Estado. Assim, os propósitos da ação econômica estão profundamente inseridos no campo social. O autor, em sua análise, dá ênfase às normas de solidariedade e reciprocidade. Em particular nesse ponto, sua obra se aproxima de Durkheim, com ênfase dada às normas de solidariedade e reciprocidade, o que ele chama de "solidariedade orgânica", que podem surgir de relações continuadas. GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil and the discovery of solidarity and power in contract law. (tradução) LUDWING, Marcos de Campos. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder. Revista de Direito da FGV, São Paulo, 2007, v.3, nº1, p. 187 – 201.

³³ O que os difere é o regime jurídico aplicável: contratos privados praticados pela Administração Pública – contratos de seguro e locação - e contratos administrativos propriamente ditos. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos. Dialética. São Paulo, 2003, p. 159.

³⁴ Egon chama os contratos administrativos tradicionais de contratos de desembolso. MOREIRA, Egon Bockmann. O Contratos administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. Estudos de Contratação Pública IV. Ed. Coimbra. Coimbra. 2013, p. 12.

³⁵ São contratos administrativos singelos na concepção tradicional, com previsão de pactos de desembolso onde a Administração contratante efetua o pagamento de contratos menos complexos, com curta duração, tipicamente bilaterais, comutativos e sinalagmáticos, cuja receita advém de pagamento da própria Administração, com regras rígidas e pré-fixadas e mapeamento ex ante dos riscos capazes de interferir nos contratos. Mesmo sendo um contrato pontual, Sundfles aponta para a enorme importância do poder de contratar do Estado, pois, ao efetuar contratações públicas, direciona

execução. Diferem dos contratos tradicionais de concessão de serviço público³⁶, pois nesses o serviço é concedido para que o particular explore, efetue o aporte de recursos financeiros necessários e assumam riscos³⁷.

A modelagem ou estruturação dos contratos de concessão é uma etapa importante do projeto, pois é por meio desse instrumento que serão executados os serviços, cobrados os preços, exigidas as contrapartidas e fiscalizada a execução do objeto do contratado. Para se chegar a um ponto ideal o contrato deve buscar o equilíbrio entre o atendimento do interesse público sem olvidar da necessária atratividade do projeto para o setor privado.

Marçal afirma que a concessão não é apenas um instrumento de conciliação de interesses, e nem apenas um meio de solução concreta de problemas imediatos exclusivos da Administração Pública, mas “trata-se de instrumento destinado a satisfazer interesses sociais, colocados ao cuidado do Estado, mas com atenta e relevante tutela aos interesses coletivos não estatais, inclusive os da iniciativa privada empresarial”³⁸. Sob o prisma jurídico o contrato de concessão de serviço público é associativo, negocial.

A relevância da decisão estatal de delegar um serviço traz consequências e implicações econômicas, jurídicas e políticas³⁹. Relevância políticas, pois o Estado

a economia e gera desenvolvimento. Por fim, o autor aponta: Nos anos 1990, com os programas de privatização, iniciou-se nova onda de leis federais em muitos setores – portos, energia, telecomunicações, petróleo, gás, saneamento, transporte etc, - sempre apostando nas contratações públicas”. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. Ed. Malheiros. 2ª edição, São Paulo. 2014. P.63. Em média, apenas as compras públicas de contratos administrativos tradicionais, sem contar os contratos de concessão de serviços públicos, representaram 7,86% da RCL no período 2007 a 2017 no país. No Período de janeiro de 2007 a dezembro de 2017, as compras do Governo Federal de Entes que utilizaram o Sistema Comprasnet, movimentaram mais de R\$ 510 bilhões, dados do Boletim de Compras Públicas. Acesso disponível em: <https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/pdf/boletim-de-compras-publicas.pdf>

³⁶ “ [...] o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos de longo prazo tem racionalidade absolutamente distinta daquela dos contratos de desempenho com prazo curto”. MOREIRA, Egon Bockmann. Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro. Ed Forum, 2ª ed., 2019, p. 98

³⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato – supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. Ed. Malheiros. São Paulo, 2011. Quando a opção da iniciativa privada é ser remunerada pela execução de serviços públicos, os riscos ordinários relativos à execução desse contrato são assumidos pelo privado, os riscos do projeto, do negócio, o risco de demanda e outros. MOREIRA, Egon Bockmann. Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro. Ed Forum, 2ª ed., 2019, p. 26

³⁸ Ibidem p. 199. Couto e Silva afirma que o relevante para a definição de um contrato é o fim a que se dirige o vínculo. SILVA. Clóvis V. Do Couto. A Obrigação como Processo. ed. FGV. Rio de Janeiro. 2006. p.19.

³⁹ Ibidem p.201

reduzirá sua atuação direta e, por consequência, ao repassar a um particular a exploração do serviço, irá diminuir sua influência na comunidade. Sob o ângulo jurídico, devido ao longo prazo da pactuação, é necessário avaliar as questões jurídicas que possivelmente influenciarão na execução do contrato. Por fim, do ponto de vista econômico, a alocação de recursos privados modificará as características do sistema e será de extrema importância para a alocação de riscos.

Em outras palavras, o regime jurídico aplicável às concessões de serviços públicos permite a definição de políticas, o direcionamento de investimentos econômicos para determinados setores, estabelece prioridades e fixa formas de integração nacional e regional, delimitando vetores de crescimento nacional e externalidades positivas para a população. Sendo este um efetivo instrumento de efetivação de políticas públicas de longo prazo. A depender da modelagem utilizada nesses contratos, por meio das escolhas públicas exteriorizadas nos contratos concessionais, a materialização desses serviços pode efetivamente promover a distribuição de riqueza no país.

O planejamento da contratação deve considerar aspectos como a performance futura do ajuste e a necessidade de enfrentar um horizonte cognitivo variável, logo o fator risco passa a ser um elemento indissociável dos contratos de concessão. Dito em outros termos, o risco contratualmente partilhado entre os dois polos do contrato pode desvelar proposições ruinosas para os contratantes. O ângulo financeiro e econômico de um contrato concessional é de suma importância, bem como as normas jurídicas e os procedimentos legais previstos para que se mantenha o equilíbrio contratual durante a execução do contrato. É importante ainda que o contrato aponte como as partes devem agir caso se identifique o desequilíbrio contratual e, por fim, como devem promover o reequilíbrio da contratação.

Segundo Egon Bockmann nos contratos concessionais:

Assume(m) especial relevância a matriz de riscos; a base objetiva; o contrato como processo; a mutabilidade projetada em tempo longo; o equilíbrio dinâmico e prospectivo; a expectativa de rendimentos; a

lógica da amortização; as taxas de retorno de capital e, mais recentemente, a relicitação e prorrogação⁴⁰.

Marques lembra que, para além de ter natureza contratual, a concessão é um vínculo de composição de interesses e de vinculação da própria administração pública e do concessionário. O que leva a apresentar um carácter contratual em uma perspectiva que se distancia dos modelos contratuais tradicionais, tanto nos contratos tradicionais de direito privado como nos contratos tradicionais de direito público⁴¹. Assim, o autor ensina que o conteúdo normativo de uma concessão se localiza fundamentalmente nas normas contratuais, e não em um ou em diversos regimes legais.

Em suma, a relação concessionária, inicialmente concebida de modo unilateral, onde apenas a intenção do poder concedente prevalecia, sendo ele que decidia e concedia⁴², foi superada. Houve um breve período contratual de corte civilista, no qual o poder concedente e o concessionário efetuavam o acordo com base em um contrato sob o manto da lei civil⁴³. Posteriormente, passou-se para os contornos de um contrato de direito público – com cláusulas obrigacionais e outras mandatórias - até se chegar a configuração atual de um contrato complexo, multilateral, multifacetado, incompleto e até relacional de natureza regulatória⁴⁴.

O direito dos contratos pretendeu ser imune aos efeitos do tempo, porém, hodiernamente convive-se com vários tempos simultâneos e assimétricos, e não há

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 21.

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. São Paulo, Ed. Forum, 2016 1ª ed. p. 29 ss

⁴² Após a conflagração da primeira grande guerra mundial, o Conselho de Estado francês admitiu, nos contratos de concessão de serviço públicos, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias houvessem ocorrido e onerassem o contrato a ponto de impor a ruína econômica do devedor. Lei Failliot, de 21 de maio de 1918 consagrou o princípio da revisão. FONSECA, Arnaldo Medeiros. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Forense. 1958, 3ª ed. p. 14 ss.

⁴³ Sendo que o instituto do contrato não teve origem no direito público, mas sim no direito privado, caracterizando-se como um dos pilares da Teoria Geral do Direito Privado, a utilização da figura “contrato” em direito público exige cautela e adequação. Conforme afirma Lucia do Valle Figueiredo [...] é mister assinalar que as normas de direito privado também vão permear os contratos regidos pelo direito público. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Extinção dos Contratos Administrativos. Malheiros, São Paulo, 3 ed. 2002, p.21. Tereza Ancona afirma: “O direito privado continuará sempre e cada dia mais servindo aos interesses privados, mas não poderá, na sua operacionalização, prejudicar a coletividade e a promoção do ser humano”. Assim, o direito continuará a servir aos interesses da coletividade e a promoção do ser humano e não poderá, na sua operacionalização, prejudicar o particular. AGUIAR, Tereza Ancona; ROSADA Jr., Ruy. Contratos empresariais – Contratos de consumo e Atividade econômica. Série GVLaw, Ed. Saraiva, 1ª ed. p. 26.

⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. São Paulo, Ed. Forum, 2016 1ª ed. p. 62

qualquer imunidade a todas essas medidas extrajurídicas⁴⁵. Fato é que o Direito não se relaciona com um só tempo, o tempo do transcurso de prazo, mas também com o tempo das finanças, da política, da economia e das inovações tecnológicas⁴⁶.

Como esses contratos têm prazo médio 30 anos de execução, são instrumentos de governo que materializam políticas públicas por meio de escolhas de investimento que ultrapassam a dimensão do próprio mandato de um governante.⁴⁷ A repercussão dos efeitos desses contratos ser maior que o tempo de mandato do governante é vista como uma externalidade positiva, com possibilidade de planejamento de médio e longo prazo e estabilização social. Pode ser também uma externalidade negativa, quando os contratos são firmados sem mecanismos de adequação ao tempo e todas suas variáveis. Para essas oscilações e possíveis alterações, o Direito Administrativo tradicional não oferece soluções.

Nas concessões, as abordagens jurídicas e econômicas são altamente convergentes e extensamente sobrepostas⁴⁸, as partes contratam para assegurar um mínimo de formalização, de consumação bilateral favorável, de cooperação⁴⁹, de

45 Aponta que antes esses contratos eram carregados de subjetividade e forte previsibilidade, salvo a teoria da imprevisão, fato príncipe e fato da Administração. “Havia só uma medida – a contratual - e uma só necessidade a ser satisfeita - o objeto contratual, tudo isso a gerar a correspondente estabilidade dos pactos MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. Estudos de Contratação Pública- IV. Ed. Coimbra. Coimbra.2013. p. 7

46 Ibidem. O autor descreve o tempo financeiro com um tempo ‘on-line’, sem limites, veloz, quase instantâneo, o que implica alta volatilidade dos fluxos financeiros e a erradicação das respectivas crises. Por sua vez, o tempo político é condicionado pela territorialidade das instituições e a calendários eleitorais, é mais lento e depende de interesses dos partidos políticos e de suas ambições eleitorais. Já o tempo econômico requer prazos longos, planejamento, projeções e estimativas, envolve longa maturação. A compreensão das várias dimensões do tempo precisa não apenas conviver com o tempo jurídico, mas sincronizar a condução das políticas públicas, muitas vezes implementadas por intermédio dos contratos administrativos.

47 Para além do calendário eleitoral ou orçamentário.

48 Conforme explicado por Fernando Araújo, apesar das convergências e sobreposições, alguns juristas se mantêm dispostos a guardarem as demarcações tradicionais das associadas à própria autonomia disciplinar da ciência jurídica, daí que, com um misto de sobranceira e desconfiança, se tenham multiplicado manifestações de hostilidade à “Law and Economics”. Sendo a dogmática jurídica apenas o mais recente episódio de já antiga tensão no seio da dogmática. Tensão entre moral e pendor social, fundamentos filosóficos e econômicos, visão deontológica e consequencialista ou procedimental e substantiva, autonomia ou eficiência nas relações contratuais. “A dualidade só não é perfeita porque a “Law and Economics” incorpora em si também a poderosa inspiração de um movimento de dissolução dogmática que pretende superar ambos os termos daquela polarização: o pragmatismo (...) e o realismo jurídico” ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 21

49 Para Wald, o contrato de concessão se caracterizou pela cooperação entre empresários e o Estado. O contrato de concessão deve ser considerado como uma forma de parceria e colaboração entre o Estado e a iniciativa privada. O autor afirma não haver mais conflitos de interesse entre o concedente e o concessionário, mas um contrato de colaboração e parceria entre ambos, realizado de boa-fé para resolver dificuldades do mundo da incerteza e da descontinuidade, WALD, Arnold. Novos Aspectos da

trocas incrementadoras de bem-estar de todos, como verdadeiros jogos de soma positivos⁵⁰.

Eros Grau, baseado na reflexão de Sartre e Althusser, ao expor sobre serviços públicos, afirma que, ao introduzir a atemporalidade no conceito, o próprio conceito se modifica⁵¹. Dessa forma, querer interpretar um contrato por meio de um conceito fixo fará surgir dificuldades multifacetadas, uma vez que não apenas no serviço público englobado no contrato, mas também nos cenários incertos e a própria sociedade estão sob a égide do tempo, se modificando. Alguns autores nomeiam essa necessária flexibilidade como mutação contratual⁵².

concessão de Obras e do seu financiamento. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Rtrib6-1994.jan-mar-1994. p. 583 – 585. Aragão, ao mencionar o conceito explorado por Alain Peyrefitte, a sociedade da confiança, sustenta a confiança nas instituições, que propicia o desenvolvimento das nações. PEYREFITTE, Alain. A Sociedade de Confiança, Trad. Cirlene Bittencourt. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. P. 419 e 448-450 Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. A lógica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos complexos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro : contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte. p. 37. Para Floriano a democracia deve assegurar o cumprimento das regras do jogo do mercado e do convívio social, porém: “O conteúdo democrático nesta acepção não interdita a mudança, mas a adstringe dentro de limites institucionais” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras, instrumentos de fortalecimento do Estado. Edição da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2003, p.38. “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estebelece entre eles um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.” SILVA, Clóvis V. De Couto. A obrigação como processo. FGV. Rio de Janeiro. 2006.

⁵⁰ Na teoria dos jogos um jogo de soma zero, quando uma ganha o outro perde. Já em um jogo de soma positiva o jogo se soma não zero, algumas combinações oferecem um ganho líquido para ambas as partes.

⁵¹ “O conceito é atemporal. Pode-se estudar como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo, nem, por consequência, a História, podem ser objeto de um conceito. Há aí uma contradição nos termos. Desde que introduz a temporalidade, deve-se considerar que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica”. GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 264-265.

⁵² “Conforme dito, contratos administrativos de longo prazo são necessários para a viabilização de projetos complexos e, bem por isso, devem ser capazes de dialogar com cenários futuros e incertos, adequando-se constantemente a novos desafios”. “A mutação contratual será legal e legítima se calçada no interesse público (...). Tais pressupostos são abertos, é bem verdade, mas assim o são porque sua função é justamente servir como baliza daquilo que somente a execução contratual e a incidência do tempo revelarão”. CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaela Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro : contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 284-285. Lie Uema afirma: A seleção prévia dos contratados com base em fatores outros que não somente o menor preço é tida como um diferencial da aliança (...) – só levadas em consideração características diversas, como confiabilidade, cooperação e flexibilidade do contratado”. CARMO, Lie Uema. Contrato de Construção de Grandes Obras. Coimbra, Almedina, 2019, p. 163. A Teoria dos Contratos Relacionais que o trabalho de Macneil apresentou e desenvolveu pouco influenciou a doutrina padrão contratual Entender a perspectiva que Macneil traz à interpretação dos contratos é entender o significado dos contratos de forma diferente. Ele traz um novo elemento para a relação contratual: a sociedade e o desenvolvimento de uma perspectiva relacional sobre a contratação. Assim como Macneil, Macaulay traz à superfície a

Os contratos concessionais são usados para regular serviços de portos, aeroportos, transporte rodoviário, saneamento, ferrovias, energia, petróleo e gás. Cada um desses distintos setores possui características próprias e peculiares, sendo impossível pretender uniformizá-los⁵³ ou sugerir modelagem comum. Significa dizer que, ao se apresentar uma modelagem de convergência e por vezes harmonização nesses contratos, isso não implica na uniformidade desses ajustes.

O tema das concessões reflete um instituto que segue em transformação e em constante reconfiguração, mantendo-se no curso evolutivo do ramo do direito administrativo.⁵⁴ Na atual quadra, os contratos inseridos nesse contexto para regular a atuação das partes devem trazer estruturas regulatórias que se encontram em permanente mutação e disciplinam relações multipolares que convergem para interesses variados e legítimos. Com o aumento do grau de importância desses contratos para a economia, aborda-se a seguir o contrato administrativo como instrumento de governo.

percepção de que o direito clássico descreve “transações descontínuas”. “A conquista de Macneil e Macaulay foi trazer as sociedades de contratação para o primeiro plano e, ao fazê-lo, mostrar que não se pode sequer começar a entender expectativas contratuais sem entender as condições sociais de sua gestação, modificação e extinção”. Em sua análise, porém, Macneil dá ênfase nas normas de solidariedade e reciprocidade. Já o enfoque de Macaulay nas relações contratuais contínuas é assimilar uma concepção geral de embate político. Para ele, nas relações contratuais as partes aparecem tanto como grupos sociais quanto como grupos de interesse político que procuram manipular estrategicamente instituições externas a fim de melhorar sua posição de negociação. GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil and the discovery of solidarity and power in contract law. (tradução) LUDWING, Marcos de Campos. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder. Revista de Direito da FGV, São Paulo, 2007, v.3, nº1, p. 192.

⁵³ Assim como Tushnet afirma que a globalização não implica em uniformização e se refere a ela como fenômeno de convergência e (por vezes) harmonização, mas não como uniformidade. TUSHNET, Mark V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, Harvard, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317766>

⁵⁴ Nas palavras sempre precisas de Marques Neto, o instituto jurídico das concessões influenciou o desenvolvimento do direito administrativo, impactando a configuração de vários institutos como os contratos administrativos e a responsabilidade do Estado, dentre outros. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Concessões, 2016, Ed. Forum, Belo Horizonte, p.26.

2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO E MATRIZ DE RISCO

A relação entre Estado e produção econômica é um fenômeno imanente do Estado Moderno.⁵⁵ Segundo afirma Joseph Stiglitz, de uma forma ou de outra nossas vidas são afetadas de inúmeras maneiras pelas atividades do governo.

Nascemos em hospitais subsidiados, quando não públicos... Muitos de nós recebemos uma educação pública [...]. Virtualmente todos nós, em algum momento de nossas vidas, recebemos dinheiro do governo, se estamos desempregados ou incapacitados; ou como aposentados; e todos nós nos beneficiamos dos serviços públicos.⁵⁶

Stigler, no artigo *Law or Economics* (1982), declara que no campo do direito e/ou da economia existe o B.C e o A.C, *Before Coase* e *After Coase*, nomeando o desdobramento dos estudos do citado autor como “Teorema de Coase”⁵⁷ e afirma:

Coase lembrou economistas e ensinou advogados que, em um mundo de intercâmbio por acordo e não por coerção, os custos e benefícios do acordo determinam o seu âmbito. [...] Há uma certa afinidade entre os dois movimentos do direito e da economia e a nova "economia política", embora os seus líderes estivessem a trabalhar de forma independente. [...]

O Teorema de Coase diz, em um primeiro passo, "esqueça a lei: olhe os custos e benefícios para ver como a vida econômica é conduzida". A lei tem uma influência na troca [...] mas tem um papel de apoio, não a liderança.⁵⁸

⁵⁵ DERANI, Cristiane. Privatização e Serviços Públicos – As ações do Estado na produção econômica. Max Limonad, 2002, São Paulo.

⁵⁶ STIGLITZ, Joseph. Economics of the public sector. 1986

⁵⁷ O termo “Law and Economics” foi criado após a publicação do artigo de Ronald Coase e Guido Calabresi em 1960. Coase foi ganhador do Prêmio Nobel de 1991 devido a sua virtuosa contribuição na área de microeconomia, especificamente pela teoria da firma, tendo como destaque dois de seus artigos: The Nature of the Firm (1937) e The Problem of Social Cost (1960). No artigo de 1937, Coase analisa as firmas como um fenômeno econômico e busca responder duas questões fundamentais: 1) por que as firmas existem 2) do que depende o tamanho das firmas. O autor afirma que as firmas existem em razão do custo de transação ser positivo. O artigo publicado em 1960 traz o problema do custo social, ele constrói sua análise a partir da relação entre custo de transação e direitos de propriedade, seu artigo exerceu grande influência na época. “A superação desses custos pode ser auxiliada pelo Direito, que tem a função de estabelecer as regras do jogo, regulando, por meio de instituições formais e informais, a atuação do agente de forma cooperativa, conforme defendido pelo Movimento da Nova Economia Institucional.” URYN, André. Alterações qualitativas em contratos de obra pública e a Teoria econômica dos contratos incompletos: é possível construir um avião em pleno voo. Dissertação de mestrado Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. p. 20.

⁵⁸ STIGLER, George J. Law or Economics? The Journal of Law & Economics, Vol. 35, No. 2 (Oct., 1992), pp. 455-468. Acesso em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Livre tradução.

A importância das ideias de Coase é demonstrar que a grande amplitude das soluções econômicas está condicionada pelo quadro institucional – contratual - que gera o mais elevado ou o mais baixo custo de transação⁵⁹. Os contratos refletem, no exercício da autonomia negocial das partes, declarações obrigacionais que impõem autorregramento aos contratantes.

Foi Coase, com a publicação do artigo intitulado A Natureza da Firma⁶⁰, que iniciou a ruptura da visão neoclássica que considerava os custos principais de uma organização como os custos de produção – insumos e produtos. O autor, para explicar a verticalização das organizações que produziam diversos tipos de produtos e insumos e dirigiam ao mercado o processo produtivo, identifica um custo que não pode ser negligenciado, o que ele chamou de custo de transação. Esse custo pode ser entendido como os custos de estipular cláusulas contratuais, de obter informações do negócio, do produto, da outra parte, o custo de negociar e de garantir o cumprimento dos contratos⁶¹.

Na dicção de Fernando Araújo:

Por exemplo, na Teoria do Contrato é possível um uso generoso da noção de “custos de transação”, fazendo-os corresponder a três causas principais: custos de redação do clausulado (custo de

⁵⁹ A concepção de transação para a economia é no sentido de que qualquer operação ajustada entre agentes econômicos difere da ideia de negócio jurídico, pois nessa concepção, a transação ocorre para prevenir ou encerrar um litígio, onde as partes efetuam mútuas concessões. Pode-se usar a ideia de custo de transação como forma de precificar incertezas e é essa acepção que interessa ao direito, uma vez que os agentes econômicos consideram os custos de transação envolvidos na análise e na tomada de decisão no que se refere ao bom resultado da operação, ou seja, da transação em si. Assim, a importância da Teoria de Coase é considerar, na análise de cada operação a ser celebrada por meio de um contrato, os custos de transação incorridos na operação. A Teoria de Coase focaliza duas vertentes teóricas, a primeira é a análise do desenvolvimento econômico sob o prisma de diferentes arranjos institucionais e o surgimento das firmas. A segunda focaliza as estruturas de governança e a Teoria dos Contratos, e é nessa que se insere a teoria dos custos de transação.

⁶⁰ COASE, Ronald. The Nature os Firm, 1937. Acesso disponível em: <http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>

⁶¹ PAIVA, Daniel Eustáquio Pimenta e. Elaboração e Cumprimento dos Contratos de Parceria público-privada: comportamento oportunista e falhas na execução dos contratos. PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) Cumprimento de Contratos e Razão de Estado. Ed Saraiva, 2013, p.315.

complexidade), custos de disciplina contratual e contingências imprevistas⁶².

O Teorema de Coase traz duas premissas básicas: a existência de custos de transação e a possibilidade de superação desses custos por meio de formas de organização contratual estipuladas pelas partes. É certo que a superação ou minimização desses custos pode ser auxiliada pelo Direito⁶³, porém, isso não significa exclusivamente contratos rígidos e acabados. Dessa forma o autor observa que existem custos para realizar transações de qualquer tipo e esses custos diferem da função da natureza da própria transação e do modo pelo qual a transação é organizada⁶³.

Oliver Williamson⁶⁴ *apud* Freitas e Ribeiro ensina:

[...] os “custos de transação” nos negócios jurídicos têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção, mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação, que são aqueles necessários a formação e maturação dos ajustes⁶⁵.

Tais custos podem se materializar na fase pré-contratual, antes da assinatura do instrumento, *ex ante*, e se exteriorizam nas seguintes formas: pela redação dada as cláusulas do contrato, pelas extensas negociações em busca de melhores condições para o ajuste, pela definição de garantias a fim de mitigar os riscos e outras. Os custos podem também se materializar na fase pós-contratual, *ex post*, e se

⁶² O autor aponta que, por fim, a principal fonte de ineficiências nas transações é a assimétrica distribuição de informação entre as partes envolvidas nas trocas. ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 198 e 199.

⁶³ *Ibidem* p. 199 ss

⁶⁴ Macedo Junior aponta para a distinção entre a análise dos custos de transação, ou “transaction cost analysis”, representada pelos autores como Williamson, Goldberg, Scott e Goetz, e outra apresentada por Macaulay, Campbell e Ian Macneil. A distinção é importante porque o enfoque básico do custo de transação reporta-se a estratégia de reduzir os custos nas relações contratuais. “A finalidade é, portanto, a de estabelecer estruturas de regulação (ou governo) das relações contratuais que representem o menor custo possível”. Já Macneil, apesar de ter escrito sobre o assunto, jamais explorou totalmente as diferenças entre as abordagens. A principal diferença relacionada aos custos de transação é qualitativa e refere-se ao fato de que “ (...) diversamente da “transaction cost analysis”, Macneil não vê as relações como elementos que geram custos de transação, mas antes como estruturas de facilitação da transação. Para Macneil, qualquer transação é inconcebível fora do contexto das relações que lhe são interna e essencialmente constitutivas”. MACEDO JR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. XX Max Limonad, 1998, p. 235 – 238.

⁶⁵ WILLIAMSON, Oliver. Economics of Organization> The Transaction Cost Approach. 1981.p.552 *Apud* FREITAS, RIBEIRO, *et al.*, 2019. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2ª.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 374.

exteriorizam durante a fiscalização da execução do contrato, na maturação das condições inicialmente acordadas, na possibilidade ou necessidade de renegociação das condições iniciais devido à ocorrência de fatos supervenientes e outros.

Conforme o Teorema de Coase, apenas se as partes conseguirem negociar um contrato em que, *ex ante*, consigam definir todas as condições iniciais adquiridas de poder de barganha e essas condições não afetarem o andamento da negociação, será possível chegar a um contrato eficiente. Se as partes conseguirem barganhar em condições de igualdade, com base em seus próprios interesses, e assim implementarem o contrato de forma eficaz, é que os resultados finais do contrato serão eficientes⁶⁶.

A tentativa de se criar um código rígido, binário e completo para um contrato onde todas as ações futuras⁶⁷ estejam expressas⁶⁸ com base em uma dicotomia permitido-proibido, legal-ilegal, certo-errado, com normas padronizadas, rígidas e clausuladas, têm-se mostrado ineficaz⁶⁹. A busca de um contrato completo⁷⁰, pronto

⁶⁶ A expressão contrato eficiente, ou resultado eficiente, diz respeito a situação de equilíbrio eficiente, no sentido de “Pareto”, onde uma das partes só poderá obter uma melhora marginal de sua utilidade caso a outra parte experimente uma piora marginal correspondente.

⁶⁷ “Tem que reconhecer-se a impossibilidade material de antever todas as soluções empresariais e econômicas para os problemas e as variações que se verificarão ao longo do prazo da concessão. Ou seja, a outorga deve incorporar a ideia da mutabilidade e adequação, evitando ao máximo consagrar soluções inflexíveis”. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos. Dialética. São Paulo, 2003, p. 200.

⁶⁸ Expressas no sentido de presentificada, termo cunhado por Ian Macneil.

⁶⁹ Sundfeld, ao comentar a lei de licitações, transferiu tudo para o plano legal: fixou, na minúcia, os procedimentos de contratação e partiu da premissa de que a boa contratação seria aquela resultante do cumprimento estrito de um conjunto de regras jurídicas, praticamente desconsiderando o elemento volitivo do momento da licitação. SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratação de Obra por emergência e seu controle. Em Contratações Públicas e seu controle. Malheiros, São Paulo, 2013. P. 159 ss. Paula Dallari analisa que a legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa não é garantia de lisura e nem de proteção ao cidadão, acrescenta-se a esse raciocínio que essa legislação pormenorizada também não garante o atendimento do interesse público, que é o objeto final de qualquer política pública e atuação estatal. BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo, Ed. Saraiva, 2006, 2ª tiragem. p. 22

⁷⁰ Cateb e Gallo conceituam contratos completos como aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades. Para cada estado da natureza futura, “não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delimitaria todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação” CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. Disponível acesso em: <http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>. Características de um contrato completo: i) as partes devem antever qualquer circunstância relevante e especificar todas as obrigações de fazer e as pecuniárias no contrato; ii) essas contingências devem estar descritas claramente; iii) devido a liberdade em contratar, ambas as partes devem estar satisfeitas com o previsto no ajuste; iv) deve ser possível as partes verificarem se os termos contratuais estão sendo cumpridos; e v) não deve haver nenhum incentivo contratual para renegociação.

e acabado, com informações simétricas, em um mundo idealmente equilibrado e com concorrência perfeita, é irreal.

Na acepção de Fernando Araújo, é passível traçar um paralelismo entre o ideário de contratos completos e o modelo econômico de Arrow-Debreu. O citado autor aponta as circunstâncias que ambos os conceitos compartilham:

- a “inexistência de custos de transação”;
- a racionalidade dos agentes;
- a informação perfeita e simétrica;
- a irrestrição das escolhas (salvo quanto à escassez);
- a ausência de externalidades.⁷¹

Diante da incompatibilidade estrutural entre a complexidade⁷² da sociedade contemporânea e a rigidez lógico-formal do direito positivo⁷³, diversos autores apresentam visões que validam a necessidade de interpretar as normas de outra forma⁷⁴. Busca-se a superação de velhas estruturas de ajustes voltados para a configuração jurídica clássica e tradicional de cláusulas completas e da visão de exploração mútua entre as partes contratantes, para uma nova interpretação dos contratos, uma mudança cultural⁷⁵ na forma de interpretação dos instrumentos, bem como cláusulas incompletas com hipóteses de geração de conhecimento⁷⁶ no próprio

⁷¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Almedina, Coimbra, p. 181.

⁷² Quanto maior a complexidade, maior o número de fatores externos que impactam na execução contratual.

⁷³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. XX Max Limonad, 1998, pg. 16

⁷⁴ Para David Charnyt “Regras abstratas não decidem casos concretos. CHARNYT, David. The new formalism in contact. Livre tradução. Acesso disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.com.br/&http_sredir=1&article=5048&context=uclrev>

⁷⁵ Lie Uema, ao descrever as vicissitudes que podem ocorrer em contratos de grandes obras, aponta para a tendência e necessidade do uso de relacionamentos colaborativos nesses contratos a fim de se distanciar de modos adversariais de trabalho e voltar-se para o desenvolvimento de relacionamentos baseados na confiança e no desenvolvimento de fluxos de comunicação bem estruturados, mas abertos. “Pretende-se pela parceria transformar a qualidade das relações, inserindo o uso de relacionamentos colaborativos, mais abertos, menos gerenciais e menos hierarquizados entre os atores do projeto”. CARMO, Lie Uema. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina. São Paulo. 2019. P.152.

⁷⁶ Um exemplo de protocolo de confiança é o chamado blockchain, tecnologia de registro distribuído que visa à descentralização como forma de segurar a geração de conhecimento e as informações. Lauder apud ABBUD foca sua análise na passagem de uma sociedade na qual o conhecimento social era centrado em organizações para uma sociedade que passa a gerar esse conhecimento através de redes. LAUDER, Karl-Heinz Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Mor Siebeck, Tubingen, 2013 em MAPELLI, Aline (org), Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade. Erechin, Deviant, 2018 p. 112 ss.

ajuste para que o contrato acompanhe a velocidade do mercado, o avanço da tecnologia e as variações do tempo e da sociedade.

O cerne da questão: se o futuro influencia a execução contratual, bem como o tempo – em suas variações econômica, financeira, jurídica, política, social e global, como prever uma proteção eficiente no conteúdo econômico dos contratos concessionais? Ou melhor, como prever uma matriz de risco eficiente e acabada?⁷⁷

Por serem contratos de longa maturação e longa execução, há uma incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas⁷⁸ - a modelagem desses instrumentos reflete uma opção de natureza regulatória do serviço⁷⁹. A identificação e a assunção dos riscos no contrato seguem como um ponto crítico no desenvolvimento dos modelos de concessão.

A matriz de risco compreende a identificação e alocação dos possíveis riscos que possam afetar o contrato. Deve-se não apenas identificar a probabilidade de determinado risco ocorrer, mas também alocar o risco para a parte que tenha melhor condição de administrá-lo⁸⁰.

Para Fernando Vernalha, quanto maior o detalhamento da matriz de risco, menores serão os espaços gerados para interpretações divergentes sobre a responsabilidade das partes. Em um mundo ideal onde tudo pudesse ser previsto, essa ideia de detalhamento exaustivo da matriz de risco diminuiria as disputas e

⁷⁷ Para Sundfeld, a Administração Pública falha ao supor ser possível fixar previamente uma política de contratação pública completa e acabada, que preveja todas as possibilidades de comportamentos dos agentes e seus resultados. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. Ed. Malheiros. 2ª edição, São Paulo. 2014.

⁷⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. XX Max Limonad, 1998, P. 159-160. A lógica do equilíbrio nesses contratos é próxima do raciocínio de um investimento financeiro⁷⁸ pois exige um desenho de fluxos de caixa projetados para décadas futuras e alocação de riscos eficiente.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos. Dialética. São Paulo, 2003, p.197.

⁸⁰ "(...) é possível promover dentro do contrato a partilha eficiente do risco, fazendo-o recair mais pesadamente sobre a parte com maior aptidão para suportá-lo, o *superior risk bearer*". ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 874-875.

litígios. Porém, o próprio autor chega a conclusão que é evidentemente impossível eliminar completamente a materialização de riscos não catalogados no contrato.⁸¹

Para Vernalha há limites para um detalhamento exaustivo dos riscos nos contratos. Nesse sentido, ele aponta os limites:

Em primeiro lugar há um limite alusivo ao conhecimento dos riscos (cognoscibilidade): é praticamente impossível esgotar o mapeamento de todos os riscos ou contingências futuras que possam atingir a execução do contrato. Em segundo lugar, há um limite econômico: se é verdade que a vagueza do contrato promove a ampliação dos custos transacionais, é verdade também que o detalhamento avançado dos riscos pode retratar custos altíssimos, porque os custos dos estudos dos riscos são geralmente bastantes onerosos, o que acaba gerando altos custos transacionais⁸².

Por fim, em sua análise, Vernalha levanta um importante ponto quanto da ineficiente alocação de riscos em um contrato de concessão e da ausência de procedimentos contratuais que supram tais lacunas. Ele preceitua que a conveniência de se alocar riscos de forma eficiente para orientar a estruturação de projetos de concessões e parcerias público-privadas, evitando que suas omissões e obscuridades em relação ao tema possam ampliar excessivamente a insegurança das partes e as chances de litígios, pode gerar, muitas vezes, o deslocamento do papel da alocação de riscos para o Poder Judiciário.

Assim, ante a impossibilidade de prever, antecipar, identificar e descrever respostas ótimas para eventos incertos e de descrever *ex ante* todas as obrigações necessárias para correta prestação do serviço público - por serem contratos multifacetados, as cláusulas devem ser testadas e adequadas para o contexto fático - é necessária uma metodologia que traga um desenho de contratos “maleáveis” e formas de suprir esses ajustes por meio de procedimentos. Conforme afirma Vernalha,

⁸¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio Econômico-financeiro nas Concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Egon Bockmann Moreira (coord) Tratado do Equilíbrio Econômico-financeiro. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101-102.

⁸² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Alocação de Riscos na PPP. Parcerias Público Privadas: Reflexão sobre os 10 anos da Lei 11.709 2004 Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Shwind (coord) 1ª ed., São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, p. 241.

a alocação total dos riscos em uma matriz é algo inviável e a ausência de previsão de um risco em determinado, em princípio deslocaria para o Poder Judiciário esse papel.

Se juridicamente não há como prever uma lista exaustiva de todos os riscos capazes ou possíveis de se realizarem, sendo impossível alocar a responsabilidade e apontar a forma que devem ser tratados riscos que não podem ser previstos *ex ante*, uma alternativa seria buscar um conceito econômico. Vale ressaltar que os conceitos econômicos são desenvolvidos em ambientes ideais, *ceteris paribus* - com tudo o mais constante. Como exemplo, aponta-se o modelo oferecido por Cooter e Ullen, que apresenta um método para determinar a adequação ou não de se dispor em um contrato determinado risco. Os autores apontam que se deve levar em conta a relação entre os custos de transação⁸³, designado como o custo de alocação de risco na hipótese de contratos concessionais, e o prejuízo multiplicado pela probabilidade de realmente ocorrer⁸⁴.

⁸³ Em linhas gerais, esse custo de transação diz respeito a todas as despesas associadas a determinada negociação que não estejam objetivamente inseridas no sistema de preço do referido contrato, ou cuja especificação e detalhamento da situação seja inviável, dadas às condições próprias do negócio ou o tempo de execução do contrato.

⁸⁴ COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: COSTA, Francisco Araújo, SANDER, Luiz Marcos. 5ªed. Porto Alegre: Bookam, 2010.

3. CONTRATOS INCOMPLETOS

A crescente complexidade da sociedade contemporânea, a transnacionalização dos mercados internos, o surgimento de uma sociedade de rede, as formas multifacetadas dos ajustes, a execução diferida no tempo, as condições de incerteza, o longo prazo, os mecanismos alocativos de incentivos e coerções e os diferentes poderes de barganha que compõem um contrato de concessão afetam o clausulado desses contratos.

Em que pese ser possível uma negociação exaustiva para se chegar a um contrato completo, a descrição exaustiva do objeto contratual, muitas vezes enumera contingências suscetíveis de interferirem na onerosidade do contrato de forma deficitária, define *standards* de cumprimento ou descumprimento contratual de maneira defeituosa e estabelece um quadro preventivo e sancionador ineficiente. Assim, na busca de um contrato mais completo, o tempo de esforço pode esbarrar na ponderação do custo-benefício de se continuar a negociar, mesmo sabendo que não será possível estipular todos os possíveis imprevistos. Será necessário, em determinado momento, ponderar sobre o custo de transação e optar por um inacabamento eficiente em um mundo imperfeito⁸⁵.

Ante a impossibilidade de prever o futuro, o custo da negociação⁸⁶ de um contrato complexo e diferido em termos de eficiência, o inacabamento pode ser aceito como uma deliberação assente numa ponderação de custos de contratos complexos⁸⁷.

⁸⁵ Vale diferenciar os conceitos de inacabamento e de ineficiência. Fernando Araújo afirma que, nos mais diversos contextos, o contrato incompleto pode ser a solução mais eficiente. p. 153. Um contrato com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado, o que o autor chama de: “acordos de princípio”, “*indefinite agreements*”, “*agreements to agree*” e “*agreements with open terms*” deixa soluções para serem encontradas posteriormente a sua assinatura, mesmo se for demarcado núcleo intangível de escolhas possíveis e escolhas vedadas. ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 183 - 184

⁸⁶ “A elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir”. ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 149.

⁸⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 148.

Oliver Hart⁸⁸, ao contextualizar o início do seu trabalho com Sanford Grossman, demonstra como seu pensamento evoluiu da análise do mercado para análise do contrato. A pergunta inicial de seu trabalho era: Quais os limites dos contratos e por que temos empresas? Porém, ao verificar que estavam pensando o problema de maneira errada, pois o analisava em termos de contratações completas, alterou sua linha de estudos para a incompletude contratual. Esse foi o início do que se tornaria a publicação: *Contratos Incompletos e propriedade: alguns pensamentos novos*.⁸⁹

Hart, baseado na literatura, descreve o contrato completo como o instrumento que contém tudo gravado, estipulado, rígido. Pode até haver restrições de incentivos decorrentes do risco moral ou de informações assimétricas, mas não há contingência de imprevistos. O autor afirma que os contratos reais não são assim, como os advogados perceberam há muito tempo⁹⁰.

Hart e Moore propõem um modelo alternativo, desenvolvendo a ideia de contratos incompletos com base na teoria do direito de propriedade⁹¹. Os autores afirmam que é restrita a abordagem usada na modelagem da maioria dos contratos em que a renegociação de um contrato incompleto sempre leva à eficiência *ex post*, e o foco está nas distorções *ex ante* investimentos. Assim, eles sugerem para um futuro trabalho ser útil ampliar tal abordagem para incluir alguns elementos novos, como os comportamentais⁹².

⁸⁸ HART, Oliver. *Incomplete Contracts and Control*. *American Economic Review* 2017, 107 (7): 1731-1751. Livro tradução. Acesso disponível em https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incomplete_contracts_and_control.pdf

⁸⁹ HART, Oliver; MOORE, John. *Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts*. Acesso disponível em <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontractsandownershipaer.pdf>

⁹⁰ *Ibidem* nota 82

⁹¹ Ver, por exemplo Sanford J. Grossman e Oliver D. Hart 1986; Hart e John Moore 1990. HART, Oliver, MOORE, John,. *Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts*. Livro tradução. Acesso disponível em:

<https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontractsandownershipaer.pdf>

⁹² Uma versão simples da teoria dos direitos de propriedade: eles consideram um comprador B, que requer um serviço S na data futura 1. Porém, quando as partes negociam o contrato, o fazem em momento incerto 0. Entre as datas 0 e 1, o comprador B faz um investimento específico de relacionamento, o que aumenta seu valor de recebimento do serviço. O valor de B excede o custo do vendedor S, então nem sempre são ganhos de comércio. Em um contrato ideal, se garante que esse ganho de comércio será realizado e que B investe eficientemente. Aprofundando na solução do problema apresentado, os autores sugerem analisar se fosse possível escrever um contrato na data 0, em que o os termos de troca antes de B investir fossem corrigidos para a data 1. Apresentam, ainda, uma segunda solução, na qual fosse possível alocar a propriedade dos ativos com os quais S trabalha para B. Pois mesmo na ausência de um contrato de longo prazo, isso fortalece a posição de negociação de B na data 1, pois B sempre terá a opção de substituir S por outra pessoa que poderá operar melhor

Porém, ao apresentarem um modelo alternativo de propriedade, Hart e Moore (2006) desenvolvem uma teoria da incompletude dos contratos, com base na ideia de que um contrato é o ponto de referência para os sentimentos-comportamentos das partes e que esses sentimentos de direito afetam o desenho contratual⁹³. Os autores assumem que, na data 0, o contrato serve como ponto de referência pelo senso dos direitos das partes. Na data 1, implicitamente, o contrato é considerado justo por ambas as partes, porque foi negociado sob condições competitivas previstas na data 0, mesmo que as partes concebam mecanismos inteligentes que superem o fato de que a natureza do comércio é incerta na data 0, mesmo se as partes alocarem o chamado poder de barganha para a data 1 e, ainda, mesmo que utilizem a premissa que as partes possuem informações simétricas em um mundo simétrico e que essas informações podem ser verificadas, o fato dessas premissas não serem utilizadas sugere que pode estar faltando algo de importante no modelo.⁹⁴

Fernando Araújo afirma que foi a teoria dos custos de transação que demonstrou ser possível, empiricamente, um contínuo de gradações intermediárias de complemento, influenciando a índole das transações contratuais.⁹⁵ O autor afirma que o grau de inacabamento contratual passa a ser objeto de uma escolha, da ponderação de custos marginais, que pode envolver custo de negociação, de informação, de não adaptação e de renegociação de um contrato. Bem como a escolha de benefícios marginais, que pode envolver a eliminação ou redução de

os ativos. Diante disso, B agora recebe uma fração maior de excedente ex post, o que fortalece os incentivos de investimento. Esse é o melhor exemplo de como alocar a propriedade de ativos que pode reduzir o subinvestimento e aumentar a eficiência. Mostrando a fragilidade desses modelos, Hart e Moore sugerem desenvolver modelos alternativos. Livre tradução. *Ibidem* nota 82

⁹³ Em semelhança a situação descrita entre B e S, mas sem investimentos não contratados. O comprador B deseja um serviço de um vendedor S na data 1. Uma “transformação fundamental” ocorre no sentido de Williamson (1985), existe concorrência perfeita na data 0, mas monopólio bilateral na data 1. Essa transformação pode ser o resultado de investimentos específicos de relacionamento, mas nesse caso, eles não são modelados. Livre tradução. *Ibidem* nota 82.

⁹⁴ Para os autores, o modelo pode ser criticado por outros motivos. A dependência de relacionamento incontrastável de investimentos específicos é um tanto insatisfatória porque, quase por definição, esses investimentos são difíceis de medir empiricamente. Também o pressuposto de que as partes sempre negociam resultados ex post eficientes usando pagamentos paralelos parece uma má descrição do que se passa por dentro da empresa. Tudo isso sugere que vale a pena tentar desenvolver modelos alternativos. Livre tradução. *Ibden*. Macneil cunhou o termo presentificação como sendo a forma de uma pessoa perceber o efeito do futuro no presente. Já na visão relacional, as convenções entre as partes do contrato não ficam congeladas no momento inicial do compromisso, mas se modificam com as circunstâncias.

⁹⁵ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica dos Contratos. Almedina, Coimbra, 2007, p. 160 e 161

problemas de oportunismo, e a diminuição da necessidade de renegociação pré-contratual.

A incompletude contratual pode derivar de diversas fontes, como:

1. assimetria de informação entre as partes contratantes,
2. a possibilidade de ocorrência de inobservância – deficiência na supervisão de condutas de uma parte sobre a outra, ou
3. a inverificabilidade – dificuldade de supervisão por um terceiro alheio a relação, tudo isso influencia o grau de incompletude ótimo de um contrato em que haverá a maximização das utilidades do ajuste.

A primeira fonte potencial de incompletude contratual, porém não a principal, é a assimetria de informação entre os agentes contratantes. É uma falha transacional ou falha de mercado derivada da diferença na apropriação, acesso e uso dessas informações relevantes para o ajuste. A parte que possui maior arcabouço de informação e conhecimento sobre o serviço ou o bem pode impactar a percepção do valor presente ou do valor futuro do contrato, bem como o próprio objeto do ajuste. Assim, as partes envolvidas em contratos complexos não conseguem disciplinar ações específicas, restando determinar indicadores que sinalizam o cumprimento ou não da conduta esperada pela outra parte⁹⁶.

A assimetria de informação caracteriza-se pelas diferenças de informações que cada uma das partes envolvidas em uma transação possuem. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando determinado serviço é dado para exploração privada como serviço público, sem antes ter sido explorado pelo Estado. Nessa situação o poder público faz o levantamento dos custos com base em projeções, mas não é capaz de colher, interpretar e compreender todas as informações relevantes sobre o objeto do contrato. Não é trivial adquirir todas essas informações, não apenas pelo alto custo, mas em especial por não estarem claramente disponíveis no mercado. Outro exemplo é mensurar o custo dos investimentos necessários e o lucro pretendido. Tais informações são importantes para se prever o fluxo de caixa futuro a ser obtido com

⁹⁶ Caso ocorra adoção de indicadores ambíguos, poderá existir erro no desenho de sistemas de incentivo.

a exploração do serviço, mas podem esbarrar no comportamento oportunista de uma das partes e ser difícil obtê-las.

A segunda fonte de incompletude diz respeito à racionalidade limitada das partes contratantes, que advém da impossibilidade real e concreta dos agentes econômicos envolvidos na transação conhecerem todas as alternativas disponíveis, bem como a precariedade em estimar a alocação dos riscos. Quaisquer que sejam as transações, a incerteza referente a eventos exógenos⁹⁷ relevantes, a incapacidade de as partes calcularem todas as consequências e o limite da cognição humana geram essa segunda fonte.

Uma terceira fonte de incompletude dos contratos diz respeito ao chamado oportunismo. Mesmo que seja possível superar a assimetria de informação e a racionalidade limitada dos agentes, a adoção de condutas oportunistas desviam o comportamento cooperativo⁹⁸ esperado nos contratos. O desenho equivocado do contrato, com sistemas de incentivos e limitações contratuais equivocadas, pode gerar ganhos extraordinários para uma das partes, que tenderá a agir de forma a capturar esses ganhos, pura e simplesmente por meio de uma estratégia deliberada de maximização de seus interesses.

⁹⁷ Rafael Freitas e Leonardo Ribeiro propõe separar o risco dos regulatórios endógenos nos contratos administrativos dos impactos regulatórios exógenos desses contratos. “De acordo com a categorização proposta, deve-se entender por impactos regulatórios endógenos aqueles inerentes à sua elaboração propriamente dita, ao passo que os impactos exógenos a tais contratos seriam os decorrentes de outras atividades administrativas, mas que também venham a operar efeitos sobre a modelagem e o cumprimento dos contratos”. FREITAS, Rafael Veras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o Impacto das Modulações regulatórias nos contratos da administração e o dever de coerência administrativa. PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) Cumprimento de Contratos e Razão de Estado. São Paulo: Ed Saraiva, 2013, p.374

⁹⁸ Como aponta Macedo Junior. “É importante notar, por fim, que a regulação jurídica da boa-fé e a ampliação de seu uso, a sua extensão e a sua importância constituem relevantes fatores de estímulo à criação e manutenção de relações de confiança - “trust”, solidariedade e cooperação. Nesse sentido, um arranjo jurídico institucional que a estimule estará criando condições para a expansão de tais relações sociais”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do consumidor. Max Limonad. 1998. P. 235.

Por fim, outra fonte de incompletude contratual diz respeito a elementos externos alheios ao controle das partes contratantes e externos à relação contratual ajustada: são as externalidades⁹⁹.

A segurança contratual advém da certeza da mudança¹⁰⁰, logo decorre de incompletude, das formas de readequação e da previsão da mutabilidade contratual a garantia da segurança jurídica¹⁰¹. A contratação exige a convivência aberta com o novo, assim é nesse inacabamento contratual que se fundamenta a teoria dos contratos incompletos. O desenvolvimento dos contratos caminha para temperar as abordagens, por meio da busca de alternativas institucionais que reconheçam as peculiaridades do ambiente institucional, adequando a modelagem dos ajustes aos casos específicos, de forma que evite rupturas abruptas quando da execução dos contratos.

Outra maneira de impactar os contratos é por meio de influxos regulatórios externos mais robustos. Porém, a falta de credibilidade das instituições e dos instrumentos regulatórios, que são completamente manejados conforme os interesses governamentais, cria embaraços aos investimentos, em especial os estrangeiros.

⁹⁹ Tidas como o custo ou benefício privado de determinada ação. Quando os custos públicos de certa ação privada são maiores que o custo privado dessa mesma ação, diz-se ser uma externalidade negativa.

¹⁰⁰ Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro : contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Forum.

¹⁰¹ O autor aponta para a importância da segurança jurídica nas contratações públicas para se manter o interesse dos particulares em contratar com o Estado. RIBEIRO, Maurício Portugal. 20 Anos da Lei de concessões, 10 Anos da Lei de PPPs- Viabilizando a implantação de melhorias e infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. p. 27 . Acesso disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/> . Beck aponta que a segurança jurídica absoluta é inalcançável. BECK, Ulrich *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. La Sociedad del Riesgo Global. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. P. 37

Fernando Araújo aponta, ainda, para o perigo no risco moral¹⁰² da chamada “relação de agência”¹⁰³, nos oportunismos às claras na situação de holdup¹⁰⁴ e na seleção adversa¹⁰⁵ de parceiros contratuais.

A resposta contratual para um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas com um contrato com inacabamento eficiente ante um mundo imperfeito é a materialização de uma modelagem que aponta para um procedimento a ser seguido. Sugere-se um acabamento contratual ótimo¹⁰⁶, que se distingue do acabamento total. O inacabamento pode ser fruto da insuficiência de ajuste quanto: fatores estruturais e exógenos impedem uma descrição perfeita das condutas das partes, fatores endógenos de inacabamento deliberado, que denotam uma vontade de incondicionamento das partes e fatores casuais frutos na inelasticidade das condições contratuais.¹⁰⁷

Fernando Araújo ensina:

Na medida em que, como vimos, a deliberação de inacabamento, mormente quando partilhada, é a opção por uma afectação *ex post* de danos, em detrimento de distribuição inicial de riscos, o problema

¹⁰² *Moral hazard* pode ocorrer em um contrato concessional quando, por exemplo, o poder concedente desenha o contrato, o concessionário adere, o nível de esforço previsto para prestação de serviço não é observável pelo principal – poder concedente, há baixa qualidade de burocracia – estado de natureza do agente principal que afeta o *out put* do concessionário, logo o concessionário atua em um nível de esforço baixo, com perda de eficiência caracterizando uma situação de *second best*. Levando em conta um contrato concessional, se o *out put* requerido não pode ser avaliado, se o controle do poder concedente é frágil -estado de natureza com baixa qualidade de burocracia e *enforcement* reduzido, serão reduzidos os incentivos do concessionário e esse despenderá o mínimo esforço para alcançar os resultados programados no contrato. O que gera um sub ótimo, ou um subjogo de equilíbrio perfeito. SZTAJN, Rachel. Sociedades e Contratos incompletos. Revista de Direito da Faculdade de São Paulo - USP. V. 101. 2006. p. 171 – 179. Acesso disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67703>

¹⁰³ “[...]“relação de Agência” a qual reclama, para ser eficiente, que o contrato previna as contingências, estabelecendo um mecanismo de equilíbrio entre incentivos e riscos que envolve uma escala de pagamentos mais ou menos rígida, suscetível de colocar a parte com poder sobre o desfecho contratual, numa situação de indiferença entre o acabamento e rejeição dos seus deveres contratuais”. ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Almedina, Coimbra, 2017. P. 153.

¹⁰⁴ É em situações de assimetria de informação entre as partes contratantes, que ensejam condutas oportunistas por meio de partes que optam por condutas não colaborativas, que pode ocorrer o fenômeno do holdup, no qual o poder de barganha está concentrado em uma das partes. Os efeitos dessa conduta oportunista levam ao aumento dos custos de transação.

¹⁰⁵ Seleção adversa ocorre quando os contratantes “selecionam” de maneira incorreta determinados bens e serviços no mercado. Este problema deriva do custo de acesso à informação, assim a escolha do produto ou serviço é feita de forma ineficiente. Difere do risco moral, pois nesse o risco se baseia nas ações dos agentes que podem ter determinados comportamentos de forma a aumentarem ou diminuir a probabilidade de ocorrência do aspecto em questão. *Ibidem* nota 91

¹⁰⁶ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Almedina, Coimbra, 2017. p. 151.

¹⁰⁷ *Ibidem* p. 161 e 162

acaba por alastrar ao domínio da interpretação do contrato e de integração das lacunas – razão pela qual se percebe o interesse da ordem jurídica pelo estabelecimento de balizas supletivas, que, promovendo a eficiência da auto-disciplina contratual, ao mesmo tempo travem essa repercussão para a frente.¹⁰⁸

Vale apresentar a visão de Goobo e Glehn, em uma análise prática do sucesso de um empreendimento de concessão qualificada e a correta avaliação de CapEx e de OpEx¹⁰⁹, seja pelo parceiro privado ou pelo parceiro público:

“[...] riscos são eventos prováveis e de impactos mensuráveis, dimensionados e avaliados probabilisticamente a partir de dados consistentes e informações metodologicamente fundamentadas. Eventos imensuráveis não constituem riscos, portanto, mas incertezas. Não há como contingenciar o imensurável razoavelmente”.¹¹⁰

A prática disseminada na década de 90, de que o parceiro privado assume a quase totalidade dos riscos de um contrato de concessão, onde a matriz de risco praticamente replicava os modelos da Lei Geral de Licitações, foi superada¹¹¹.

É nesse contexto que se passa a análise da proceduralização como forma de suprimento desse inacabamento contratual. Na procura de equalizar o poder de barganha das partes envolvidas e projetar mecanismos para garantir que a negociação de processos gere externalidades positivas sem criar assimetrias entre as partes, surge a proceduralização¹¹².

¹⁰⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Almedina, Coimbra, 2017. p. 174

¹⁰⁹ CapEx em inglês significa *Capital Expenditure* – ou seja, é a quantidade de recursos financeiros alocados para a compra de bens de capital. Esse é um recurso alocado no empreendimento e que gerará resultado ao longo do prazo da concessão, sendo amortizado. Já OpEx refere-se ao chamado *Operacional Expenditure* - ou também chamado *Reventure Expenditure*– são despesas operacionais, ou seja, gastos cotidianos voltados para o funcionamento do negócio. Nesses gastos podem estar incluídas despesas gerais, manutenção de equipamento, pagamentos de folha, despesas administrativas, serviços comerciais ou despesas tributárias. GLEHN, Ricardo von; GOBBO, Antonio. O impacto da alocação assimétrica de riscos de CapEX e OpEX no value-for money de Parcerias Público Privadas. In: Tratado de Parcerias Público-Privadas – Teoria e prática – Tomo VIII – Avaliando Riscos. Cord SAADI, Mário. Ed. CEEJ. Rio de Janeiro. 2019. p.266.

¹¹⁰ Ibidem p. 263.

¹¹¹ PELLEGRINI, Guilherme Martins. Riscos em visão ex post: apontamentos sobre a regulação do equilíbrio econômico-financeiro e a estruturação de contas vinculadas. Ibidem p. 237 ss

¹¹² Procedurar uma decisão ou uma interpretação do direito não levará ao decisionismo. Roberto Freitas Filho alerta que a utilização de técnicas legislativas de cláusulas gerais, apesar de ter crescido importância na teoria jurídica diminuir o fenômeno da crescente inflação legislativa e abarcar maior número de casos concretos, traz o risco de decisões marcadas por maior subjetivismo do aplicador do direito. “Um antídoto contra o arbítrio que o decisionismo enseja é a transparência das decisões.” FREITAS FILHO, Roberto. Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. 2009.

3.1 PROCEDURALIZAÇÃO

O antídoto para a crise do direito como consequência do aumento da complexidade social, a crise do direito regulatório e o surgimento de sociedades de plataformas traz a proceduralização como forma de assegurar a jurisdição constitucional um sofisticado mecanismo de enfrentamento, harmonização e uma nova forma de articular novas tecnologias, mudança e articulação global. Abboud afirma que “A proceduralização é tema transteórico, pois perpassa pela sociedade, filosofia, política, economia, até alcançar o direito”¹¹³.

Ante a necessidade premente de que as partes de um contrato, em especial um contrato de longa duração, dialoguem e desenvolvam um modelo processual que gere constante aprendizado e estabeleça meios de interligação, pontes entre a dimensão procedimental, o direito estatal e a complexidade social, faz-se necessário a existência de formas de inacabar o contrato sem afastar a segurança jurídica. Surge dessa interligação uma forma de regulação que foca essencialmente na cooperação entre Estado regulador e entes/pessoas reguladas, ou seja, no desenvolvimento de uma nova modelagem de comportamentos, uma modelagem regulatória com mecanismos projetados para garantir a negociação dos processos equalizando o poder de barganha das partes envolvidas.

A partir da proceduralização, as instituições públicas deixam de dar soluções materiais, pontuais e definitivas para temas complexos e passam a dar respostas procedurais flexíveis, que se mantêm abertas aos influxos de novas informações e descobertas. Na medida em que conflitos requerem definição de critérios e de procedimentos para serem apaziguados, pois sempre haverá uma gama de situações não previstas quando da assinatura dos contratos públicos. Assim, a existência de métodos de solução de controvérsias é central na manutenção da aliança firmada¹¹⁴.

¹¹³ em ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo, Autorregulação Regulada como modelo do Direito Proceduralizado, MAPELLI, Aline (org), Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade. Erechin, Deviant, 2018

¹¹⁴ Ao analisar em profundidade os contratos de grandes obras, Lie Uema aponta que a necessidade de métodos de solução de controvérsias nesses contratos não afronta a garantia constitucional do artigo 5º, XXV, da Constituição Federal. “É, na essência, uma forma de concretizar o *gain-share/pain-share*. Isso somente é factível retirando-se a possibilidade de haver uma situação do tipo “*win-lose*”, restando ou o “*win-win*” ou o “*lose-lose*””. Para a autora, as organizações não podem se dar ao luxo de usar o sistema judicial para resolver conflitos. Não apenas pelo alto custo, mas pelo custo do possível rompimento da relação comercial e da perda de oportunidade, logo os contratos de aliança buscam métodos para soluções de conflitos. Devendo ser superada a crença de que a letra fria do contrato é

Com a proceduralização, há recuo no desenvolvimento de regras rígidas e específicas para cada caso e uma ênfase no desenvolvimento de um ferramental contemporâneo, apto a mediar temas complexos não resolvidos pela linguagem tradicional por meio de mecanismos projetados para garantir a negociação entre as partes do contrato.

Nas situações em que a estabilidade estrutural é mais desejada do que o suporte disciplinador e sancionador, nas situações em que a funcionalização do ajuste é mais desejada do que a formalização perfeita, Guilherme Martins Pellegrini chama a atenção para necessidade de faseamento do processo de reequilíbrio contratual, ou seja, da necessidade de modelar ou de proceder o contrato para que ele aponte um procedimento para se chegar a uma solução, uma vez que o contrato não consegue prever de forma objetiva todas as futuras situações que interferirão em sua execução.¹¹⁵

Breves considerações para contextualizar o próximo capítulo. A clássica ideia de que o risco da concessão é inteiramente do parceiro privado se demonstrou inviável, injusta e irreal. Aragão defende que “Em sede doutrinária (Direito dos Serviços Públicos, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense), com efeito, já sustentamos ser perfeitamente possível (e até mesmo recomendável no Direito brasileiro) a adoção de mecanismos de divisão de riscos e de ajustes de tarifas ao longo do tempo, dinâmicos, distintos dos tradicionais (álea extraordinária integralmente do Estado, álea ordinária integralmente do concessionário)”¹¹⁶.

Portugal Ribeiro acena que o desdobramento prático da distribuição de riscos contratuais é o equilíbrio econômico-financeiro desses instrumentos, sendo um braço operacional do contrato¹¹⁷. Porém, Esteves Natal aponta que a redução de todas as condicionantes de um contrato na equação tarifária que se pretende ajustável durante

capaz de resolver todos os litígios. CARMO, Lie Uema. Contrato de Construção de Grandes Obras. Coimbra, Almedina, 2019, p 167 - 172.

¹¹⁵ PELLEGRINI, Guilherme Martins. Riscos em visão ex post: apontamentos sobre a regulação do equilíbrio econômico-financeiro e a estruturação de contas vinculadas. Ibdm p. 238.

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do equilíbrio econômico-financeiro : contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, p. 44

¹¹⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. 20 Anos da Lei de concessões, 10 Anos da Lei de PPPs- Viabilizando a implantação de melhorias e infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social. p. 27 . Acesso disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>

todo o longo prazo de execução dos contratos concessionais é capaz de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro desse contrato, uma precariedade evidente, porém inescapável¹¹⁸.

Os apontamentos a seguir expostos, em referência ao contrato de concessão patrocinada da Rodovia Tamoios, têm a intenção de demonstrar, em primeiro lugar, a superação da visão clássica de que o risco é inteiramente responsabilidade do parceiro privado. Em segundo lugar, como amplamente defendido pela literatura nacional, a alocação de risco deve ser eficiente, de maneira que deverá ser dada à parte com mais condições de gerenciar sua ocorrência e à parte com mais condições de mitigar suas consequências. Por fim, diante da impossibilidade, conforme amplamente demonstrado no texto, de se prever contratos completos, os contratos concessionais incompletos trazem mecanismos de modelagem de procedimentos para restabelecer o equilíbrio contratado entre as partes¹¹⁹. Com essa visão, passa-se à análise do contrato da Rodovia Tamoios.

¹¹⁸ Por óbvio que o parceiro privado contrata com base na expectativa de lucro que espera receber pela execução desse contrato, porém, reduzir a complexidade dos ajustes concessionais à adoção de uma tarifa que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é reduzir a importância das externalidades geradas pela execução dos serviços que, se espera, sejam entregues. A universalização da cobertura de um serviço adequado, a continuidade e a qualidade na prestação desse serviço, a possibilidade de alocação dos recursos para prestação de outro serviço priorizado pelo Estado, o desenvolvimento do entorno e outras variáveis são externalidades positivas que a execução do contrato transversalmente impacta. NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. Acesso disponível em <https://pt.scribd.com/document/89707606/a-Teoria-Dos-Contratos-Incompletos-e-a-Natural-Incompletude-Do-Contrato-de-Concessao-bol>

Já Rooco ensina: “que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per se, não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal [...]” ROCCO, Enzo. O Contrato. Almedina. 2009, p. 23

¹¹⁹ Rosella Cavallo Borgia Apud Lie Carmo menciona a integração da dinâmica de fatores externos ao contrato de construção: “(...) a sempre maior especialização das prestações requeridas, a crescente interdisciplinaridade subsequente e a necessidade de desenvolvimento tecnológico constante provocam uma ininterrupta e progressiva variação do conteúdo contratual sempre muito articulado e integrado” CARMO, Lie Uema. Contratos de Construção de Grandes Obras. Almedina. São Paulo. 2019. P. 188

4. ESTUDO DE CASO¹²⁰

Em um contexto macro, o contrato da concessão patrocinada visa viabilizar projetos de infraestrutura incapazes de se autosustentar financeiramente. Por meio dessas parcerias público-privadas, busca-se maximizar ganhos de eficiência, atribuir ao parceiro público a tarefa de regular o serviço, controlar sua qualidade e fiscalizar a execução, transferindo para o parceiro privado a obrigação de prestar o serviço de forma adequada.

Em 2014, foi lançado edital de concorrência internacional para a concessão patrocinada da chamada Rodovia Tamoios¹²¹, com prazo de vigência de 30 anos e valor estimado em R\$ 3.906.334.654,07 (três bilhões, novecentos e seis milhões, trezentos e trinta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e sete centavos)¹²². A concessão foi realizada para prestação de serviços públicos de operação e manutenção de trecho da rodovia SP 099, entre os quilômetros (km)11+500 km e 83+400km, das SPAS 032/099,033/099,035/099 e 037/099 e dos contornos de Caraguatatuba e São Sebastião, bem como para a execução de obras civis no trecho entre os quilômetros 60+480 km e 82+000 km da rodovia SP 099. Contratada com Aporte de Recursos pelo Poder Concedente, no valor máximo de R\$ 2.185.333.702,04 (dois bilhões, cento e oitenta e cinco milhões, trezentos e trinta e

¹²⁰ A ideia inicial era efetuar análise tanto no contrato da Rodovia Tamoios quanto no contrato da Rodovia Nova Tamoios e fazer um paralelo entre eles. Como se constatou no site da DERSA – Desenvolvimento Rodoviário SA, empresa pública controlada pelo Governo do Estado de São Paulo, em que pese ser obrigada, pela Lei de Acesso à Informação, a disponibilizar todos os dados dos contratos públicos, não há nenhum documento referente a licitação da Rodovia Nova Tamoios - trecho Contorno. Acesso disponível em <http://www.dersa.sp.gov.br/empreendimentos/nova-tamoios/>. Por diversas vezes foi solicitado à DERSA-SP acesso a tais documentos, foram feitos recursos pela negativa de acesso e efetuadas novas solicitações. Porém, até o encerramento do presente trabalho, não houve recebimento de nenhuma documentação solicitada. Pelo acesso à mídia, foi possível acompanhar os acontecimentos de rescisão do contrato entre a DERSA e as empresas contratadas. Acesso disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/apos-gastos-de-quase-r-2-bi-dersa-rescinde-contratos-de-contornos-da-tamoios.shtml>

¹²¹ Concessão patrocinada é uma concessão qualificada de serviços públicos onde o parceiro privado, além de ser remunerado pelo valor da tarifa paga pelo usuário do serviço, também será remunerado por uma contraprestação do parceiro público. Todas as informações técnicas e legais expostas nesse capítulo foram pesquisadas nos documentos das licitações disponibilizados pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, lote 27, Concorrência 01- 2014 – Tamoios. Acesso disponível em <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22>

¹²² A Cláusula VII do Contrato traz- DO VALOR ESTIMADO 7.2. “O Valor Estimado do Contrato possui fins meramente referenciais, não podendo ser tomado, por qualquer das Partes, como base para a realização de recomposições do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato ou para qualquer outro fim que implique na utilização do Valor Estimado do Contrato como parâmetro para indenizações, ressarcimentos e afins. <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22> Contrato assinado, p. 30.

três mil, setecentos e dois reais e quatro centavos) à data base do mês de julho de 2013.

Ab initio aponta-se que o Poder Concedente dividiu a obra em 3 (três) trechos, a saber: Trecho Planalto¹²³, entregue pelo Poder Concedente em 2014, em que pese a previsão no contrato fosse para 2011. Trecho Serra, licitado e contratado – por meio do contrato que será aqui analisado de concessão qualificada - Parceria Público Privada¹²⁴ e Trecho Contornos¹²⁵, sob a responsabilidade do Poder Concedente até a conclusão das obras e entrega ao parceiro privado, fato que ainda não ocorreu.

O contrato a ser analisado diz respeito ao trecho Serra e traz, como obrigação, obras civis, a serem realizadas pela Concessionária, para a duplicação do Trecho de Serra da Rodovia SP 099, entre os quilômetros 60+480. A ampliação principal, a cargo da concessionária, ficou restrita às obras civis, a serem realizadas para duplicação do Trecho de Serra da Rodovia SP 099, entre os quilômetros 60+480 Km e 82+000 Km, que consiste na construção de nova pista ascendente¹²⁶.

Vale ressaltar que a nova modelagem utilizada no contrato da Rodovia Tamoios trouxe diversas melhorias e inovações para a lógica contratual, com uma incompletude contratual balisada por um procedimento claramente predefinido de soluções de conflitos e meios de incentivo. A nova tecnologia contratual a ser demonstrada não surgiu de uma hora para outra, mas foi acumulada com anos de aprendizagem, superação de desafios e um processo de amadurecimento das instituições.

Para ratificar o acima exposto e sendo relevante registrar, sobretudo para fins de aproximação da teoria à prática, apresenta-se uma comparação de alguns contratos concessionais firmados pelo Estado de São Paulo, por intermédio da

¹²³ 48,9 km entregues em 2014. Traçado de São José dos Campos a Paraibuna.

¹²⁴ A modalidade de concessão qualificada – Parceria Público Privada traz uma melhor divisão de riscos. Para Marçal Justen Filho, os contratos de concessão apresentam natureza organizacional, por ele se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando o desempenho de uma atividade de interesse comum entre as partes. “trata-se de um contrato plurilateral de cunho associativo”.

¹²⁵ Seriam 33,9 km, a princípio com previsão entre Caraguatatuba e São Sebastião. Não foram entregues. *Ibidem* nota 111

¹²⁶ Os Contornos Viários de Caraguatatuba e São Sebastião foram entregues ao Parceiro Privado pelo poder concedente quando da conclusão das obras de sua implantação pelo Poder Concedente. Conforme especificações constantes no Anexo VII do edital e no Contrato.

Secretaria Estadual de Logística e Transporte de São Paulo – SLT, na qualidade de interveniente anuente à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo– ARTESP e o Departamento de Estradas e Rodagem – DRE-SP.

O objetivo final é demonstrar a evolução da modelagem e em especial as alterações e inovações do contrato de concessão da Rodovia Tamoios. Para tanto, serão apresentadas tabelas com as principais informações de 7 diferentes contratos de concessão e comparados com o contrato de concessão da Rodovia Tamoios.

Na **tabela 1**, como exemplo, é apresentado um resumo dos Lotes que serão abordados a fim de comparação.

Tabela 1 – Resumo dos 7 contratos analisados + o contrato da Rodovia Tamoios

LOTE	RODOVIA	ANO DA CONCESSÃO	PRAZO	MODALIDADE	EDITAL
LOTE 1	AUTOBAN	1998	20 ANOS	Concessão de serviço público precedida de obra pública	EDITAL Concessão DER N 007-CIC-97
LOTE 3	TEBE	1998	20 ANOS	Concessão de serviço público precedida de obra pública	Contrato CR 001-1998. Edital DER N 13-CIC-97
LOTE 6	INTERVIAS	2000	20 ANOS	Concessão de serviço público precedida de obra pública	Contrato 011-CR-2000 Edital DER n 19-CI-98
LOTE 09	TRIANGULO DO SOL	1998	20 anos	Concessão de serviço público precedida de obra pública	Contrato n 006-CR-98 Edital DER n 14-CIC-97

LOTE 11	RENOVIAS	1998	20 ANOS	Concessão de serviço público precedida de obra pública	Contrato n 0004-98 Edital n 10-CIC-97
LOTE 13	COLINAS	2000	20 anos	Concessão de serviço público precedida de obra pública	Contrato 12-CR-2000, Edital DER n 17-CIC-97
LOTE 20	SPVIAS	2000	20 anos	Concessão de serviço público precedido de obra	Contrato 010-CR-2000; Edital DER n 20-CIC-98
LOTE 27	TAMOIOS	2014	30 anos	Concessão Patrocinada – PPP	Contrato SLT 18-2014

Na **tabela 2**, com exceção do contrato da Rodovia Tamoios, são listados os motivos expressos nos sete contratos de concessão estudados como motivos ensejadores da parte solicitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Bem como, os sete contratos também apontam que a responsabilidade de desapropriação e de obtenção de licenças da concessão são integralmente de responsabilidade do parceiro privado.

Tabela 2 – Equilíbrio econômico-financeiro Lotes 1, 3, 6, 9, 11, 13 e 20.

EQUILIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO				LICENÇAS
Modificação unilateral imposta pelo CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE	Ocorrência de casos de força maior.	Ocorrência de eventos excepcionais causadores de significativas modificações no mercado financeiro ou cambial	Alterações legais de caráter específico que tenham impacto significativo nas receitas ou sobre os custos dos serviços	Responsabilidade de integral da Concessionária

Verifica-se que nos sete contratos apresentados há padronização e cláusulas formais que se distanciam da realidade das ocorrências de uma concessão de serviços públicos. Em todos os contratos a responsabilidade pela obtenção de licenças ligadas a execução da concessão é exclusiva do concessionário, bem como o risco da concessão e o risco de demanda, senão vejamos o teor de tais cláusulas que em geral ficaram entre as cláusulas 23 e 24 dos citados instrumentos:

CLAÚSULA 24 – RISCOS DA CONCESSÃO

24.1 A CONCESSIONÁRIA, assume integralmente os riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetudao unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

24.2 Variações de recitas rdecorrentes de alterações da demanda de tráfego em relação ao previsto no Plano de Negócios apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco esclusivo da CONCESSIONÁRIA a correta avaliação do possível impacto sobre a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO decorrente da evolução futura dessa demanda.

Aponta-se como uma novidade que no Contrato da Rodovia Tamoios foi expressa uma cláusula para tratar sobre alocação de riscos, apenas para ilustrar no que diz respeito à obtenção de licença¹²⁷, há divisão de responsabilidade para obtenção de licenças entre as Partes contratantes. Por exemplo, o Trecho Planalto é de responsabilidade integral do Poder Concedente, bem como a Licenciamento ambiental da Ampliação do Principal - Licença Prévia. Já as Licenças de Operação e Instalação do Trecho Serra são de responsabilidade do parceiro privado.

O licenciamento ambiental dos Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião foi dividido da seguinte forma: Licença Prévia e de Instalação – responsabilidade do Poder Concedente, Licença de Operação – responsabilidade do concessionário o que demonstra que foi alocado o risco para o parceiro que tinha mais capacidade e menor custo para tratá-lo.

¹²⁷ Contrato de concessão Patrocinada, Cláusula Décima Segunda – Principais obrigações do Poder Concedente. Acesso disponível <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22>

Já na **Tabela 3**, apresenta-se um pequeno trecho sobre a alocação de riscos inerentes à execução dos contratos dos Lotes 1, 3, 6, 9, 11, 13 e 20 e informa-se a parte responsável por assumir esse risco.

Tabela 3, Alocação de riscos Lotes 1, 3, 6, 9, 11, 13 e 20

INERENTES À EXPLORAÇÃO DO SISTEMA	VARIAÇÃO DA RECEITA DECORRENTE DE ALTERAÇÃO DA DEMANDA	REDUÇÃO DE TRÁFEGO	PROJEÇÕES DE RECEITAS ACESSÓRIAS	VARIAÇÃO DOS CUSTOS DECORRENTES DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS
integral concessionária	integral concessionária	integral concessionária, salvo se resultar de ato unilateral do Poder Concedente	integral concessionária	integral concessionária

Já no contrato da Rodovia Tamoios, a CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – ALOCAÇÃO DE RISCOS traz: 26.1 – Dos riscos exclusivos do parceiro privado; 26.2 – Dos riscos exclusivos do poder concedente; 26.3 – Risco Geológico – Compartilhamento; 26.4 Risco Arqueológico e 26.5.- Risco de demanda – Compartilhamento.

Assim, no que diz respeito aos riscos exclusivos do parceiro privado, foi registrado há um rol não exaustivo de 36 hipóteses de riscos de responsabilidade exclusiva do concessionário. A Cláusula 26.2 trouxe os riscos exclusivos do Poder Concedente e ao final riscos compartilhados e previsão de procedimento para se determinar a ocorrência do risco, bem como a forma de pagamento do mesmo (no caso de risco de demanda). As hipóteses previstas no contrato da Tamoios, demonstraram possuir uma melhor tecnologia contratual com a divisão dos riscos, alocando ao parceiro com maior capacidade para tratá-lo e no menor custo, como, por exemplo, a alocação ao poder concedente da responsabilidade de riscos de decisões judiciais ou administrativas que impeçam o andamento do serviço.

A ideia de compartilhamento de risco ficou registrada nas Cláusulas de risco de demanda¹²⁸ e de risco geológico. Nessa o parceiro privado ficou responsável pelos custos de escavação dos túneis, porém após determinado limite quantitativo para cada classe de solo a responsabilidade pelo custo passa ao Poder Concedente¹²⁹. Já a modelagem da cláusula de risco de demanda, deixou previsto *ex ante* um mecanismo para calcular a variação da receita tarifária alterando o valor da contraprestação devida, por meio do estabelecimento de bandas de receita, sendo um importante exemplo de proceduralização.

Já no risco arqueológico¹³⁰, coube ao Poder Concedente efetuar a assunção de todo e qualquer risco. Se esse risco se materializar haverá ainda, a devolução ao parceiro privado de qualquer prazo consumido para sanar esse risco, bem como estará eximido de ser penalizado, o que mais uma vez demonstra uma tecnologia contratual mais inteligente e justa.

Quanto às hipóteses que podem levar ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste da Tamoios, chama atenção a previsão contratual dos procedimentos para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato¹³¹.

A Cláusula Vigésima Oitava do contrato descreve um passo a passo do procedimento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que em apertada síntese traz:

- a) a forma do requerimento feito pelo parceiro privado para início do procedimento;
- b) o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, decorridos da ocorrência do evento que fundamentou o pedido de recomposição;

¹²⁸ Embora a apuração da receita seja mensal e enviada para a Artesp trimestralmente, o mecanismo de compartilhamento de risco de demanda só é realizado anualmente, para acréscimos ou supressões ocorridos nos últimos 12 meses, conforme consta no contrato. Acesso disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22>

¹²⁹ Contrato de concessão Patrocinada Cláusula 26.3 RISCO GEOLÓGICO – COMPARTILHAMENTO. Acesso disponível <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22>

¹³⁰ Contrato Item 26.4 RISCO ARQUEOLÓGICO. Ibidem nota 117

¹³¹ A Resolução 001 de 25 de março de 2013 traz a forma de cálculo utilizada para cálculo do Fluxo de Caixa Marginal para novos investimentos. Disponível em <http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/legislacao/CONSULTA%20P%C3%A9BLICA%201-2012/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Artesp%20n%C2%BA%2001-13%2025-03-13%20211042-12-1.pdf>

- c) o que precisa acompanhar o pedido como: indicação do evento que levou ao desequilíbrio, projeção do Fluxo de Caixa Marginal considerando os fluxos marginais sem a ocorrência do evento e os fluxos marginais necessários para recomposição do equilíbrio e comprovação de gastos diretos e indiretos incorridos;
- d) as fórmulas de cálculo que levaram à recomposição;
- e) o prazo para a outra parte apresentar a resposta;
- f) a forma de condução do procedimento pela ARTESP;
- g) a forma de condução do poder concedente.

Do procedimento instaurado, poderá se chegar a duas escolhas. Na primeira, há reconhecimento do evento que levou ao desequilíbrio do contrato e, nessa hipótese, deverá ser indicada a como que será feita a recomposição. A segunda escolha é o não reconhecimento do evento que se solicitou para recomposição do equilíbrio do contrato.

Caso as partes não entrem em acordo acerca do cumprimento das condições para reconhecimento de desequilíbrio do contrato e do pedido de recomposição, a questão poderá ser submetida à Junta Técnica, a ser composta exclusivamente para solução dessa controvérsia.

Por óbvio que a constituição de Junta Técnica não é condição prévia necessária para encaminhamento de conflitos à Arbitragem ou ao Poder Judiciário¹³². Porém, como o custo financeiro e de tempo de uma arbitragem ou de uma ação judicial é alto,

¹³² Por óbvio a constituição de solução via Junta Técnica ou solução amigável não fere o art. 5º da Constituição Federal do Brasil, pois nada poderá ser afastado da apreciação do Poder Judiciário. Porém, conforme já registrado nesse trabalho, a assimetria de informação não diz respeito apenas entre as partes contratantes, mas, em especial, pode existir devido a um terceiro, o Judiciário, alheio a evença e ao conhecimento técnico do contrato e suas repercussões sociais, econômicas e jurídicas, que interfere e gera externalidades negativas não previstas pela estrita aplicação legal. Outro ponto alertado por Sarra de Deus é que: “O exame da prática jurisdicional, contudo, revela uma realidade diversa, na qual é corriqueira a ocorrência da denominada tendência à tipificação forçada dos contratos legalmente atípicos pelo Poder Judiciário”. DEUS de. Adriana Regina Sarra. O Contrato de EPC – Engineering, Procurement and Construction. Ed. Almedina. São Paulo, 2019. P 311. Lie Uema, ao analisar os contratos de grandes obras, afirma: “A parceria de projetos e a aliança de projetos, pela relativa maleabilidade e variabilidade de suas conformações na prática, não parecem ser passíveis de tipificação apriorística segura e precisa. De todo modo, tal como descritas genericamente na doutrina, elas parecem pertencer ao rol dos contratos atípicos mistos”. CARMO, Lie Uema. Contrato de Construção de Grandes Obras. Coimbra, Almedina, 2019, p.223.

uma possibilidade foi a modelagem desse procedimento, para apontar formas de solução de conflitos.

Da mesma forma que o procedimento para equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por solução amigável de controvérsia¹³³ é o procedimento para formação de Tribunal Arbitral¹³⁴. Em especial, aponta-se para a escolha da Câmara Arbitral ser direito do Poder Concedente¹³⁵ com os membros compostos um pela indicação do parceiro privado, outro pela indicação do Poder Concedente e um terceiro por ambos¹³⁶. Por fim, o contrato traz a divisão dos custos e despesas a serem rateados pelas partes quando a opção for pela arbitragem.

É possível verificar no contrato da Rodovia Tamoios uma incompletude instrumental, suprida por uma proceduralização de mecanismos projetados para garantir a negociação das partes e se chegar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em primeiro lugar há um procedimento determinado para avaliar se efetivamente ocorreu o evento que o parceiro privado informa ter levado ao desequilíbrio, isto é, se houve a materialização do evento. Essa fase é marcada por uma instrução probatória, onde o parceiro privado deverá apresentar os fluxos. O procedimento solicita o Fluxo de Caixa Marginal com os fluxos sem a ocorrência do evento e a apresentação dos fluxos marginais necessários para recomposição do equilíbrio.

¹³³ Cláusula Quinquagésima Terceira e subitem do Contrato. Prevê notificação da outra parte, prazo para resposta, manifestação de discordância e prazo. Convocação da Junta Técnica, constituição, procedimentos e prazo para decisão da Junta e emissão de Relatório. Flavio Amaral aponta que se as renegociações são inevitáveis, melhor que o contrato dê padrões e parâmetros que orientem as partes na proteção de seus interesses. GARCIA, Flavio Amaral. A imprevisão da Previsão e os contratos Concessionais. MOREIRA, Egon Bockmann. Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro. Ed Forum, 2ª ed., 2019, p 133.

¹³⁴ Com previsão que, na falta de consenso, em caso de Controvérsia instaurada e se as partes não chegarem a consenso em até 10 (dez) dias úteis após a reunião, qualquer uma delas poderá solicitar a formação de um Tribunal Arbitral. Cláusula LIV, subitem 54.1 e seguintes do Contrato. Ibidem nota 117

¹³⁵ Mais seguro seria se estivesse consignado no contrato qual seria a Câmara Arbitral a ser utilizada. Entende-se que o apontamento ex ante da Câmara não interfere no resultado, mas apenas assegura de antemão o procedimento que será adotado.

¹³⁶ Caso não se consiga chegar ao nome de um terceiro Árbitro por meio de consenso, será adotado o Regulamento da Câmara Arbitral para nomeação. Cláusula 54.7 do Contrato. Ibidem nota 117

Outra etapa do procedimento é a época em que esse evento já reconhecido e precificado irá efetivamente levar ao reequilíbrio do contrato. Considerando que o prazo da concessão da Tamoios é de 30 anos e que o contrato prevê a possibilidade de se prorrogar por até mais 5 anos, pode-se pensar que o reequilíbrio contratual poderá se dar por meio da modificação no prazo de vigência da concessão. Vale ressaltar que o reconhecimento do desequilíbrio contratual é apenas de um evento pretérito, mas o reequilíbrio do contrato pode ser de mais que um evento já reconhecido e precificado. O reequilíbrio deverá apontar no futuro como ele será tratado no contrato concessional.

Por fim, o contrato da Tamoios prevê uma revisão quadrienal a fim de se reconhecer todos os eventos que levaram ao desequilíbrio naquele período. Essa é tida como uma revisão ordinária de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos. Porém, se ficar demonstrado o comprometimento dos serviços concedidos ao parceiro privado ou risco de insolvência da concessionária, poderão ocorrer revisões extraordinárias.

Outra inovação foi a previsão contratual de mecanismos para preservação da atualidade na prestação do serviço, a obrigação de implantação de sistemas tecnológicos atualizados e a implantação de Sistema de Gestão Ambiental baseado na NBR ISO 14001 e 14004.

Verificou-se, ainda, nos sete contratos analisados, que todos traziam expressamente cláusulas extensas descrevendo sanções, penalidades, multas e hipóteses de rescisão contratual, mas nenhum deles trouxe a previsão de indicadores de desempenho. Apenas o contrato da Rodovia Tamoios trouxe a previsão de indicadores de desempenho no Anexo III do respectivo instrumento contratual, que injeja uma nova forma de mensuração contratual, ou seja, ao invés de apenas penalizar o concessionário o poder público escolheu incentivá-lo a prestar um bom serviço e cumprir as exigências contratuais ao prever indicadores de desempenho da qualidade do serviço prestado.

Tais indicadores foram claramente construídos para efetivar a execução de um serviço adequado. A medição desses indicadores é feita por meio do cálculo de um Coeficiente de Desempenho de Serviços Prestados - CSP realizado mensalmente pela

Artesp, sendo esse coeficiente relativizado diretamente para a parcela variável de 20% (vinte por cento) do total da contraprestação ofertada.

Assim, o descumprimento de qualquer indicador no processo de medição do Coeficiente deve levar à redução das parcelas mensais. Como regra, não há incidência de multas para itens aos quais tenha incidido, pelo mesmo motivo, a redução no valor da contraprestação ofertada¹³⁷.

A fim de demonstrar os motivos de alterações contratuais, aponta-se na **Tabela 4**, de forma resumida, os principais motivos de Termos Aditivos Modificativos dos sete contratos estudados: Lotes 1, 3, 6, 9, 11, 13 e 20.

Tabela 4. Principais motivos para Termos Aditivos Modificativos

LOTE	TAMs	Reequilíbrio econômico financeiro*	Impacto alteração de legislação	Impacto decisão InterSecretarial ou de Índice	Outros
LOTE 1 AUTOBAN	22	11	2		5 Alterações de pedágio; 2 alterações de bidirecional 2 Acréscimos de obras
LOTE 3 TEBE	20	11	3	5	1 Alteração % garantia
LOTE 6 INTERVIAS	19	11	3	3	1 Alteração acionária 1 Alteração de garantia
LOTE 09 TRIÂNGULO DO SOL	22	8	2	2	2 Alterações de praça de pedágio
LOTE 11 RENOVIAS	20	11	2	4	1 Alteração de garantia 1 Adequação de garantia 1 Acréscimo projeto

¹³⁷ Anexo III do contrato, letra “d”, ii

LOTE 13 COLINAS	25	12	3	4	5 Adequações obra 1 Alteração de garantia
LOTE 20 SPVIAS	18	5	-	4	7 Alterações de praça de pedágio 1 Acréscimo de obra 1 Deferimento de ônus parcial

*Reequilíbrio econômico-financeiro compreende ainda alterações de metodologia de execução, de cronograma físico-financeiro.

Vislumbra-se que, nos sete lotes verificados, a grande maioria dos Termos Aditivos Modificativos são para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Como o Contrato da Rodovia Tamoios é relativamente novo, pois iniciou a operação em 2014, há apenas 3 TAMs realizados, quais sejam:

TAM 1 – alterou o cronograma modificou o fluxo de desembolso e a data de conclusão;
TAM 2- transfere-se para a Artesp o gerenciamento, a regulamentação e a fiscalização do contrato de concessão patrocinada da Tamoios; e
TAM 3 – demonstra o procedimento administrativo e arbitral. A suspensão do procedimento arbitral e por fim a solução via Procedimento administrativo de conflitos.

Ressalta-se que esse último Termo Aditivo Modificativo – TAM 3 - traz de forma expressa a proceduralização dos atos da Administração Pública a fim de sanar controvérsia entre Poder Concedente e concessionário. Como ponto principal da matéria conflituosa teve-se o não consenso a respeito da alocação de responsabilidades decorrentes de Passivos do trecho Planalto, de responsabilidade inicial do Poder Concedente. Houve instauração de Procedimento Arbitral perante a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB, processo nº A-280-2019.

Porém, foi dada continuidade ao Procedimento Administrativo inicialmente instaurado, com apresentação de análises técnicas. Por meio de consenso entre as partes, foi solicitado por ambas a suspensão do Procedimento Arbitral e chegou-se a uma deliberação comum via resolução amigável de conflito. A fim de trazer maior segurança as partes, a solução ajustada foi materializada via TAM 3.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, sintetizam-se, de forma objetiva, as principais linhas argumentativas que foram desenvolvidas quanto ao grau de acabamento ótimo e de formalização dos contratos de concessão de serviços públicos, e, ainda, a incompletude contratual, a importância da modelagem – proceduralização - e da correta alocação dos riscos.

Como o custo de transação de um contrato completo seria inviável e mesmo irrealizável, o Teorema de Coase traz duas premissas básicas: a existência de custos de transação e a possibilidade de superação desses custos, por meio de formas de organização contratual estipuladas entre as partes. Assim, cabe à modelagem contratual e a incentivos econômicos bem desenhados nesses instrumento contribuir para alinhar os interesses das partes e superar ou minimizar tais custos de transação.

A fim de manter o objeto contratado atual e a prestação de serviço adequado no curso evolutivo das transformações e do longo tempo de execução dos contratos de concessão de serviço público, propõe-se a confecção desses ajustes com base na teoria dos contratos incompletos e na proceduralização do instrumento, que por meio de modelagem de mecanismos capazes de proporcionar futuras soluções necessárias.

Como a relevância dos contratos de infraestrutura vai além da correta execução da obra e do serviço, mas gera externalidades econômicas, jurídicas, políticas e sociais¹³⁸. Aponta-se para a especial importância de mecanismos que prevejam alocação eficiente da matriz de risco, mutabilidade projetada em longo prazo, equilíbrio dinâmico do contrato e acomodação de expectativas das partes e dos usuários do serviço.

Verifica-se no contrato da Rodovia Tamoios que a modelagem utilizada trouxe a previsão de procedimentos como: o incentivo econômico previsto no Anexo III –

¹³⁸ PINTO Jr. Mario Engler. Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada. PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) Cumprimento de Contratos e Razão de Estado. São Paulo: Ed Saraiva, 2013, p.346.

Indicadores de Desempenho dos Serviços Prestados, a proceduralização de mecanismos de compartilhamento de risco de demanda, onde se estabeleceu previamente bandas de receitas para mensurar a diferença entre a receita verificada e a projetada e calcular a contraprestação devida.

Para realizar o estudo de caso do contrato da Rodovia Tamoios, foi necessário olhar para o passado e analisar sete contratos de concessão de rodovias no Estado de São Paulo¹³⁹. Não apenas como forma de unir teoria e prática, mas para comprovar a afirmação de que o contrato da Tamoios trouxe uma incompletude deliberada¹⁴⁰ e apontou formas para supri-la por meio da proceduralização.

Pontua-se na avaliação do contrato da Rodovia Tamoios a existência de procedimentos administrativos bem delimitados para solução de controvérsia, procedimentos para reconhecimento de desequilíbrio do contrato concessional, procedimentos para promoção à recomposição do equilíbrio, procedimento arbitral, procedimento para verificação de desempenho dos serviços prestados com índices e parâmetros previamente descritos no contrato e procedimento para mensuração financeira de efetivação do compartilhamento do risco de demanda, sendo possível afirmar a importância da proceduralização sistemática em tal contrato. Alerta-se que não foi possível identificar no contrato a existência de procedimento para evitar o chamado conflito de riscos¹⁴¹.

¹³⁹ Em todos os contratos dos Lotes 1, 3, 6, 9, 11, 13 e 20 foi identificada cláusula padrão que tratava apenas da estrutura de solução de divergências, com uma Junta composta por 3 (três) membros, mas sem procedimento previsto para cumprimento de suas ações.

¹⁴⁰ Deliberada no sentido de ter sido realizada a incompletude por escolha da Agência a fim de que o instrumento traga uma melhor forma de planejamento, performance futura e alocação de risco.

¹⁴¹ Conflito de risco ocorre quando um risco, mesmo se provocado pela parte que não era atribuído, caso ocorra nova incidência de desequilíbrio que gere necessidade de cálculo da dimensão do reequilíbrio, deve ser considerado no contrato que esse novo cálculo levará em consideração o impacto econômico da própria medida para neutralizar o desequilíbrio e não gerar um ganho desproporcional a uma das partes, ou seja, a repercussão no presente desse desequilíbrio. Em outras palavras, se durante a execução de um contrato de concessão, o poder concedente excluir o imposto de renda, como o risco é do parceiro privado, o poder concedente não poderá se beneficiar desse risco consumado. Porém, se passado algum tempo houver novo fator de desequilíbrio que leve ao reequilíbrio, o fato de não mais haver incidência de imposto de renda na parcela a ser paga pelo poder concedente deverá ser levado em consideração. Por se tratar de evento distinto e independente de previsão contratual a respeito do risco de alterações da legislação tributária, o cálculo deverá ser realizado à luz da legislação vigente. Ao calcular o montante de desequilíbrio decorrente de um risco para uma parte, a pergunta é como tratar o risco atribuído à outra parte. Ai surge o conflito de risco. Pellegrini fornece um exemplo de conflito de risco quando, em uma situação hipotética, o imposto de

Como a abordagem dos contratos incompletos é centrada na análise do impacto que as instituições podem ter no desenho das soluções contratuais, em que pese acreditar que ainda é necessário aumentar a aderência da proceduralização nos contratos concessionais, verifica-se positivamente as novas tecnologias utilizadas no contrato da Rodovia Tamoios, bem como a curva de aprendizagem da Artesp.

Por fim, aponta-se para as novas modelagens utilizadas nos futuros ajustes contratuais de concessões do Estado de São Paulo a serem firmados em 2020. Exemplo de mutabilidade e complexidade é o contrato de concessão de rodovia do Lote Piracicaba - Panorama que traz diversas inovações¹⁴². A título de registro, verificou-se que o modelo trouxe nova modelagem e a previsão contratual de inovação tecnológica, como: a adoção de tarifa flexível para usuários frequentes da rodovia, a verificação de projetos por meio de empresas certificadoras, o emprego de metodologia *International Road Assessment Programme*, a utilização do sistema de gerenciamento de obras por meio de *Buiding Information Model*, bem como a primeira concessão com previsão de emissão de carbono zero¹⁴³, dentre outras novidades.

A continuidade de interação entre as partes, a vantagem do aprendizado acumulado e transferido para os novos ajustes contratuais, um conjunto descrito de

renda pessoa jurídica tenha sido extinto. Em face da lei, o poder concedente não poderá pleitear reequilíbrio do contrato a seu favor, pois o risco tributário pela alteração da legislação era do parceiro privado. Todavia, se ao longo da contratação houver inclusão de investimento adicional que leve ao desequilíbrio do contrato, o mesmo deverá ser reequilibrado mediante indenização à concessionária. O pagamento devido pelo poder concedente não deveria considerar qualquer acréscimo relativo a incidência do imposto de renda, pois esse inexistiria. Salienta, por fim que são circunstâncias totalmente distintas. Ou seja, a análise do pleito de reequilíbrio deve primeiro identificar o fator de desequilíbrio contratual olhando para o passado. Posteriormente, calcular, à luz da legislação vigente, o real impacto deste fator no fluxo de caixa da concessão. Logo, independente de qualquer previsão contratual a respeito do risco de alterações da legislação tributária, o cálculo deve ser realizado à luz da legislação vigente. PELLEGRINI, Guilherme Martins. Riscos em visão ex post: apontamentos sobre a regulação do equilíbrio econômico-financeiro e a estruturação de contas vinculadas. . In: Tratado de Parcerias Público-Privadas – Teoria e prática – Tomo VIII – Avaliando Riscos. (Coord) SAADI, Mário. Ed. CEEJ. Rio de Janeiro. 2019. p. 237 ss

¹⁴² Será a maior Concessão de rodovias do país em quilometragem, com 1.263 km cruzando 62 municípios entre a região de Piracicaba e o extremo Oeste do Estado de São Paulo. O edital trouxe como inovação: a) implantação de sistemática de descontos progressivos para usuários frequentes. Quanto mais se utiliza a rodovia, menor será a tarifa; b) Possibilidade de introdução de tarifa flexível (ex. conforme horário, finais de semana etc.); c) Possibilidade de implantação de sistema ponto a ponto de pedágio. Usuários pagam apenas pela extensão que efetivamente percorrerem; d) Desconto de 5% para optantes pelo sistema de pagamento eletrônico; e) Primeira Concessão com Previsão de Carbono Zero do Brasil, dentre outros. Acesso disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/noticias/noticia-detahes.aspx?id=275>

¹⁴³ Vale registrar que a promoção do desenvolvimento sustentável também é um dos objetivos da licitação.

sinalizadores de decisão - onde não se define o resultado, mas qual procedimento deverá ser adotado para se chegar a uma decisão - e a repartição dos riscos apontam para soluções mais efetivas, onde se fornece segurança jurídica para os parceiros e se mantém o interesse privado na consecução de finalidades públicas. Por fim, verifica-se que a correta instrumentalização dos arranjos negociais, com abordagens metodológicas consistentes, é fundamental para o sucesso de um empreendimento de grande porte como as concessões de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo, Autorregulação Regulada como modelo do Direito Procedurizado. In: MAPELLI, Aline (org), **Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade**. Erechin, Deviant, 2018

AGUIAR, Tereza Ancona; ROSADA Jr., Ruy. **Contratos empresariais: Contratos de consumo e Atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GVLaw)

ALMEIDA de, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. Ed. Quartier Latin do Brasil. 2012.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Almedina, Coimbra, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2ª ed. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 44

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Almedina, Coimbra, 2017.

BECK, Ulrich Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **La Sociedad del Riesgo Global**. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

BOLETIM de Compras Públicas. Rede Nacional de compras Públicas. Disponível em: <https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/pdf/boletim-de-compras-publicas.pdf>. Acesso em: 10/11/2019.

BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Countries**. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006

CADILHA, Antonio. Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos. Caderno Sérvulos de Contratos Públicos. Apud Cfr. LauBadère/moderne/deLvoLvé, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo I, Paris, 1984, p. 717. Disponível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Cadernos_Servulo_de_Contratos_Publicos_II.pdf. Acesso 07.01.2019

CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**: Cinco séculos de pessoas, costumes e governos. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaela Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

CARMO, Lie Uema. **Contrato de Construção de Grandes Obras**. Coimbra, Almedina, 2019.

CARTA de infraestrutura. Inter. B. Disponível em: <http://www.interb.com.br/content/carta-de-infraestrutura>. Acesso 29 ago. 2019.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. **Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos.** Disponível acesso em: <http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>. Acesso em: 04/01/2020.

CHARNYT, David. **The new formalism in contact.** [Livre tradução]. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=5048&context=uclrev>. Acesso em: 05/01/2020.

COASE, Ronald. **The Nature os Firm,** 1937. Disponível em: <http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>. Acesso: 10/10/2019

CONTRATO de concessão Patrocinada, Cláusula Décima Segunda – Principais obrigações do Poder Concedente. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=22>. Acesso em 05/02/2020.

COSTA JÚNIOR, Olimpio. **A Relação Jurídica Obrigacional.** São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTINHO, Diogo R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA Jr., José. Teoria do “Fato do Príncipe”. **Revista dos Tribunais**, v 314, n.-20. Mar, 1964.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviço públicos:** As ações do Estado na produção econômica: Max Limonad, São Paulo, 2002.

DERSA – Desenvolvimento Rodoviário AS. Nova Tamoios: modernidade, rapidez e segurança para o litoral norte. Disponível em :

<http://www.dersa.sp.gov.br/empreendimentos/nova-tamoios/>. Acesso em: 04/02/2020.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. [S.l]: Forense. 1958,

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais**. [s.l: s.n], 2009.

FREITAS, Rafael Veras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o Impacto das Modulações regulatórias nos contratos da administração e o dever de coerência administrativa. In: PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado**. São Paulo: Ed Saraiva, 2013, p.374

GALDINO, Valeria Silva. **Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Flavio Amaral. A imprevisão da Previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro**. Ed Forum, 2. ed., 2019, p 133.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas** – Teoria e Prática no Brasil. 2. ed, Rio de Janeiro Ed Elsevier, 2000.

GLEHN, Ricardo von; GOBBO, Antônio. O impacto da alocação assimétrica de riscos de CapEX e OpEX no value-for money de Parcerias Público Privadas. In: SAADI, Mário (Coord.). **Tratado de Parcerias Público-Privadas: Teoria e prática**. Tomo VIII – Avaliando Riscos. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019. p.266.

GOMES, GERSON; CRUZ, Carlos Antônio Silva da. Vinte anos de economia Brasileira: atualização 2016. Centro de Altos Estudos Brasil Século XXI. Brasília-DF, 2017 Disponível em:<http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/vinte-anos-de-economia-brasileira-1994-2016-abril-2017-compressed.pdf>. Acesso: 31 ago. 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Forense, Rio de Janeiro, 2007. 26ª ed.

GONCALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GONCALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo** – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo. 2003.

GONCALVES, Pedro. **Regulação Administrativa e Contrato**. 2010.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil and the discovery of solidarity and power in contract law. (Tradução) LUDWING, Marcos de Campos. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1 2007.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: ____ **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, Ed. Malheiros, São Paulo, 200

GUASCH, J. Luiz. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions** – Doing it Right. The World Bank. 2004.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte, 2019

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Equilíbrio Econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para a recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte, 2019.

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Control. **American Economic Review**. v. 107, n. 7, p.1731-1751, 2017. [Livre tradução]. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incomplete_contracts_and_control.pdf. Acesso em: 05/01/2020

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Control. **American Economic Review**. v. 107, n. 7, p. 1731-175, 2017. Disponível em https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incomplete_contracts_and_control.pdf. Acesso em: 03 set. 2019

HART, Oliver; MOORE, John. **Incomplete Contracts and Ownership**: Some New Thoughts. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontactsandownershippaer.pdf>. Acesso em: 05/02/2020

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral da Concessão de Serviços Públicos**. Dialética. São Paulo, 2003,

KOLIEB, Jonathan. **When to Punish, When to Persuade and When to Reward**: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. 2015

LAUDER, Karl-Heinz Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Mor Siebeck, Tübingen, 2013. In: MAPELLI, Aline (org). **Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade**. Erechin, Deviant, 2018 p. 112 ss.

LAUDER, Karl-Heinz Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Mor Siebeck, Tübingen, 2013 em MAPELLI, Aline (org), **Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade**. Erechin, Deviant, 2018

LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre Recursos Escassos: Raciocínio jurídico e economia. In: _____. **Direito Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. XX Max Limonad, 1998,

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do consumidor**. Max Limonad. 1998. P. 235.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, n. 32, São Paulo: RT, 1999.

MACNEIL, Ian R. Values in Contract: Internal and External. **Northwestern University Law Review**. v. 78, n 2, p. 347, 1983 [Tradução livre]. Disponível em: <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Campbell-D.-2004-%E2%80%98Ian-Macneil-and-the-Relational-Theory-of-Contract%E2%80%99.pdf>. Acesso em 17/10/2019.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term Economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**., v.72, n.6, (1977-1978). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr72&div=46&id=&page=>. Acesso em: 23 set. 2019.

MACNEIL, Ian. **The Relational Theory of Contract**: Selected Works of Ian Macneil (Modern Legal Studies), 2001

MAPELLI, Aline (org), **Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade**. Erechin, Deviant, 2018

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras, instrumentos de fortalecimento do Estado**. Edição da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2003

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte Ed. Forum, 2016,

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Dinamismo e segurança jurídica na experiência Brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro**. 2.ed. [s.l.]: Ed Forum, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo, 2014, Revista dos Tribunais, 18ª

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: A lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In:_____. **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro** : contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Contratos administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública**. IV. Coimbra: ed. Coimbra. 2013,

MOREIRA, Egon Bockmann. **Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro**. 2.ed. [s.l.]; Ed Forum,2019. p. 98

NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/89707606/a-Teoria-Dos-Contratos-Incompletos-e-a-Natural-Incompletude-Do-Contrato-de-Concessao-bol> . Acesso em: 04/02/2020

NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo novas considerações: avaliação e controle das transformações. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. n. 2, junho/julho/agosto, 2005 Acesso disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=46>

NOVA Tamoios: modernidade, rapidez e segurança para o litoral Norte. Disponível em <http://www.dersa.sp.gov.br/empreendimentos/nova-tamoios/>. Acesso em: 10 jul. 2019

PAIVA, Daniel Eustáquio Pimenta e. Elaboração e Cumprimento dos Contratos de Parceria público-privada: comportamento oportunista e falhas na execução dos contratos. In: PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado**. [s.l]: Ed Saraiva, 2013, p.315.

PAIVA, Daniel Eustáquio Pimenta e. Elaboração e cumprimento dos contratos de Parceria público-privada: comportamento oportunista e falhas na execução dos contratos. In: PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org). **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado**. São Paulo: Ed Saraiva, 2013, p.302.

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Riscos em visão ex post: apontamentos sobre a regulação do equilíbrio econômico-financeiro e a estruturação de contas vinculadas. .

In: SAADI, Mário. (Coord). **Tratado de Parcerias Público-Privadas: Teoria e prática.** Tomo VIII – Avaliando Riscos. Rio de Janeiro: Ed. CEEJ, 2019. p. 237

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Fórum: Belo Horizonte, 2006.

PINTO Jr. Mario Engler. Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada. In: PINTO Jr. Mario Engler; CORREA, André Rodrigues (org) **Cumprimento de Contratos e Razão de Estado. São Paulo:** Ed Saraiva, 2013, p.346.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. **BNDES.** Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11578/3/A%20Economia%20Brasileira%20nos%20Anos%2090_A%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Setores%20de%20Infra-estrutura%20no%20Brasil_P.pdf. Acesso em 05/07/2019.

POR QUE o Brasil investe pouco em infraestrutura? Radarnacional.com.br. Disponível em: http://www.radarnacional.com.br/wp-content/uploads/2016/01/PORQUEOBRASILINVESTESPOUCOEMINFRAESTRUTURAA_vfinal.pdf. Acesso: 10 set. 2019.

POSNER, Richard A. The theories of economic regulation, The Bell Journal of Economics and Management Science, v.5, n.2, 1974. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/f7ce/e2b1bc06f593ca36bb972f438ff7fbbd0dbf.pdf>. Acesso em: 05/02/2020

RAISER te al., **De Volta ao Planejamento:** Como preencher a lacuna da infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade. Relatório 117392-BR. Grupo Banco Mundial, 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/237341502458978189/pdf/117392-PORTUGUESE-PorBacktoPlanningFinal.pdf>. Acesso em 03/01/2020

RELATÓRIO Anual 2018. Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. Disponível em <https://abcr.org.br/images/relatorio-anual-abcr-2018.pdf>. Acesso 20/09/2019.

RELATÓRIO Anual ABCR 2018. Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias. Acesso disponível em: <https://abcr.org.br/images/relatorio-anual-abcr-2018.pdf>. Acesso em 04/01/2020.

REQUI, Érica Miranda dos Santos. A contratação de concessões e parcerias público-privadas por consórcios públicos. In: CARVALHO, Bruno Eustáquio Ferreira de Castro (coord). **Tratado de Parcerias Público-Privadas: Teoria e Prática**. Ed CEEJ. Rio de Janeiro, 2019; p. 274

RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 Anos da Lei de concessões, 10 Anos da Lei de PPPs: Viabilizando a implantação de melhorias e infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social**. [s.l: s.n], (2014?). p. 27 . Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/> Acesso 03/02/2020

ROCCO, Enzo. **O Contrato**. [s.l]: Almedina. 2009, p. 23

SAADI, Mário (Coord.). **Tratado de Parcerias Público-Privadas: Teoria e prática – Tomo VIII – Avaliando Riscos**. Rio de Janeiro: Ed. CEEJ. 2019.

SABEL, Charles F. **Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalism Organizations, Learning and Accountability**. WWR. Disponível em: <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3a%2f%2fwww2.law.columbia.edu%2fsabel%2fpapers%2fsabel.definitief.doc..> Acesso 15/09/2019

SECRETARIA Especial de Comunicação. Prefeitura de São Paulo assina contrato de concessão do complexo Pacaembu, [16/09/2019]. Acesso disponível em <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-de-sao-paulo-assina-contrato-de-concessao-do-complexo-pacaembu>. Acesso em: 03/01/2020.

SILVA, Clóvis V. Do Couto. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.19.

STIGLER, George J. Law or Economics? **The Journal of Law & Economics**. v. 35, n. 2 Oct., p.455-468, 1992. [Livre tradução]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Acesso em 21/07/2019.

STIGLER, J. George. The theory of economic regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v.2, p 3-21. Tradução FABINI, Emerson Ribeiro. A Teoria da regulação econômica. FABINI, Emerson Ribeiro. Regulação Econômica e Democracia – O Debate norte americano. MATTOS, Paulo coord. (et al.), Ed. 34, São Paulo, 2004

STIGLITZ, Joseph. **Economics** of the public sector. 1986.

STRAUB, S. **Infrastructure and growth in developing countries**: recent advances and research challenges. World Bank, Jan. 2008 (Policy Research Working Paper, n. 4460). Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/349701468138569134/pdf/wps4460.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

SUNDELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seus controles**. Malheiros, São Paulo, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratação de Obra por emergência e seu controle. In:____. **Contratações Públicas e seu controle**. Malheiros, São Paulo, 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e Contratos incompletos. **Revista de Direito da Faculdade de São Paulo - USP**. v. 101, p. 171-179, 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67703>. Acesso em: 04/02/2020

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. Wiley. v.17, n.2, pp 239-286. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em 05/02/2020

The Global Competitiveness Report 2019. World Economic Forum. Committed to Improving the State of the World, p. 126 e ss. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf. Acesso em: 04/01/2020

THE GLOBAL Competitiveness Report 2019. World Economic Forum. Committed to Improving the State of the World. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

TUSHNET, Mark V. **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**. Harvard, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso 10/10/2019

TUSHNET, Mark V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, Harvard, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso em: 15 set. 2019.

URYN, André. **Alterações qualitativas em contratos de obra pública e a Teoria econômica dos contratos incompletos**: é possível construir um avião em pleno voo. 2016. P.124 Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2016. p. 20.

WALD, Arnold. Novos Aspectos da concessão de Obras e do seu financiamento. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 6, jan.-mar., p. 218-225, 1994 Acesso disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:revista:1992;00047282>
6. Acesso em: 03/01/2020.

XAVIER, Eduardo; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. Atualidades e causuística sobre alteração dos contratos de concessão de infraestrutura. In: PEREIRA NETO, Caio Mario; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord). **Direito da Infraestrutura**. Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2007. 2 v.