

# A incompletude contratual

Hector Augusto Berti Corrêa

## **1 Antecedentes histórico-filosóficos da economia neoclássica**

Antes de tratar especificamente sobre o tema da incompletude contratual, é necessário fazermos uma remissão histórico-filosófica sobre a economia neoclássica, sobretudo tendo em vista que essa forma de pensar foi de grande relevância para a que novas teorias surgissem como novas formas de analisar o fenômeno econômico e, notadamente, os contratos.

Neste sentido, de acordo com COUTINHO (2014, p. 19-27) a premissa filosófica do pensamento econômico neoclássico veio do utilitarismo inglês (séculos XVIII e XIX). Tendo como maiores expoentes Jeremy Bentham e John Stuart Mill, essa Escola filosófica assumia que todo indivíduo busca a maximização de suas utilidades, sendo essas entendidas genericamente como “felicidade”. Desta forma, o indivíduo seria o melhor juiz para dizer o que é felicidade e como buscá-la. É uma visão que, com efeito, valoriza a não intervenção estatal nas relações humanas. No entanto, tais autores admitiam certo nível de intervenção quando a busca pela maximização da utilidade individual diminuísse a felicidade geral agregada. Por fim, relevante apontar que, para esse sistema, “*não há princípios ético-morais de igualdade ou de justiça distributiva estruturados para informar ex ante as ações humanas. Essas decorrem de um único objetivo: alcançar maior felicidade e bem-estar*”<sup>1</sup> (COUTINHO, 2014, p. 23).

Seguindo adiante, o mesmo autor aponta a Revolução Marginalista (1870, na Europa Continental e Inglaterra) como fundamental para a construção do pensamento neoclássico. Tendo como um de seus principais nomes Vilfredo Pareto, este movimento fixou as bases normativas dessa escola, tendo elegido a troca como ideia central, de modo que o equilíbrio de preços e a quantidade de bens seriam determinados essencialmente pelos movimentos de oferta e demanda (“escassez subjetiva”).

Não obstante, embora o pensamento neoclássico na origem não utilizasse a matemática, logo esta linguagem passou a ser empregada a partir do século XX. Essa era a forma como os economistas buscavam validar cientificamente suas conclusões, sobretudo por meio da busca de “*modelos, simplificações imperfeitas do funcionamento do mundo real*” com vistas a “*minimizar variáveis aleatórias ou fatores que trazem excessiva complexidade à análise*” (COUTINHO, 2014, p.21). Porém, esse uso levou a um problema: logo teve-se um excesso da abstração em detrimento do conhecimento empírico. Neste sentido, o pensamento matemático partia de premissas teórico-filosóficas fixas que não enxergavam dois problemas essenciais: (i) racionalidade limitada dos agentes; e (ii) assimetrias de informação. Esses pontos seriam tratados futuramente por correntes econômicas que buscaram desviar, ao menos em parte, do pensamento neoclássico.

Por fim, relevante também pontuar que essa construção histórico-filosófica permitiu que o conceito econômico de Ótimo de Pareto fosse postulado. Neste sentido, tem-se uma situação ótima quando em dado ponto não é possível que um agente fique em situação melhor sem deixar o outro agente em uma situação pior. Ou seja, trata-se do estado de eficiência máxima que se pode ter em um determinado sistema (por exemplo, em uma relação contratual). Tal conceito, portanto, parte da premissa de que é possível sempre atingir um *first best*, desconsiderando, intencionalmente ou não, as realidades que se impõem. Conforme será visto, o *first best* é uma ilusão.

## **2 A economia neoclássica e a ideia tradicional de contrato administrativo**

A figura do Contrato Administrativo se assenta, sobretudo, nos pressupostos da economia clássica/neoclássica. Isso pode ser explicado sobretudo tendo em vista que este foi o *mainstream*

---

<sup>1</sup> Para além do debate econômico relativo aos contratos, interessante notar que, se os contratos são construídos ainda hoje em bases neoclássicas, podemos ter, em algum nível, o impedimento da realização de princípios ético-morais de igualdade ou de justiça distributiva nos contratos públicos. Em outros termos, podemos ter contratos “menos sociais”, em contradição com uma vocação político-normativa de um Estado redutor de desigualdades (art. 3, III da CF88).

econômico até, pelo menos, os anos 1970 (BROUSSEAU; GLACHANT; 2004, p. 4). Desta forma, quando da formulação da teoria do contrato administrativo e de suas cláusulas, os administradores públicos e órgãos de controle estavam muito provavelmente imbuídos deste espírito de época, sobretudo em razão da Revolução Francesa e do Iluminismo.

Deste modo, esse “caldo” político, filosófico e econômico levou à construção da ideia de que o Contrato seria um instrumento jurídico capaz de prever e controlar toda a forma de prestação do serviço e fornecimento de bens, sendo plenamente adequado para lidar com as eventuais intempéries que surgissem. Com efeito:

*“Na verdade, a matriz intelectual está assentada na ideia de completude contratual, racionalidade ilimitada, contratos completos, informação livre e gratuita e ausência de custos de transação. Esses pressupostos são paradigmas ultrapassadas e remetem a uma lógica neoclássica novecentista que lastreou a percepção econômica da dinâmica dos contratos de então, inclusive aqueles de duração mais alargada”* (KAERCHER LOUREIRO; NÓBREGA; 2020, p. 28).

Neste contexto, tanto Agente (contratado, por exemplo, o concessionário) quanto Principal (contratante, por exemplo, o poder concedente) seriam maximizadores de utilidades, independentes entre si, não sujeitos às heurísticas, honestos e dotados de informações completas, as quais podem ser obtidas por meio da formação de preços e do mercado, apenas. Neste sentido, KLEIN explica que se trata de um modelo em que inexistem custos de transação, não há barganha e não há incompletude (2013, p. 116). Portanto, seria possível obter um *first best* nas contratações públicas.

Tanto é assim que, conforme expõem BROUSSEAU e GLACHANT (2004, p. 3-4), o modelo Walrasiano de análise, essencialmente neoclássico, adota as seguintes premissas: (i) oferta e demanda giram em torno do preço; (ii) existe uma coordenação coletiva em que todos os atores efetivamente participam das trocas e o preço é previamente formado a elas; e (iii) os agentes trocam bens apenas em um contexto bilateral, ou seja, sem saberem o preço que os outros agentes estão trocando ou se eles são claros no mercado.

Essas são, portanto, as bases econômicas explícitas (e, muitas vezes, implícitas) que conformaram e conformam os Contratos Administrativos, sobretudo os relacionais.

### **3 A economia da complexidade e os contratos administrativos**

A expressão “economia da complexidade” é utilizada por NÓBREGA (2009) para designar todo um movimento econômico (ou movimentos) que se coloca como alternativo ao pensamento walrasiano neoclássico. Neste sentido, podemos dizer que a economia da complexidade traz um ferramental crítico e, em certa medida, heterodoxo, para demonstrar que a abordagem neoclássica é insuficiente e, muitas vezes, maléfica para o desenho de contratos relacionais (como os de concessão, parcerias público-privadas etc.).

Essa nova abordagem nos ajuda a encarar o contrato de modo mais empírico e comportamental, identificando uma série de problemas que surgem da relação contratual, seja *ex ante* ou *ex post*. Entre o rol de problemas identificados, vale mencionar: (i) seleção adversa, (ii) moral hazard, (iii) assimetria de informação, (iv) poder de barganha (inicial ou durante a execução contratual), (v) hold-up (oportunismo) e (vi) custos de transação.

Desta forma, a partir das lições de NÓBREGA (2009) podemos extrair as seguintes diferenças gerais entre as premissas neoclássicas e o que estamos nos referindo por “economia da complexidade” no quadro abaixo:

<b>Economia Neoclássica</b>	<b>Economia da Complexidade</b>
Não há independência entre as partes: sem interação estratégica entre Agente e Principal	Há dependência entre as partes: com interação estratégica entre Agente e Principal

A informação é perfeita, livre e obtida gratuitamente, sobretudo por meio do preço e do mercado	Há uma radical assimetria de informação e a racionalidade é limitada (= incerteza estratégica); o preço e o mercado são insuficientes
Tempo é indiferente (timeless), ou seja, não vincula informações	Tempo vincula informações pelo monitoramento das partes
Passado e presente são neutros e completos para determinar o futuro (é possível a reversibilidade do tempo)	Passado e presente são incompletos para fazer previsões (o tempo é irreversível)
Sistema ergódico: crença em um equilíbrio geral e estático	Sistema evolucionário: requer imitação, adaptação e replicação diferencial (é dinâmico)
Agentes agem de forma estática	Agentes agem de forma dinâmica, se adaptando, copiando e reagindo
Trata risco e incerteza como sinônimos (crença na controlabilidade completa do futuro)	Difere risco de incerteza (vê limites à "futuologia")

**Fonte:** elaboração própria, tendo como base principalmente o texto "Contratos incompletos e Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços público e PPPs" (NÓBREGA, 2009).

Porém, vale observar que o quadro acima parece refletir um amálgama de diferentes teorias econômicas, entre elas a teoria dos incentivos, a da incompletude contratual e a nova teoria dos custos de transação institucional. Deste modo, é possível que uma ou outra dessas teorias não walrasianas se alinhem, em algum nível, com o pensamento neoclássico. A título de exemplo, BROUSSEAU e GLACHANT (2004, p. 8-10) sustentam que a teoria dos incentivos parte da premissa de que há uma racionalidade substancial, havendo completude informacional quanto as estruturas dos problemas, sendo as habilidades de cálculo ilimitadas.

## 4 Finalmente o problema da incompletude contratual

### 4.1 Noções iniciais

O contrato é o meio por excelência utilizado para atribuir responsabilidades e remediar riscos. É uma ferramenta jurídica que vincula duas ou mais partes em torno da execução de um determinado objeto por um prazo determinado ou indeterminado. Neste sentido, os contratos relacionais seriam aqueles de longo prazo, como os de concessão ou de parcerias público-privadas, em que é impossível que as partes antecipem todas as contingências que venham ocorrer no futuro. Por essa razão, são os contratos utilizados para tratar do problema da incompletude contratual. Com efeito, este fenômeno é resultado das seguintes constatações:

- (i) **Racionalidade limitada:** os agentes econômicos não podem antever todas as contingências para endereçá-las contratualmente. Isso ocorre porque eles têm uma racionalidade limitada (e radical incerteza) sobre o estado do mundo. Esse quadro é agravado na medida em que a informação não é obtida de forma livre e gratuita, assim como as técnicas e habilidades disponíveis não são suficientes para tornar tudo que se quer saber inteligível. Neste sentido, embora a teoria da incompletude lance mão dos custos de transação para se justificar (conforme será visto a seguir), ela deriva também da dificuldade em observar e verificar os eventos da natureza KLEIN (2013, p. 139).
- (ii) **Custos de transação:** com origem no pensamento de Coase e Williamson, este conceito, para o contexto dos contratos, é utilizado para demonstrar que na medida em que as partes buscam prever e endereçar as contingências no contrato, os custos decorrente desse esforço também aumenta. Por conseguinte, em dado momento chega-se em um ponto em que o custo de se tentar prever as contingências torna-se proibitivo, o que leva a uma escolha deliberada de deixar o contrato incompleto<sup>2</sup>. Com efeito, "a magnitude dos custos

<sup>2</sup> "A correta mensuração desses custos vis a vis o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos da repactuação e do inadimplemento. A correta mensuração desses custos vis a vis o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos da repactuação e do inadimplemento." (NÓBREGA, 2019, p. 6).

de transação irá definir o grau de incompletude do contrato” (NÓBREGA, 2009, p. 5). Assim sendo, podemos dizer que existem ao menos dois custos de transação principais: (a) os *ex ante*, que se refere aos gastos decorrentes do esforço de se desenhar o contrato; e (b) os *ex post*, que deriva da inadaptação do contrato para lidar com as necessidades de repactuação (NÓBREGA, 2009, p. 5-6).

Ademais, KLEIN (2013, p. 138-147) ressalta que a incompletude nunca é plena, pois existem situações perfeitamente contratáveis que se afastam tanto a assimetria de informação quanto a racionalidade limitada. Ou seja, na verdade os contratos seriam parcialmente completos, o que aproximaria essa teoria da escola neoclássica em certa medida. Neste sentido, o autor indica que, diante da noção da incompletude, o objetivo dos agentes econômicos passa ser a busca de se alinhar, *ex ante*, as soluções que maximizem os ganhos dos contratantes *ex post*. Portanto, pode ocorrer de uma negociação ser ótima diante do desconhecimento do estado de natureza em  $T=0$ . No entanto, em  $T=1$ , é possível que este estado passe a ser conhecido, levando a uma ineficiência contratual. Daí a importância de se prever mecanismos de renegociação entre as partes que possam trazer de volta a relação a um ponto ótimo.

Portanto, considerando tudo o que foi exposto, podemos concluir que a ideia de *first best* da economia neoclássica torna-se praticamente impossível de se viabilizar na prática.

## 4.2 O posicionamento da questão do contrato incompleto no debate econômico

De acordo com KLEIN (2013, p. 115), ao contrário do que se pode pensar, a teoria dos incentivos e dos contratos incompletos compõem, hoje, o *mainstream* econômico, sendo ensinadas de forma intensiva nas universidades. Neste sentido, pelo menos duas vertentes teóricas endereçam a questão da incompletude contratual às suas maneiras, de acordo com BROUSSEAU e GLACHANT (2004, p. 10-14), quais sejam:

- (i) **Teoria dos contratos incompletos:** partindo das ideias de Williamson sobre integração vertical, essa teoria pretendeu analisar o impacto das instituições no desenho contratual, embora suas raízes tenham ligação com a distribuição de excedentes entre agentes e seu incentivo para investir. Essa é uma teoria de certa forma ligada à escola neoclássica, sobretudo porque os agentes teriam racionalidade substancial (ou seja, não limitada). Porém, a diferença vem da hipótese que a teoria dos contratos incompletos traz: assume que se um terceiro verificador não pode verificar, *ex post*, o valor de certas variáveis, a contratação completa de ações futuras é impossível. Ademais, essa teoria problematiza também a figura do juiz sobre no que tange a sua capacidade de avaliar o nível de esforço do contratado, daí trazendo à baila o problema da não verificabilidade. Além disso, admite que não há assimetria de informação entre as partes, sendo este mais um elemento de sua proximidade à escola neoclássica. Por fim, prega que se um juiz (terceiro verificador) não for capaz de observar a informação disponível, o inobservável não poderá ser contratável. Portanto, diante de variáveis são inobserváveis, o contrato torna-se incompleto.
- (ii) **A nova teoria institucional dos custos de transação:** baseia-se na ideia de uma racionalidade não substancial, ou seja, limitada. Defende que os agentes econômicos têm habilidades limitadas para calcular, além de estarem imersos em um universo em que não sabem, previamente, a estrutura que os problemas aparecerão. Com efeito, existe uma incerteza radical (*radical uncertainty*), o que impede a formulação de contratos completos. A incompletude contratual surge, em grande medida, da falha institucional. Neste sentido, juízes também são prisioneiros da racionalidade limitada, de modo que a realização dos contratos não pode ser garantida por mecanismos externos. Tendo em vista a incompletude contratual, os agentes, para garantir a coordenação, buscam prever procedimentos para ditar as ações *ex post*, ao mesmo tempo em que buscam criar mecanismos que assegurem o cumprimento das obrigações (i.e., mecanismos de supervisão ou coerção). Ademais, a teoria ajuda a entender a rigidez do contrato em determinar investimentos específicos de início, ao mesmo tempo em que estes pregam pela flexibilidade como um elemento necessário para a criação de modos de coordenação e renegociação *ex post*<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Como formas de solucionar essa tensão entre rigidez e flexibilidade, a teoria propõe: (i) previsão de salvaguardas para proteger do comportamento oportunista e promover incentivos ao cumprimento das obrigações; (ii) possibilidade de

### 4.3 A importância das instituições

Em que pese a crítica feita por essas escolas teóricas às instituições para resolver contingências oriundas dos contratos incompletos, sobretudo aos juízes, a nova teoria institucional dos custos de transação reconhece que estruturas de coordenação e uniformização regulatória têm valor e importância estratégica.

Seja por meio de instituições formais (i.e., normas emanadas pelo Estado ou por organizações autorreguladoras) ou informais (i.e., costumes e cultura), fato é que, dada a racionalidade limitada e os custos decorrentes da gestão contratual e da prevenção de contingências, é interessante que as partes recorram a essas esferas de emanações normativas coletivas. Com efeito, de acordo com a teoria mencionada, essas emanações teriam ao menos dois papéis: (i) oferecer uma lista de regras de coordenação básicas, liberando os agentes de inventar ou reinventar em todas as relações contratuais; e (ii) oferecer credibilidade às sanções, garantindo o cumprimento do contrato. Essa estrutura de emanações coletivas vai além das autoridades públicas, abarcando instituições formais ou informais (BROUSSEAU e GLACHANT, 2004, p. 12-14).

Assim sendo, notadamente em setores regulados, normas expedidas por agências reguladoras poderiam reduzir os custos de transação, ao mesmo tempo que diminuem a incerteza radical decorrente do estado de natureza. Normas técnicas emitidas por instituições autorreguladoras, como a ABNT ou ISO, poderiam também ser uma opção inteligente, levando os agentes econômicos a evitarem ter que construir, em todos os seus acordos, tais regras caso a caso.

### 4.4 A importância dos instrumentos de renegociação

Por último, vale fazer uma pequena nota sobre a importância de contratos incompletos preverem instrumentos de renegociação, ou seja, mecanismos de coordenação previstos *ex ante* para lidar com contingências originadas *ex post* da celebração da avença.

A importância da existência desses mecanismos é, justamente, lidar com novas informações, contingências e alterações no estado de natureza que, na época do desenho contratual, não eram possíveis de antever. Assim sendo, ao prever uma estrutura prévia de renegociação, reduzem-se os custos futuros e aumenta-se a chance de se ter uma discussão otimizada e realmente propositiva sobre o que é necessário alterar na avença, visando a melhor execução do objeto contratual. Trata-se, conforme mencionado antes, do problema da inadaptação do contrato para lidar com as necessidades de repactuação.

Com efeito, ao pensarmos no caso dos contratos de concessão, por exemplo, a Lei nº 8.987/1995 previu, em seu art. 23, XV que o contrato deve prever “modo amigável de solução de divergências contratuais”. Trata-se, no entanto, de dispositivo de baixa densidade normativa que, em tese, permite contratos de concessão serem desenhados atentando-se para o problema da incompletude contratual. Neste sentido, talvez também possa o art. 26, caput da LINDB servir de fundamento jurídico para que renegociações nestes contratos sejam feitas<sup>4</sup>.

Porém, vale um alerta: a previsão de disposições contratuais que tratem de mecanismos de renegociação em contratos públicos relacionais pode esbarrar na visão tradicional do contrato administrativo, sobretudo considerando que parte da doutrina administrativa supervaloriza os princípios da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade. Ao mesmo tempo, renegociações poderiam ser questionadas sob o argumento de violação do princípio licitatório e da

---

redefinir as obrigações das partes ao longo do tempo; e (iii) previsão de mecanismos de solução privada, já que as obrigações são abertas e específicas, de modo que uma autoridade de fora seria ineficiente.

<sup>4</sup> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

concorrência. São questões que merecem, certamente, um aprofundamento da doutrina jurídica nacional.

## 5 Bibliografia utilizada

BROUSSEAU, Eric e GLACHANT, Jean-Michel. **The Economics of Contracts and the renewal of economics**. In: The Economics of Contracts: Theory and Applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. Saraiva, 2014.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; NÓBREGA, Marcos. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica**. Versão distribuída na plataforma moodle, 2020.

KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

NÓBREGA, Marcos. **Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2009.